

UN DERECHO LABORAL PARA EL “MIENTRAS TANTO”

José Daniel MACHADO

SUMARIO: I. *Introducción. Enfoque. Propósito.* II. *El código genético del derecho del trabajo.* III. *Las disfunciones.* IV. *La capacidad de respuesta.*

I. INTRODUCCIÓN. ENFOQUE. PROPÓSITO

1. Los apasionados debates que han dividido a los laboristas durante las últimas décadas pueden catalogarse, entre muchas otras arbitrarias maneras, según que den cuenta de lo que me permito llamar una “actitud-autopsia” o una “actitud-biopsia”. Esta diferencia no se basa necesariamente en la ideología del autor (ni en los discutibles “pro”, obrero o patronal, con que es habitual etiquetar los discursos en nuestro ámbito), sino en el punto de vista que asuma a propósito de considerar como “superada” o “vigente” la justificación de un derecho del trabajo basado en los perfiles que le conocemos, más o menos retocados, desde la sistematización de Hugo Sinzheimer.

La primera actitud define al “anátomo-jurista”, que, presto a extender el certificado de defunción de la disciplina, reseña las circunstancias genéticas del paciente, consigna las condiciones ambientales que hicieron posible su crecimiento y las concausas por las que su fin estaba inevitablemente escrito. Si osado, se anima además a imaginarle descendencia y asume ensayos “anticipatorios” bajo títulos un poco pretenciosos que incluyen preguntas sobre su “futuro” o “porvenir”. Si progresista, especula con la donación del órgano máspreciado, el principio de protección, en beneficio de otros cuerpos sociales requeridos de asistencia.

La actitud-biopsia no niega el curso de la historia clínica ni, por cierto, se empeña en disimular la presencia de tumores. Pero le diferencia la con-

vicción de que el paciente es viable y, desde allí, un cierto compromiso con la terapia que, sin descartar transfusiones apuesta antes que nada al vigor propio del enfermo.

2. Saludo desde aquí los nobles intentos que en plan *quo vadis* del derecho del trabajo dominan la escena de la reflexión más prestigiosa. Es posible que en algún tiempo no demasiado remoto consiga articular de modo coherente sus propósitos de *generalizar el principio protectorio* con base en una *diversificación de regulaciones* que atiendan con equidad las distintas situaciones, incluyendo la de un sujeto definido por su necesidad y sus *ganas de trabajar* —no por sus servicios útiles—. Como así también la de encuadrar los servicios que aparecen coordinados antes que subordinados, o los que reconocen un receptor de identificación esquiva. Lo cierto es que, por mucho que el futuro vaya a deber a estos intentos de sistematización de las transformaciones en curso en la dimensión socio-económica, incluso quienes mayor empeño vienen poniendo en el asunto admiten que, de momento, no tenemos sino “tibios balbucesos” (Romagnoli), que lejos están de plasmar en un cuerpo de principios y normas proveedor de argumentos fuertes al ejercicio de la abogacía.

3. Por el contrario, el práctico del derecho del trabajo, confrontado con la obligación de dar respuesta a los desafíos de “su caso”, sigue aquellas especulaciones sin otro interés que el de constatar que sus dificultades, que creía puntuales, son de carácter universal.

A su respecto, la línea de reflexión “futurista” corre en paralelo (entiéndase: sin tocarse) con su necesidad de argumentar y decidir con base en matrices conceptuales tradicionales a las que quizá se haya “deshauciado” demasiado pronto en nombre de los “nuevos vientos”. Le ocurre que, como en un cuento de Poe, el enterrado vivo da muestras de un vigor inversamente proporcional al cuidado de sus sepultureros.

Precisa, por lo mismo, de algún esquema de interpretación-aplicación para el “mientras tanto”. No niega, no puede negar, que algunas transformaciones se presentan con el grado de espectacularidad suficiente como para crear la impresión de que estamos en presencia de una “nueva era” (Goldín). Lo que discute es el énfasis, que en algunos casos parece euforia, por poner en práctica la autopsia del “modelo agotado” cuando, tal vez, una biopsia oportuna y una terapia que asuma riesgos —no mayores a los que en su turno corrieron los “padres fundadores”— pueda demostrar que todavía tiene mucho por decir en defensa de las personas que trabajan.

Además, por ahora, como dije, no hay otra cosa ni más remedio. Ni, por sobre todo, se avizora interés del poder en la pronta incorporación de soluciones más abarcadoras, claras y justas. De suerte que habrá nomás que intentar la cirugía con el instrumental disponible, contra la sensación de que es rudimentario para la complejidad del paciente, cuando la opción disponible no es otra que claudicar a la resignada contemplación de un escenario de desprotección creciente basado en un retorno del “derecho común” que, parafraseando a Martín Valverde, hace rato que dejó de ser discreto.

4. Quiero decir, con esta introducción, que mi preocupación no está centrada en la pretensión de definir una nueva disciplina inclusiva de todos los supuestos de servicios personales, sea que se le derive de la noble idea de “los derechos y deberes ciudadanos” (Romagnoli, Van Parijs), de la creación de mercados artificiales que asignen valor a actividades sin un beneficiario específico (Offe, que lo dijo mucho antes que Riffkin y Reich), de la necesidad de prescindir de la figura del empresario para basarse en la actividad productiva útil como fuente de un derecho a la profesionalidad (Boissonant, en cierto sentido Elster) o de “importar” hacia la esfera de protección —a condición de reformularla y diversificarla— a los variados supuestos de desequilibrios de mercado determinantes de condiciones injustas incluso en la órbita de la contratación mercantil (Supiot, Rivero Lamas, entre muchos otros).

Digo que estos esfuerzos son “nobles” sin dejo de ironía. La preocupación de la doctrina por dar una respuesta a las situaciones de desprotección, sea que ella provenga del proceso de “exclusión social”, del “adelgazamiento” del derecho del trabajo de la sociedad pos-industrial o de la generación de “zonas grises” producto de ciertas modalidades de trabajo autónomo hiposuficiente, es desde luego plausible. Lo que cuestiono es que en dicho cometido se asigne un rol “medio a fin” a las instituciones laborales tradicionales, como si su revisión fuera una condición necesaria para poder alcanzar umbrales de tutela “más general, aunque menos intensa” (Goldín). No se advierte *a priori* cual sería la ganancia de renunciar a nuestras pocas certezas, tan trabajosamente adquiridas, para embarcarnos en un experimento de “ensayo y error”. Ni tampoco que resulte necesario desmantelar la disciplina o diluir sus contenidos fundamentales como parte de políticas sociales que, saltando sobre la empresa, sindiquen a la sociedad toda como responsable de última instancia.

En síntesis, considero que la defensa de un derecho del trabajo basado en sus postulados y técnicas tradicionales posee sentido al menos como

expresión del principio de protección referido a un específico sector del trabajo humano, que, aunque haya perdido su vocación de paradigma hegemónico, conserva todavía sus rasgos de identidad. Y en que la recuperación del paciente, por cambiada que aparezca su fisonomía estética, no puede hacerse sino apostando a revigorizar sus sistemas desde la afirmación de la ética que lo justifica.

5. La exposición está organizada así: En el apartado II recuerdo brevemente el código genético del derecho del trabajo, con énfasis en la identificación de las consideraciones subyacentes que pueden sobrevivir a su concreta manifestación histórica; discuto allí que deba aceptarse como hecho evidente el concepto (que con ser de filiación marxista sirve paradójicamente hoy a un discurso antagónico) de la necesaria relación filial entre la disciplina y un específico modo de relaciones de producción (las propias del capitalismo industrial), a lo que sigue lógicamente que, desdibujado el modelo, ello opere un efecto de caducidad por anacronismo de todas las formaciones jurídicas de “superestructura” a las que diera lugar.

En el apartado III repaso conocidas explicaciones sobre sus disfunciones o desajustes, subdividiendo la crisis de los ochenta en tres aspectos bien definidos, que, ahora en clave psicoanalítica, designo metafóricamente como problemas de “impotencia”, “culpabilidad” e “identidad”.

En el apartado IV, finalmente, retomo estas ideas iniciales en orden a proponer una valorización de un derecho del trabajo basado en el principio de protección, el sustrato de realidad y la técnica de indisponibilidad como manera más “actual” y abarcadora de lo que generalmente se cree para dar una respuesta moralmente justa a los desafíos del siglo XXI. Sostengo que, rescatada en su dimensión esencial, la disciplina debiera ser capaz de superar con éxito los escollos objetivos que hoy le proponen las ya célebres “nuevas tecnologías y formas de organización del trabajo en la empresa”, los que derivan de formas no laborales de utilizar el trabajo ajeno o, en su caso, de la dilución de su receptor en una maraña de formalizaciones jurídicas.

II. EL CÓDIGO GENÉTICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Cualquier consenso acerca del vigor o decadencia del derecho del trabajo presupone establecer los términos bajo los que le consideramos definido.

Como anticipé en la introducción, una versión “historicista-no esencialista” del asunto preside la reflexión contemporánea. Consiste en afirmar que esta rama alumbró como autónoma tomando como paradigma los modos de relación inherentes al trabajo industrial adscrito a grandes unidades de producción (Efrén Córdova). El segundo paso del razonamiento conduce a tener por obvio que los desajustes “derecho-realidad” no son consecuencia fatal de las transformaciones, si no la desaparición, de la fuente material entonces observada. La pérdida de representatividad del modelo tornaría imprescindible repensarlo todo.

Lo cierto es que, al menos en lo tocante a Latinoamérica, la premisa inicial es dudosa y que, aunque no lo fuera, un discurso que arraiga tan fuertemente la emergencia de sentido a la exacta correspondencia entre un orden simbólico (en nuestro caso, unos textos normativos) y un orden de realidad tenido en miras por el emisor, prescinde de los aportes de la lingüística en orden a demostrar la capacidad de significación del lenguaje basada en su condición plástica derivada de ser, a la vez, un sistema de signos convencional y arbitrario.

2. Vamos por partes. La Argentina, a quien me permito tomar como referencia habida cuenta de su reconocido rol pionero en el avance de las instituciones laborales de Sudamérica, las incorpora antes que el “proceso de sustitución de importaciones” plasmara en una industrialización relevante hacia la década de los cuarenta. Antes de entonces, un perfil productivo básicamente agrario-extractivo y con un muy modesto desarrollo del comercio y los talleres, no impidió que siquiera con una fisonomía propia “la cuestión social” determinara a la vez unas necesidades políticas de intervención y el dictado de normas orientadas a la protección del trabajo. Una inorgánica serie de disposiciones “de policía” tendentes a establecer prohibiciones y restricciones vinculadas con los temas más irritantes de la conciencia universal (trabajo de mujeres y menores, jornada limitada de labor, descansos obligatorios), junto a una temprana regulación de los siniestros laborales (1915) y de un régimen de protección del despido (1933), permiten afirmar que con prioridad a la instalación decidida del modelo industrial, ya existía un haz de normas dotado de una identidad definida y que, también tempranamente, incluyó una regulación especial de supuestos que hoy se presentan como “novedades”, como el trabajo enucleado a un establecimiento o que se presta bajo formas de participación cuasi-asociativa (trabajo a domicilio en 1918 y 1941, viajantes de comercio en 1940, agencias de conchabo rural en 1942).

Es interesante destacar que el primer régimen regulador de la indemnización por extinción (Ley 11.729), que supuso el más decidido avance sobre la autonomía negocial, se introduce como reforma al Código de Comercio, en tanto norma tutelar del dependiente mercantil, discutiéndose luego en jurisprudencia si correspondía también su aplicación al ámbito de la industria (Rainholter).

En suma, la “aparición” de un derecho del trabajo que ya exhibía alguno de sus rasgos definitorios no guarda una relación de tipo causa-efecto con nada que tenga que ver con el modelo “taylorista-fordista”. Ocurría, sí, el hecho de la desigualdad negocial y la utilización abusiva de la forma contractual, aunque de hecho estuviera referida a realidades tan diferentes de aquel paradigma, como la que provee el trabajo en cosechas estacionales (a propósito del cual, digámoslo, aparece ya definida la matriz todavía vigente en materia de “intermediarios”).

3. Por supuesto que, también en esto, cobra vigencia la conocida humorada que deleita a Carlos Fuentes (que la repite cuanta vez puede) a propósito que mientras “los mexicanos descienden de los aztecas, los argentinos descienden de los barcos”. El condimento inmigratorio presente no sólo en relación a haber provisto una mano de obra que difícilmente haya dejado su identidad en la aduana (quiero decir, que traía en su equipaje la experiencia europea y las ideologías de resistencia al capital), sino por la impronta que tendrán en la configuración del derecho laboral patrio los juristas alemanes, italianos o españoles que se exilan de las “grandes guerras” y que, desde luego, han tenido como referencia de su formación una realidad distinta y más próxima a la del “operario y el jefe de fábrica”.

4. Aceptando que siquiera por esta vía mediata la cuestión industrial haya influido en la configuración de las instituciones laborales, cabe ahora preguntarse por los elementos definitorios de dicho paradigma.

En un punto, el discurso Taylor y el discurso Marx, desde valoraciones antagónicas, dicen lo mismo. En ambas visiones está presupuesta una regla de acumulación basada en la extracción de utilidad al esfuerzo ajeno, sobre la base de adquirir una potencialidad (“fuerza de trabajo”), a un precio de mercado conmutativo para convertirlo en riqueza (“trabajo incorporado”), que reportará tanta más ganancia al empresario cuanto más eficiente sea su gestión para extraerla y colocarla en un mercado de precios aleatorios (Gintis). Es común a ellas, también, el que dicho efecto de transmutación o alquimia dependa de una relación de poder y disciplina conforme a la cual

el costo de la variable estática (el salario) permita extraer un mayor valor del objeto contratado (el tiempo a órdenes). Se le llame plusvalía o ganancia, no surge sino de la diferencia entre el coste de retribución y la utilidad recibida.

En ambas construcciones, entonces, la cuestión de la subordinación no cumple un rol meramente descriptivo. Hace a la esencia del intercambio laboral. Claro está que para los marxistas será la explicación de un robo y para la “organización científica” un postulado de eficiencia, pero en cualquier caso ella aparece definiendo un campo en que las relaciones de mando-obediencia constituyen la razón justificativa de última instancia de la relación de trabajo.

5. Una visión alternativa del asunto comienza por preguntarse acerca de las razones del trabajador para aceptar unos términos de intercambio tan ostensiblemente desfavorables. Es que, como acierta Chamberlain, la versión sacralizada de la épica social no alcanza a explicar porqué las personas se agolpaban a las puertas de las fábricas pugnando por entrar como corderos al ámbito de una explotación obscena.

Tal parece que, incluyendo sus costos de todo orden, la incorporación a la industria era una mejor opción que las hambrunas y mortandad precoz. Y esa integración se daba bajo las condiciones negociales posibles en un mercado en el que el “recurso humano” ocupaba el lugar del bien abundante y la posesión de los medios de producción y del saber técnico el lugar del bien escaso. Pronto se sabrá: estas curvas de mercado no tienden a equilibrio alguno en la medida en que una de las variables, la del trabajo ofrecido, aumenta crónicamente en magnitud que desborda a las de sus posibilidades de consumo. Queda instalada una lógica en que el acuerdo de voluntades libres se transforma en una subasta a la baja del precio de la disponibilidad del trabajo ajeno. Y en que la permanencia en el puesto alcanzado deviene en un valor “en sí”, justificativo de cualquier claudicación posterior ante la amenaza cierta del paro prolongado como única opción.

En el discurso esencialista, esta asimetría del mercado de contratación laboral explica antes y mejor el hecho de la explotación que cualquier consideración basada en describir cómo funciona la relación ya constituida. Según sus términos, toda vez que las reglas de juego sean unilateralmente impuestas como efecto de una posición de supremacía derivada de la titularidad del bien escaso, se estará ante una situación que, en tanto involucre personas, justificará la necesidad de intervenir.

6. Mientras la explicación historicista no puede sino quedar perpleja ante una modificación de las condiciones de funcionamiento que supongan una externalización de las labores incompatible con la “alta vigilancia” inherente a la fábrica-prisión (Foucault), y no atina a clasificar las relaciones en que se desdibujan sus rasgos idiosincrásicos (dilución del poder de dirección, remuneración desconectada del tiempo a órdenes y asociada a la consecución de un resultado, ritmos de producción y jornada de labor auto-gobernadas), el esencialista se preguntará por la concurrencia o no de los presupuestos que considera relevantes.

En tal sentido, por ejemplo, poca importancia atribuye al hecho que el poder de dirección y los controles técnicos se hayan “desdibujado”, como a la circunstancia que la remuneración tienda a “despegarse” del tiempo de trabajo y aparezca crecientemente asociada a un resultado. En su versión de las cosas, continúa siendo determinante que la prestación se orienta a un objetivo definido “por otro”, según especificaciones definidas *a priori*, con apropiación de los frutos y retribución ajena al resultado global de la gestión.

7. De hecho, la supuesta configuración paradigmática del derecho del trabajo como “legislación industrial” no impidió que sus grandes directrices fueran aplicadas a situaciones bien distantes de su eje. En lo que suele determinarse su etapa expansiva (1930-1970), la disciplina se caracteriza por una *vis atractiva* (Montoya Melgar) que permite hablar a algunos autores de formación civil (Spota), de un virtual efecto derogatorio de la locación de servicios regulada por el derecho común.

En esta fase, es evidente que el derecho del trabajo recicla sus postulados. En especial, hay un desplazamiento del énfasis jurídico como elemento definitorio (como relación de presencia-ausencia de facultades de dirección y disciplina) en favor de ponderaciones de tipo económico. Si bien la idea de la ajenidad de medios y de resultados ya estaba presente en los autores clásicos, pasa de algún modo a ocupar el lugar central del relato. La dependencia es vista, antes que nada, como el status según el cual la regla de distribución de los riesgos (en su doble dimensión de titularidad de frutos y pérdidas) pone el matiz diferencial con los emprendimientos de filiación asociativa o con el trabajo autónomo.

Incluso aquellos supuestos en que el trabajador procura algunos medios de producción y asume que su nivel salarial dependerá en gran medida de variables poco predecibles (como cuando se le retribuye a comisión u otra

forma inestable), se dirimen en muchos casos en favor de su laboralidad con base en el criterio de la sujeción técnica, entendida como incorporación del esfuerzo personal a una unidad de gestión empresaria gobernada por una voluntad patronal que genéticamente y funcionalmente define qué, cómo y cuánto producir.

8. Si el relato liberal encontrará en la asunción de riesgos, precedida del talento para descubrir oportunidades y de la capacidad de organizar eficientemente su aprovechamiento, una “justificación ética de la ganancia” basada en dichos méritos (Israel Kirzner), el relato solidarista opondrá una versión según la cual el “peaje social” para el disfrute de los derechos de propiedad será el respeto por la persona del trabajador, a quien sustrae de la ecuación de “eficiente utilización de los recursos” mediante la ética de ponderar que el trabajo humano no lo es (Ackerman) y que, por ende, su retribución no es equiparable a la de otros costes de producción.

La técnica al servicio de dicho objetivo consiste en la neutralización de la forma contrato. Las fuentes estatales y gremiales vienen a fijar unos derechos mínimos que se entienden sustraídos, de una parte, a la disponibilidad individual, de la otra, a las reglas de la competencia interempresaria a la baja (Baylos). Entre los méritos de optimización no podrá ya revistar el ahorrarse unos costes que resulten de la retribución inadecuada del trabajo personal. La relación se inviste de un fuerte ingrediente estatutario. La lógica contractual queda acotada a la decisión de ingresar o no al ámbito de la regulación heterónoma y al espacio residual que pudiera resultar de lo acordado *in mejus* respecto de las fuentes imperativas.

9. Dicho proceso de amplificación de los alcances de la materia no requirió de modificaciones espectaculares en el plano normativo.

La tarea del intérprete se basó, por así decirlo, en una utilización metafórica del discurso jurídico positivo. La adscripción de ciertas situaciones del ámbito real al ámbito simbólico-abstracto de la norma se realizó sin demasiadas controversias mediante la técnica de atribución de significados fundada en la semejanza o parecido (Alimenti).

Enseña la lingüística que este recurso sólo posible en la medida en que el significante es arbitrario (entiéndase: no deriva de ninguna inmanencia del “árbol”, sino de un acuerdo cultural, el que le designemos de dicha manera y, si decidiéramos cambiarle la designación, ello no tendría incidencia sobre sus propiedades reales); supone su utilización para fines distintos a los convencionales. En la metáfora, el significante permanece pe-

ro su significado se desplaza para aludir sesgadamente a otra cosa. Lo que permite que, pese a ello, el oyente reconozca el sentido de la alusión es la relación de semejanzas de orden formal. Todos sabemos qué es una “perla”, pero comprendemos de qué se nos habla cuando el poeta designa así otras cosas de brillo destacado, sean gotas de lluvia, lágrimas, dientes o ideas exóticas.

El discurso jurídico positivo, en tanto se vale del lenguaje, no puede sino estar imbuido de polisemia (significados múltiples), máxime cuando tiene la aspiración de poseer el suficiente grado de generalidad y abstracción como para amoldarse plásticamente a las diversidades de la vida. Nada lo conecta de modo unívoco e indefectible a lo real. La pretensión republicana y su orden ilusorio de establecer derechos derivados de leyes prospectivas claras referidas a conductas típicas, con jueces que meramente las “aplican”, ha devenido contra-fáctico. Así lo demuestra el hecho de que la interpretación jurídica haya ocupado el centro de la escena en la reflexión ius-filosófica del siglo XX (Vigo).

No debe entonces sorprender que en el derecho efectivo de la adjudicación se advierta de manera creciente que “el texto deviene pretexto”, esto es, plataforma para una argumentación judicial activa que junto a los recursos tradicionales (la voluntad del legislador histórico, sea explícita o presunta por analogía; la exégesis textual y contextual; los principios generales inferidos del ordenamiento como integridad coherente, etcétera) incorpora otros adscriptos, más que a unas decisiones políticas pretéritas (¿qué otra cosa es una norma?), a la esfera de valores y principios que constituyen el cemento de una sociedad organizada en torno a la idea de justicia (Rawls, Dworkin, Elster, Van Parijs).

10. La construcción de este derecho del trabajo en clave metafórica y de fuerte impronta jurisprudencial está en la base de una doctrina que, esquemáticamente, irá definiendo como condiciones para su aplicación:

- A) La existencia de una empresa.
- B) Que utiliza trabajo humano para el logro de sus fines.
- C) Toda vez que de ese trabajo personal pueda predicarse que se ejecuta con sujeción a una esfera de decisiones ajenas.
- D) Y que se le retribuye en mérito al esfuerzo (medido en tiempo o en resultados) con independencia del éxito o fracaso de la empresa.

Dadas las cuales:

- a) La relación queda regida por normas imperativas, sean de fuente estatal o gremial, que constituyen derecho indisponible, mínimo, irrenunciable.
- b) La realidad del acontecer, probado que fuera, descarta la interposición de sujetos y formas que puedan interferir en su caracterización o efectos.
- c) Dirimiéndose las situaciones dudosas en favor del principio de protección (lo que incluye las presunciones derivadas: de onerosidad, de laboralidad, de continuidad, de indeterminación del plazo).

En tanto:

- El Estado y la sociedad consideran al trabajo como un supuesto de “no mercado”.
- Cuando se contrata bajo circunstancias de asimetría negocial derivadas de la relación abundancia (de mano de obra ofrecida) escasez (de puestos de trabajo).
- Toda vez que, a cambio de una retribución conmutativa, se le incorpore a un proceso económico-técnico de producción de utilidad a cuyos resultados permanecerá ajeno.
- Por cuanto el respeto de esas condiciones mínimas es la carga correlativa, derivada de los principios de solidaridad y equidad social, al reconocimiento de unos derechos de propiedad sobre los medios de producción, sobre la gestión de la empresa y sobre la disponibilidad de sus frutos.

III. LAS DISFUNCIONES

Aceptado que sea dicho contenido esencial de la disciplina y su capacidad de adaptación a la evolución de las cosas, reviso ahora los aspectos más salientes del “malestar” que, insinuado en los ochenta, condujo en los noventa a hablar de una crisis terminal del derecho del trabajo.

1. *La crisis de impotencia*

En el marco de las realidades latinoamericanas alcanza niveles exuberantes la tasa de infracción a la imperatividad laboral (cualquiera sean sus fuentes).

Ningún análisis realista estima en menos del 50% del mercado laboral argentino la proporción de trabajo “no registrado” o “en negro”, constituyendo éste uno de los indicadores relevantes de protección efectiva, en tanto, si bien referido estrictamente a una situación de infracción fiscal, usualmente se presenta asociado al incumplimiento de los deberes patronales sustantivos en el marco del contrato individual.

Se sabe que esta situación responde especialmente a la finalidad de ahorrarse unos costes contributivos a la seguridad social, por donde deviene un flagelo contra la subsistencia y eficacia de estos sistemas de protección basados en el financiamiento solidario (en la Argentina, el sostenimiento estatal a la previsión constituye el rubro principal del déficit público, antes incluso que el pago de servicios de la deuda). No es menor que también afecta seriamente a la competencia inter-empresaria (penalizando al que está en regla que, por lo mismo, debe internalizar unas cargas mayores) y, en cuanto nos interesa, a un respeto elemental por los derechos acordados al trabajador. Normalmente, al dependiente “no registrado” no se le reconocen sus mínimos salariales ni la limitación de jornada ni el derecho al mantenimiento de sus condiciones de trabajo ni goza de cobertura contra riesgos, aparte de las complejidades (de prueba y de solvencia) que afrontará a la hora de intentar el cobro de las indemnizaciones derivadas de la extinción, o de hacer efectivos sus derechos previsionales.

Ciertamente, si concebimos a la norma jurídica como un patrón ordenador o inductor de conductas pensado antes para su cumplimiento espontáneo que para la infracción sistemática, tenemos a la vista un gran problema. Bajo tales circunstancias, la discusión acerca de los niveles formales de protección va adquiriendo el tono de las solemnidades académicas.

Un rasgo no del todo destacado por la doctrina es que gradualmente el derecho del trabajo deriva hacia una suerte de ordenamiento represivo basado en penalidades. El orden público laboral pierde su sentido de “derecho necesario” llamado a regir la constitución y “vida” del contrato para actuar retrospectivamente, luego de su disolución, imponiendo cargas económicas que gravan la conducta del infractor.

En dicho esquema, el trabajador, más que como titular de derechos efectivos y contemporáneos, aparece posicionado como el “delator” al que se asocia al interés estatal bajo promesa de una “recompensa” económica. Técnicamente, pasa a ser un efector de la policía del trabajo en el grado máximo de su descentralización operativa. Las indemnizaciones tienden a perder conexidad con su naturaleza jurídica (reparación tarifada de daños contractuales) y —antes bien— constituyen sanciones por la anomalía funcional.

Por cierto, todos estos datos no constituyen una “novedad” de los años noventa. La deficiencia sindical y estatal para velar por un cumplimiento concomitante de la preceptiva mínima (sea dable imputarla a venalidad de los inspectores, sea que resulte de cierta tolerancia que se auto-legitima en el discurso de preservación de fuentes de trabajo o, en su caso, por constituir moneda de cambio para el reconocimiento de otros beneficios) le antecede largamente. Lo novedoso es, en todo caso, la confesión de la ineficacia que viene implícita en la adjudicación al trabajador de un rol policial y en la introducción de estímulos económicos para que lo cumpla, aun por sobre los temores naturales a sufrir represalias.

Por su parte, el discurso patronal se acantona en una lógica de costos excesivos frente a la cual apela a argumentos del tipo “o evado, o cierro”, en una especie de extorsión por la que traslada a la sociedad (y a las autoridades) la responsabilidad por el eventual incremento del desempleo.

Este “paisaje” (que meramente describo en los límites de una ponencia) impacta sobre la tuitividad del derecho del trabajo de diversas maneras.

Desde ya que una normativa protectora que se incumple en tan gran medida sólo sirve para testimoniar la buena conciencia del legislador, mas no como fuente de una convivencia en que vengan aceptadas las reglas del progreso social basado en la solidaridad cooperativa. Para decirlo metafóricamente, la “transacción clase a clase” presupuesta en el derecho del trabajo tradicional está cuestionada por haber sobrevenido “excesivamente onerosa” para los involucrados. En la conformación de sus principales instituciones el legislador ha actuado mediante la técnica de los mercados “conjeturales” o “hipotéticos”, consagrando normas que imponen unos contenidos contractuales que supone que ambas partes individuales juzgarían aceptables. Y es del caso que estas reglas de juego aparecen hoy comprometidas, sea por los costes de cumplimiento (discurso patronal), sea por

los costes de hacer efectivas las promesas del modelo en tanto no actúan espontáneamente (discurso obrero).

En la práctica, aquel mercado “conjetural” ha devenido un mercado real y concreto de transacciones “individuo a individuo” que, explotando la hiposuficiencia del dependiente posterior al distracto y blandiendo la espada de Damocles de la presentación en concurso, monetiza a la baja los derechos sedicentemente irrenunciables. En el mejor de los casos —concebidos que fueran los niveles de beneficios legales como “precio sostén” de acuerdos individuales— han devenido “precios indicativos” a tomar como referencia para las quitas y esperas.

Es decir que siquiera en su nuevo rostro, represivo antes que preventivo, el derecho del trabajo tiene asegurada su eficacia en tanto que depende de las posibilidades de coerción patrimonial que, obviamente, se minimizan ante economías devastadas.

En cuanto a la década en curso, la tendencia argentina supone una enfatización de los aspectos ya consignados. Si bien ha quebrado la idea-fuerza de abaratamiento de los costos laborales como inductora de empleo, la legislación, a falta de acuerdos económico-sociales consistentes, no parece encontrar otra técnica que la de las penalizaciones retrospectivas. Al presente están vigentes: *a*) una duplicación indemnizatoria por falta o defecto de registración al tiempo del despido; *b*) un incremento indemnizatorio del 50% ante la falta de cumplimiento espontáneo del pago de las indemnizaciones por despido y preaviso (en tanto obliguen al trabajador a litigar sin necesidad); *c*) otra duplicación “de emergencia” que sanciona el despido injustificado; *d*) una “sanción conminatoria” consistente en el pago de salarios, no obstante la disolución del vínculo (por cualquier causa), si el empleador estuviere en mora de ingreso de las retenciones previsionales, sindicales y mutuales, operativa *sine die* hasta la obtención de “libre deuda”, y *e*) una indemnización de tres meses de salario por falta de entrega de las certificaciones de servicios.

Como última imagen de esta secuencia fotográfica debiera consignarse que la tasa de infracción presenta un perfil cualitativo que la asocia especialmente a la “pequeña empresa”, frente a la cual el sesgo sancionador no se muestra especialmente eficiente. Parece preferirse en dicho ámbito el “azar moral” consistente en asumir el riesgo conjetural de ser “detectado” que la certeza de una pérdida inmediata consiguiente al cumplimiento de la norma imperativa, correspondiente a una racionalidad de supervivencia

según la cual los costes presentes se difieren “a mejor fortuna” o, alternativamente, a su dilución en el caudal del mar de los quebrantos.

2. La crisis de culpabilidad

Alguna vez se ha dicho con estilo que al trabajador dependiente, paradigma del desamparo en los albores del siglo XX, le ha aparecido hacia su finalización un pariente todavía más pobre: el desempleado.

Y en la explicación de su filiación, a los argumentos tradicionales (los cambios tecnológicos, según David Ricardo; la insuficiencia de la demanda agregada con efectos recesivos sobre la producción y el empleo, según Keynes) se ha agregado, exhumada y “aggiornada”, la versión liberal basada en la primera de las leyes “físicas” de la economía.

Luego, si “*cuando el precio de una cosa sube, menos se consumirá de esa cosa*”, y si “*cuando menos se demanda una cosa, su precio debe bajar o dejará de consumirse*”, y entendida aquí la empresa como demandante de trabajo (y el trabajo como “cosa” y el salario como “precio”), la consecuencia es que se imputarán los niveles de desempleo: *a)* al excesivo costo laboral estático; *b)* a la inelasticidad del salario bajo circunstancias recesivas; y *c)* a la onerosidad de los contratos de corta duración en razón de los costos extintivos que deben preverse.

Teniendo en cuenta también que en Latinoamérica han concurrido además las otras dos explicaciones sobre las causas del desempleo (incorporación de tecnología a consecuencia de aranceles libre-cambistas; procesos recesivos prolongados), el discurso económico se completa describiendo la deficiencia de nuevos puestos de trabajo en orden a agregar “valor a la producción” (rol cumplido, hoy, por la tecnología) y “utilidad marginal” a las rentas empresarias (que en cualquier caso carecen de mercados).

La consecuencia de este tipo de análisis es forzosa: una política de empleo debería basarse en la baja de los costos laborales (incluyendo los directos, que van al bolsillo del trabajador, y los indirectos, que corresponden a los gravámenes sobre la nómina salarial), tanto sea los concomitantes a su ejecución como los relativos a su extinción (que son presupuestados *a priori* por el tomador de trabajo).

En la Argentina, toda la legislación flexible de los años noventa se ha dictado con invocación explícita o implícita de la finalidad de reducir los niveles de desocupación, implementando la lógica de incentivo por una

“promoción en el precio”, del tipo “consuman trabajo que ahora es barato”, con resultados menos que discretos (como que la tasa de desocupación no varió, antes y después de la vigencia de los llamados “contratos basura”, sino en un modesto 2% sobre un promedio del 15% para la década).

En cuanto nos interesa, la aparición de este “pariente pobre” del trabajador asalariado, en tanto su pobreza ha sido imputada a la excesiva prosperidad del ocupado, consistente en unos beneficios incompatibles con la realidad de las curvas de mercado, ha operado un efecto de culpabilidad sobre el derecho del trabajo que ha puesto en dudas incluso a sus militantes de buena fe. Muchos terminaron admitiendo que la desregulación era una experiencia por hacer, siquiera a título de “ensayo y error”. Máxime si se tomó en cuenta que los efectos perniciosos del “modelo” no afectaban solamente a la clase trabajadora y que, del “otro lado del mostrador”, había pequeños empresarios tan afectados por la ola irrefrenable de la libre competencia internacional que justificaban archivar en el arcón de los recuerdos la asimetría fundante de nuestra disciplina.

En tanto la representación del drama laboral transcurre por delante del “telón de fondo” del desempleo, el derecho del trabajo es puesto en el rol de un diletante Hamlet (cuando no de un insidioso Yago). Su épica sindical-decimonónica se deja a salvo a condición de que se acepte que ha devenido en patética conservación de “privilegios”. Los difusores del pensamiento único lanzan la admonición sobre un efecto iatrogénico: están matando al enfermo por exceso de medicación. Resurgen los discursos contra las “corporaciones”. Se habla de un derecho nuevo, el “derecho a trabajar”, cuyo sujeto pasivo serían los trabajadores ocupados, convocados a admitir las condiciones necesarias para que “la torta alcance para todos”.

En fin. La legitimidad de un derecho que la adquirió en parte basado en la protección del débil es puesta en duda por quienes, desde el lado fuerte, pontifican con la anunciación de una pobreza y una debilidad todavía más extrema.

Vinculado con esta manifestación de la crisis quiero mencionar un rasgo que se insinúa con vehemencia y en el que está implícita la consideración de una culpa sin rostro por la realidad del incumplimiento laboral (de la que nace una responsabilidad sin otro deudor que “la sociedad”). Es la tendencia a la “securitización” de las instituciones del derecho del trabajo (entendiendo por “seguro”, en su acepción más elemental, la difusión o traslado de costos). La idea de un binomio patrón-obrero, vinculado

a un específico reparto de cargas y beneficios derivado de su relación individual, pierde terreno frente al concepto del trabajador como sujeto a un *status* con interlocutor indefinido y en que algún fondo impersonal (el Estado, la sociedad contribuyente, la clase empresaria, los compañeros mutualizados) asume el papel de *solvens* en primera o última instancia de unos niveles de tutela que, en tanto dependientes de una financiación de tipo colectivo, suponen el intercambio de seguridad por moderación. La promesa de una garantía y de una “automaticidad” se hace en nombre y a cambio de la resignación de las apetencias por las “prestaciones”.

Paradójicamente entonces, mientras el nivel de beneficios del trabajador ocupado sería el responsable moral y jurídico por la tasa de desempleo, el empleador no lo sería por el incumplimiento de aquel nivel de beneficios.

Evidencia de esta tendencia, con referencia a la Argentina, lo constituyen la ley de riesgos del trabajo, la creación (no reglamentada) del fondo de garantía de créditos laborales, la proliferación de planes asistenciales “públicos” que han sido la contrafigura del abaratamiento de los costos laborales “privados” y la tendencia a universalizar un sistema de cobertura por extinción, semejante al de la industria de la construcción (que tuviera estado parlamentario y despacho favorable de la respectiva Comisión de la Cámara de Diputados durante la gestión de Armando Caro Figueroa), es decir, como una cuenta de capitalización que prescinde de la indagación sobre la causa del desvínculo y que, antes de ocuparse de disuadir los despidos, se ocupa de las coberturas de la contingencia objetiva consiguiente.

Antes de aplaudir o demonizar estos criterios, cabría tomar en cuenta que toda política de difusión de riesgos patrimoniales (en que la responsabilidad personal termina diluyéndose en la imputación a un fondo colectivo de respuesta) implica el riesgo de desincriminar las conductas humanas que, así, quedan libradas al débil influjo que pudieran ejercer otros valores menos tangibles. La experiencia del derecho de daños, al generalizar sistemas de responsabilidad objetiva con aseguramiento obligatorio, no ha sido exitosa para promover conductas preventivas en temas tales como los “eventos deportivos”, los “accidentes de tránsito” o los “daños ambientales”. No hay razones *a priori* para suponer entonces que un empleador que tiene previamente amortizados los costos laborales vaya a obrar en consonancia con los estándares pretendidos por una versión solidarista del derecho. La directriz correcta parece ser la que conduce a promover el aseguramiento sólo respecto de aquellas situaciones en que, como las enfermedades inculpa-

bles, las conductas patronales sean neutrales a la concreción o no del resultado indeseable.

3. *La crisis de identidad*

A. De su objeto

Junto a la crisis de efectividad y el embate del discurso culpabilizador, ocurre también que el derecho del trabajo parece haber perdido un definido objeto de referencia.

Según destacan los autores, en consonancia ahora con una práctica adjudicativa que efectivamente tropieza a diario con el problema de la “calificación jurídica del negocio”, sucede que siquiera en sus versiones corregidas el concepto de dependencia parece alcanzar a dar cuenta de un sinnúmero de situaciones de hecho en que, antes bien, el negocio parece transitar genética y funcionalmente por los carriles de la coordinación de esfuerzos y la asociación en los resultados, en el contexto de amplias libertades “jurídicas” y “técnicas” para la ejecución de los respectivos débitos.

Las “zonas grises” proliferan. Principios axiales de la materia, como el de primacía de la realidad, parecen haber emprendido un curso pendular en que la calificación y la intención de las partes vienen revalorizadas y morigerado, en cambio, el efecto imperativo del orden público. Es cierto que en tal actitud interpretativa puede haber alguna carga de prejuicios ideológicos contra la “pan-laboralización” de los servicios, pero también es cierto que actúa allí una sana prevención del juez contra una discrecionalidad excesiva que atribuya con carácter retroactivo naturaleza laboral a relaciones que no han nacido bajo ese signo. Los magistrados, en grado creciente, se muestran remisos a imputar las consecuencias propias del encuadramiento laboral a vínculos en que la metáfora (entiéndase: la asimilación por semejanza) parece llegar demasiado lejos.

El problema no parece consistir tanto en la calificación del trabajador como “no dependiente”, sino en la falta de categorías jurídico-normativas que permitan dar una adecuada respuesta de protección al género de los servicios de filiación difusa (ya que tampoco son estrictamente empresarios autónomos). De modo que la disyuntiva aparece planteada en un juego de “todo o nada”, del que, por lo general, resulta una consecuencia injusta. Y si la tendencia doctrinaria y jurisprudencial hasta la década de los ochenta ha si-

do hacia la inclusión en el ámbito de protección (técnicamente basada en la “presunción de laboralidad”), ello ha revertido en los años noventa hacia una ponderación estricta de los elementos constitutivos de la dependencia como condición para franquear el acceso a la norma tutelar. Circunstancia a la que, por cierto, no parece ajena la ruptura del paradigma sociológico que partiendo de una clara identificación del “fuerte-rico-poderoso” como titular de la empresa, asignaba al derecho del trabajo un rol distributivo en plan de “justicia social” compatible con niveles de crecimiento y acumulación de la riqueza que parecen contradichos por la constatación de ser hoy la “pequeña empresa” (ya acosada por las políticas fiscales y la voracidad financiera) la principal consumidora de empleo.

Una reseña de los problemas de calificación del vínculo debe incluir como rasgos principales que, dados puntualmente o en conjunto, incorporan dilemas:

- a) Los referidos al lugar de prestación, en tanto la externalización a un ámbito edilicio que facilita el control sobre la disciplina y el ritmo de producción desdibuja el diseño tradicional de la subordinación jurídica.
- b) Plasmando en un cierto grado de autonomía técnica del trabajador, que ya no se desempeña bajo la mirada “panóptica” de un cuerpo de controladores inmediatos.
- c) A la vez que diluye la impronta de la “jornada de trabajo”, que deviene de imposible medición, con la consecuente repercusión sobre la modalidad remunerativa “por tiempo”, gradualmente sustituida por diversas formas de tarificación del resultado.
- d) Que torna igualmente difuso el deslinde de riesgos y los criterios de asignación de los frutos, en tanto es posible que los mismos aparezcan de algún modo compartidos con arreglo a un convenio fundacional al que no siempre se puede calificar de subjetivamente fraudulento.
- e) Máxime cuando sea del caso que el servidor se vale, en parte no menor, de medios propios para la ejecución de la tarea (vehículos, computadoras, herramientas valiosas) o corren por su cuenta los costes logísticos (pago de servicios, alquileres, etcétera).

Se ha descrito con acierto que la práctica adjudicativa se aferró, ante la avalancha de casos difíciles, a la técnica tradicional de dirimir las fronteras según el “haz de indicios” condujera a establecer relaciones de proximidad-distancia o semejanza-diferencia con el paradigma puro (Supiot, Rivero Lamas, Alimenti, Goldín, Caparrós). Pero igualmente se duda sobre la equidad y eficiencia de un sistema que funcione, ya como regla y no para situaciones residuales, con base en una adjudicación retrospectiva de laboralidad o autonomía (quizá ajena a la intención de las partes) y en cualquier caso aleatoria (como que librada casi enteramente a la discrecionalidad judicial).

En cuanto interesa al objeto de este trabajo lo que intento destacar es cómo una flexibilización de “tercera generación” y fuente adjudicativa (es decir, que no proviene de la norma ni de su incumplimiento masivo) se va abriendo paso, sin tantas estridencias como la legislativa, a partir de cierta desarmonía entre las dimensiones sociológica y normativa del derecho en orden a una delimitación de los supuestos incluidos/excluidos del ámbito de aplicación y, en su caso, por la ausencia de una diversificación de las regulaciones que otorguen niveles de protección distintos. De esta inadecuación resulta que en grado creciente el elemento tuitivo aparece comprometido no por efecto de lo que la norma dice, sino por lo que calla, al conducir a la exclusión probablemente injustificada de muchas situaciones de su esfera de actuación.

De otra parte, muchas modalidades tradicionalmente adscriptas a formas de contratación mercantiles puján por “entrar” al ámbito de protección ante el hecho evidente de una asimetría funcional, que se hace evidente especialmente al momento de la ruptura unilateral del vínculo, en tanto parece concurrir allí el mismo ingrediente moral y jurídicamente justificativo del derecho del trabajo en orden a nivelar una relación de poderes de hecho. Concretamente, un gobierno exclusivo y excluyente sobre la continuidad del negocio (que trasciende la circunstancia de un desequilibrio genético-funcional, no siempre patente) coloca a los autónomos-periféricos de empresas monopsónicas en situación de desprotección semejante a la del trabajador asalariado, mereciendo hoy por hoy de un grado de protección “cero”, a salvo de la que tibiamente le brindan los sistemas que han incorporado la noción de “parasubordinación” (Alemania, Italia).

B. *De los sujetos*

Otra de las variantes que afectan la identidad y efectividad del derecho del trabajo es la que deriva de haberse enturbiado sobremanera el presupuesto de una relación básica binaria “empleador-trabajador”.

También aquí, como vimos a propósito de la dependencia, la intervención de “terceros” y “pseudo-terceros” no es novedosa. Lo que abruma en todo caso es la dimensión cuantitativa del fenómeno.

Por efecto de las nuevas tecnologías (en especial las referidas al transporte físico y la circulación de información) el proceso productivo reconoce un diseño altamente “descentralizado” (en el doble sentido territorial y jurídico) que de algún modo propone un nuevo esquema de “distribución del trabajo” en los mercados internos y transnacionales (basado en la atomización de las especialidades), con impacto directo sobre la dimensión de las empresas y su modo de relacionarse. Las redes complementarias (fuerza centrípeta) y las tercerizaciones (fuerza centrífuga) van definiendo nuevos perfiles según los cuales, se coincide, la figura del responsable laboral “evanesce” (Rivero Lamas) o se “derrite” (Supiot).

Digamos que nuestras tradiciones, desde la desestimación del “hombre de paja” (fraudulento o no), estaban preparadas para trascender los artificios de interposición jurídica de sujetos de derecho en tanto enmascararan la realidad de la utilización del servicio (intermediación) o supusieran una segmentación artificiosa de procesos económico-técnicos inescindibles por naturaleza (subcontratación), dando como respuesta la incriminación de solidaridad basada en la primacía de la realidad del aprovechamiento de la fuerza de trabajo para la obtención de utilidades.

Pero tenían, a la vez, la limitación de carecer de un aparato teórico consistente (quizá innecesario hasta los años ochenta) para avanzar sobre ciertas restricciones impuestas por la lógica del derecho común. En especial, destaco que las diversas técnicas de fragmentación de la responsabilidad derivadas de la utilización de personalidades jurídicas diferentes (aunque vinculadas a un mismo fin económico subyacente) no fueron trascendidas mediante la directa imputación a la empresa, considerada como sistema unitivo, del rol de acreedora del contrato de trabajo y responsable por sus consecuencias. Es como si, en esto, el contractualismo hubiera actuado como un freno al juzgar definitiva la figura del “empleador”, como acreedor de la prestación más característica, frustrando un decidido énfasis en el arraigo del vínculo a la realidad económica que le justifica.

Consecuencias de esta limitación son, entre otras, que el trabajador como acreedor debe superar los siguientes escollos:

- a) El de la separación de patrimonios entre “la sociedad” y “los socios”;
- b) El de la insolvencia de su referente contractual, salvo cuando fuere evidente que se han desmembrado totalmente “contrato” y “relación” de trabajo;
- c) El de la separación de patrimonios entre personas físicas o ideales que, no obstante involucrarse en un proceso económico-técnico con unidad de fines (una empresa), contratan trabajadores bajo personalidades jurídicas diferenciadas;
- d) El de una apoteosis de la segmentación del concepto de establecimiento (mal asimilado a “centro o lugar de trabajo”) que pierde de vista su inherente articulación finalística con la empresa (a la que sirve como universalidad técnica), en lo que ha conducido, por ejemplo, a considerar que cada taxi (y no la flota que posibilita el cumplimiento del servicio) es uno diferenciado.

IV. LA CAPACIDAD DE RESPUESTA

En la introducción arriesgamos una respuesta afirmativa a la pregunta por el vigor del derecho del trabajo para dar siquiera una solución provisional (en el “mientras tanto” de la formulación de un nuevo cuerpo doctrinario-legal referido a los servicios personales) al vendaval de desafíos que propone el nuevo siglo, según fueran luego esquematizados como “disfunciones” en el apartado III.

Arriesgamos luego que las condiciones de posibilidad de su eficacia pasaban por refutar, en primer lugar, la idea de una articulación historicista necesaria entre su ética y sus técnicas con el paradigma del trabajo industrial y, en segundo, la de atar la suerte de su adaptabilidad a improbables reformas normativas.

En el apartado II se intentó demostrar, precisamente, que el código genético de la disciplina incluía ya posibilidades vitales que exorbitaban por mucho el de aquella formación histórica específica, tal cual quedó demostrado por el hecho de que la fase “expansiva” tuvo lugar sin giros copernicanos en su configuración esencial (ni mucho menos en las normas que le

sustentaron), sino mediante desplazamientos o traslaciones metafóricas que permitieron relocalizar el postulado de protección allí donde se verificase el hecho de un trabajo humano incorporado por empresas para la extracción de utilidad, bajo condiciones genético-funcionales de mercados asimétricos.

Puesto a conclusiones que sugieran respuestas para el “mientras tanto”, digo:

- 1) El ámbito material del Derecho del Trabajo puede ser reinterpretado con apego a dichos postulados fundamentales, definiendo los supuestos de *inclusión* en base a las siguientes pautas:
 - a) El trabajador compromete una prestación personal.
 - b) El receptor es siempre una empresa, esto es, una organización jerárquico-finalista para la producción o circulación de bienes económicos que cuenta con atribuciones reales para gobernar el ciclo y asignar sus resultados.
 - c) Hay entre ambos una situación de supremacía que deriva de la posesión empresaria del bien escaso (el puesto), concretada en una posición dominante sobre la decisión de contratar, la continuidad del vínculo, la definición de su objeto y la posibilidad de pautar las modalidades de su ejecución.
 - d) Concomitante con una retribución que, como quiera que fuese estipulada y liquidada, se independice del resultado de la gestión empresaria.
- 2) Por el contrario, quedan *excluidos* de su ámbito los supuestos en que:
 - a) El prestador deba ser calificado como autónomo en virtud de valerse de trabajo ajeno o de sus propios medios, concertando sus servicios con un mercado indiferenciado de potenciales clientes.
 - b) No sea dable calificar al receptor como una empresa.
 - c) O medie entre ambos sujetos una relación de esfuerzos coordinados, esto es, el aprovechamiento complementario de recursos, talentos y oportunidades, más allá de que la iniciativa o cierta primacía de gestión pueda atribuirse a uno de ellos a título de *primus inter pares*.

- d) Con un reparto de los resultados que exprese las contribuciones de cada cual, reflejada en la distribución relativamente paritaria de los beneficios y en la internalización de las propias pérdidas.
- 3) Un criterio de deslinde basado en tales premisas resulta consistente con el propósito nivelador que diera origen y fundamento al Derecho del trabajo. Descarta que se trate de un estatuto genérico del trabajo humano al establecer como condición de aplicación la existencia de asimetrías genéticas, funcionales, distributivas y conclusivas que operen como engranajes de una relación de poder ordenada a la extracción de utilidad del trabajo ajeno. Pero en cambio actúa con plena intensidad cuando ellas concurren, a despecho de las diversidades multiformes que puedan verificarse en orden al lugar de ejecución de las tareas, la intensidad del contralor sobre los ritmos de trabajo, la distribución del saber técnico o las modalidades de la retribución.
- 4) Resulta imprescindible la reconstrucción del sujeto pasivo de la responsabilidad laboral. A tal fin, especialmente, debe superarse el generalizado error de confundir la “empresa” (realidad económica) con el “empleador” (sujeto de derecho) y el “establecimiento” (como conjunto técnico del que se vale la empresa para cumplir sus fines) con el “lugar de trabajo” (como asiento físico-edificio en el que se ejecuta la prestación).

En tal sentido, la “empresa”, como actividad de organización y gestión de recursos ordenada a la producción o circulación de bienes y servicios, adquiere en materia laboral la identidad que le proporcionan sus fines. Se diferencia tanto del establecimiento, como conjunto de medios técnicos de los que se vale para alcanzarlos, como del sujeto plural o único, físico o societario, que ejerce su titularidad. Y constituye el centro de imputación de las relaciones creditorias nacidas de cada relación laboral que incorpora a su sistema. En tanto que realidad de naturaleza económico-técnica, puede predicarse de ella que a la vez se “despersonaliza” (respecto de los sujetos jurídicos implicados) y se “personaliza” (en tanto adquiere una identidad que deriva de sus fines específicos), conclusión que no exorbita demasiado la tradición laboral que asigna

relevancia ninguna al primer elemento mientras articula la subsistencia del vínculo a la pervivencia del segundo.

El “establecimiento”, a su vez, guarda con la empresa una relación que no es del tipo “continente-contenido” (el todo y cada una de sus partes deslocalizadas) sino de “medio a fin”. Incluye el conjunto de medios, no como mero inventario de recursos disponibles, sino en virtud de su unidad inherente en relación con el objeto de la producción. La pertenencia a un mismo íter técnico-finalista le provee de suficiente identidad como para refractar una eventual dispersión territorial y, por el contrario, no deriva sin más dada la circunstancia que “bajo un mismo techo” se cumplan procesos nitidamente distinguibles.

Desde esta perspectiva, ni el *outsourcing* ni el *downsizing* (procesos de externalización, descentralización, tercerización o achique) en tanto se traduzcan en desmembrar procesos económico-técnicos unitarios mediante la secesión en personalidades jurídicas diferentes, o su dispersión en el espacio, o la adjudicación de supuestas “especialidades” en las que no hay otro interesado que una única empresa (que, de hecho, deviene su hegemónico cliente), debieran tomarse por escollos serios contra el progreso de una imputación unitaria basada en el principio de realidad.

- 5) El derecho del trabajo no tiene porqué hacerse cargo de culpa alguna en relación con la llamada “exclusión social” ni con la “tasa de evasión” de sus disposiciones. Incluso si se aceptara como hipótesis válida que el nivel de protección del ocupado opera un efecto de desincentivo para nuevas contrataciones o para la registración regular (afirmación desmentida por la experiencia argentina de los años noventa) resultaría perverso que, al menos dentro de los límites definidos por el orden público, el débil sea convocado a sacrificar sus modestos beneficios ante el opulento banquete de una prosperidad global creciente y cada vez más concentrada. No hay legitimidad en el reclamo. No la habrá, al menos, hasta que políticas fiscales serias vengan a cumplir el rol redistributivo que impone una sociedad ordenada según principios de justicia y en que el respeto por las reglas de juego que permiten el enriquecimiento de unos esté subordinado a la carga contributiva de proveer un mínimo de bienestar y oportunidades a los menos favorecidos.

- 6) En la medida en que la zona crítica, a todos los efectos considerados en este estudio, puede identificarse con la “pequeña empresa”, urge desmitificar la idea de que la misma sea merecedora de un tratamiento diferencial, por lo benigno, basado en sus reducidas capacidades económicas. O hay empresa, como asunción de riesgos derivada de una iniciativa personal ordenada a la extracción de utilidad con base en el trabajo ajeno, o hay en cambio un esfuerzo coordinado, de filiación asociativa, extraña al régimen laboral específico. Ningún argumento de moralidad autoriza a legitimar la explotación del “recurso humano” por el hecho de que quien lo haga tenga la expectativa de una tasa de rentabilidad muy módica. La repulsa a un capitalismo sin riesgo ni responsabilidad no se compadece con diferencias relevantes fundadas en “cuestiones de medida”.

En verdad, los casos que se presentan como “impactantes”, en tanto resultan en el injusto empobrecimiento de personas a consecuencia de aplicarles con todo rigor la ley laboral, no tienen que ver con la dimensión del emprendimiento sino con la intuición de faltar allí los elementos configurativos presupuestos en el sistema, que en verdad nunca debió actuar a su respecto. El Derecho del trabajo no puede aplicarse sin más de cualquier prestación de servicios personales (error propio de la etapa expansiva que de algún modo da letra a sus cuestionadores) sino en tanto inserta en el contexto de una organización empresarial establecida para la producción. A falta de la misma, o del ejercicio de prerrogativas de control indicadoras de supremacía justificadas por la asunción de riesgos, nada tiene que hacer en el asunto.

- 7) En definitiva, un derecho estructurado en torno a la idea básica de proteger contra las asimetrías en defensa de la dignidad y de la equidad, que confiere preponderancia el condimento económico tal cual es la realidad de la utilización del trabajo ajeno por sobre todo obstáculo que le propongan las instrumentaciones jurídicas y que se apoya en la técnica de un orden público proveedor de contenidos indisponibles, posee vigor para el cumplimiento de su finalidad histórica niveladora a sola condición de aceptar que tales ingredientes esenciales no dependen de caracterizaciones contingentes ni están ontológicamente articuladas a ciertas específicas modalidades de producción.