

EL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y EL DERECHO DEL TRABAJO*

por Mario E. ACKERMAN

WORK, WORKERS AND LABOR LAW

La memoria sólo cuenta verdaderamente –para los individuos, las colectividades, las civilizaciones- si reúne la impronta del pasado y el proyecto del futuro, si permite hacer sin olvidar lo que se quería hacer, devenir sin dejar de ser, ser sin dejar de devenir.

Italo CALVINO

Resumen

El análisis del derecho del trabajo podría comenzar con la pregunta sobre quiénes y por qué trabajan. La respuestas a dicha inquisitoria, primeramente de carácter subjetivo, reconduce indefectiblemente un ámbito objetivo: el trabajo libre. Libertad de trabajo que, producto de la necesidad del demandante de medios para su subsistencia, se redimensiona hacia la relación de dependencia que indefectiblemente la acota. Esa relación de dependencia, cuyas mutaciones de manifiestan en sucesivos cambios en la forma de trabajar, imponen la necesaria respuesta jurídica tutelar que explica y justifica la existencia del derecho del trabajo, aunque también y sobre todo, sus mutaciones al ritmo de los cambios en las formas de producir y de trabajar.

* Este trabajo fue publicado originariamente en el año 2001 en la Revista de Derecho del Trabajo y reproducido con actualizaciones en otras publicaciones posteriores. En la convicción de que lo aquí dicho no ha perdido actualidad, este es el que, con el mismo título fue publicado como Capítulo II de la obra del autor *Si son humanos no son recursos; pensando en las personas que trabajan*, 2da. edición revisada, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

Abstrac

The analysis of labor law could begin with the question of who works and why. The responses to said inquiry, primarily of a subjective nature, inevitably lead back to an objective field: the free work. Freedom of work that is resized towards the relationship of dependency that inevitably limits it. This relationship of dependency, whose mutations are manifested in successive changes in the way of working, imposes the necessary protective legal response that justifies the existence of labor law and its mutations in line with changes in economy and working.

Palabras clave: Trabajo. Trabajadores. Dependencia. Derecho. Libertad. Empresa. Camino trazado.

Key words: Work. Workers. Dependence. Law. Freedom. Company. Traced path.

EL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y EL DERECHO DEL TRABAJO

por Mario E. ACKERMAN

1. ¿QUIÉNES Y POR QUÉ TRABAJAN?

La adición innecesaria de un adjetivo a un sustantivo, cuando éste es autosuficiente para la descripción pretendida, probablemente genere un pleonasmio.

Pero no es sólo esto lo que provoca la expresión *trabajo humano*, de uso frecuente en los manuales y los estudios generales de Derecho del Trabajo¹ y con la que suele titularse el capítulo introductorio de esas obras.

El pleonasmio se evidencia a poco que se advierte que, usualmente, quienes utilizan la expresión no lo hacen para diferenciar *ese trabajo* del que podría ser su opuesto, esto es, el *trabajo inhumano*², sino para designar una *actividad humana*³, que supone un *esfuerzo físico o intelectual del hombre*, en la inteligencia de que *sólo el hombre es capaz de trabajar en sentido propio*⁴.

En rigor, *el trabajo*, en cuanto actividad inseparable de la *persona* que lo ejecuta, obligadamente es *humano*, lo que torna por demás sobreabundante al adjetivo.

El mayor reproche que podría merecer la expresión, sin embargo, y aunque nacido del lenguaje, no proviene de la retórica.

En efecto, amén de que la designación *trabajo humano* parece admitir la existencia de *otros trabajos* –además del humano–, como podrían ser, por hipótesis, los de las *máquinas*, los *animales* o, aún, los *capitales*⁵, aquélla insinúa también una suerte de *objetivación* del

¹ Ver, por ejemplo, ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Edersa, Madrid, 1981, pág. 22; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, pág. 113; PÉLISSIER, Jean, SUPLOT, Alain et JEAMMAUD, Antoine, *Droit du Travail*, 21e. ed., Dalloz, Paris, 2002, pág. 1; BIAGI, Marco, *Instituzioni di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, pág. 2; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, T. I, pág. 3; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4ª ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 1, etc.

² Y que supone tipos o condiciones de trabajo agraviantes para la condición humana.

³ BIAGI, M., *op. cit.*, pág. 2 y RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, pág. 2.

⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, pág. 2.

⁵ Lo que resultaría conceptualmente incorrecto dado que en tanto se considere que el *trabajo* es un *quehacer humano*, ni aquéllas –las máquinas– ni éstos –los animales y los capitales– podrían *trabajar*. Esto no obsta a que

trabajo que no resulta neutra en sus consecuencias, ya que podría llevar a desconocer primero la *causa del trabajo* y, luego, la propia razón de ser del *Derecho del Trabajo*.

Ya SUPLOT⁶, luego de repasar las concepciones romanista y germánica de la relación de trabajo, señaló la trascendencia que tiene la distinción entre *el trabajo* como *objeto* y *el trabajador* como *sujeto* de derecho, para advertir que de lo que se habla en el Derecho del Trabajo, siempre, es de la *persona física que trabaja*⁷, esto es, ese ser humano al que se designa como *trabajador*.

Esta primera descripción, sin embargo, así enunciada, y aún siendo como es esencial el reconocimiento de tal dato central, resulta insuficiente para entender la razón de ser y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, si no se agrega⁸ que esa prestación personal es *por cuenta y bajo la dependencia* de otra persona, y a cambio de una *remuneración*.

Pero son precisamente esas notas de *ajenidad* y *subordinación* y, especialmente, la *causa salarial* –razón última de aquéllas–, todo lo que parecen desconsiderar, por ejemplo, autores como FOURASTIÉ⁹ cuando, luego de reprochar que la respuesta a la pregunta *¿por qué trabajamos?* sea que se lo hace *para ganar dinero*¹⁰, afirma que tal contestación *sólo tiene en cuenta uno de los efectos del trabajo: la producción de un salario o ganancia*, porque, a su juicio, *trabajamos para producir*¹¹

E insiste en su andar descaminado FOURASTIÉ cuando afirma que el salario es uno de los efectos del trabajo, ya que también los esclavos y los siervos de la gleba *trabajaban* y, sin embargo, *no generaban salario*.

En rigor, el *salario* es una consecuencia *jurídica*, no *económica*, del vínculo laboral en relación de dependencia y es lo que, en la generalidad de los casos, impulsa a los humanos no esclavizados a trabajar.

Aquella devaluación de la importancia de la remuneración en el trabajo dependiente se evidencia aún en la designación que se da al vínculo -o, si se quiere, a su fuente- en el que él se desarrolla -esto es, lo que conocemos como *contrato* o *relación de trabajo*- que, sin que

en América Latina, en el lenguaje vulgar –y también en el económico y financiero–, suele afirmarse que la inversión especulativa supone *poner el dinero a trabajar*

6 SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1996, pág. 57 y ss.

7 *La persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador* (SUPLOT, A., *Crítica ... cit.*), pág. 80)

8 Como también lo hace más adelante SUPLOT (Ver SUPLOT, A., *Crítica ... cit.*), pág. 135 y ss.).

9 FOURASTIÉ, Jean, *¿Por qué trabajamos?*, Eudeba, Buenos Aires, 1960

10 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, pág. 17.

11 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, pág. 18. Y aclara luego que *fácil resulta descubrir que trabajamos para transformar a la naturaleza pura, que satisface mal o no satisface en absoluto las necesidades humanas, en elementos artificiales que las satisfagan, trabajamos para transformar la hierba salvaje en trigo y luego en pan, las cerezas silvestres en cerezas comestibles y el mineral en acero y más tarde en automóviles* (*Idem*, pág. 21). El mismo Fourastié debe sin embargo admitir más adelante que para que los niños puedan concurrir a la escuela *es necesario que su trabajo o su salario no resulten indispensables para la subsistencia de la familia y que, además, ellos estén bien cuidados y correctamente vestidos* (pág. 103)

parezca tampoco necesario llegar al extremo pretendido por MENGER¹², para equilibrar la bilateralidad, debería ser la de contrato o relación de *trabajo asalariado*.

Curiosamente, también en la reprochada concepción se inscribe –implícitamente– la legislación argentina, cuando, además de indicarse que *el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí* y que *sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina* por la ley laboral¹³, en el artículo 37 de la misma LCT (t.o.) se define el *principio general del objeto del contrato de trabajo* señalando que *el contrato de trabajo tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada*, omitiendo esta vez toda referencia a la remuneración.

En realidad, estas descripciones pueden ser válidas desde la *lógica económica*¹⁴ y desde la posición del empleador, ya que, sin duda, es el empresario que contrata a un trabajador quien pretende que la actividad de éste sea *productiva*. Precisamente por eso lo contrata.

Tal *finalidad productiva* da respuesta a la necesidad de *trabajo*, pero no aporta una razón suficiente sobre el móvil que impulsa a cada individuo a trabajar. Y, menos aún, explica por qué ese trabajador se aviene a hacerlo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*.

En rigor, para el trabajador, normalmente, el *resultado productivo* es apenas una necesidad o una motivación mediata. Cuando no remota. Para él, en principio, el propósito inmediato es que su actividad sea *remunerada*.

O, en palabras de ALONSO OLEA, si bien *el trabajo que está en la base del Derecho del Trabajo es el trabajo productivo, su característica esencial reside en que el hombre que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima la obtención a través de éste de los medios materiales, de los medios económicos, que necesita para subsistir*¹⁵.

Es cierto, sí, como lo señala HOPENHAYN, criticando la teoría utilitarista de TAYLOR, que *los seres humanos no trabajan sólo por dinero*¹⁶. Pero, claro está, esto ocurre cuando ellos están en condiciones de pretender algo más que el dinero, y éste no aparece como una primera y urgente necesidad para la subsistencia, que obliga a postergar toda aspiración de *despliegue*

¹² Quien lo califica como *contrato de salario*. Ver MENGER, Anton, *El Derecho Civil y los pobres*, versión española de la segunda edición (Baden, 1890) de Adolfo Posada, Comares, Granada, 1998, pág. 274.

¹³ Según reza el segundo párrafo del artículo 4° de la LCT (t.o.). Esta aseveración limita así a la del primer párrafo de ese mismo artículo, en el que se precisa que *constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se presta a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración*.

¹⁴ FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, pág. 22.

¹⁵ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 28, quien también señala que *el trabajo productivo está presidido por una finalidad –procurar la subsistencia de quien trabaja– y en tal sentido es una actividad medial o instrumental, no es un fin en sí mismo; el juego es una actividad por completo libre, sin finalidad que la condicione ... se juega por jugar, mientras que no se trabaja por trabajar, y si se trabaja por trabajar, se está en realidad jugando* (Idem, pág. 27)

¹⁶ HOPENHAYN, Martín, *Repensar el trabajo: historia, profusión y perspectivas de un concepto*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2001, pág. 163.

físico e intelectual, interacción social, búsqueda de estatus social y de sentido o de impulso creativo.

Esta percepción, por otra parte, no es en absoluto novedosa.

Ya desde la Revolución Francesa el derecho *a trabajar* se asoció, antes que a la realización personal, al derecho *a la existencia*, en cuanto *el trabajo* fue reconocido como el *medio* para obtener los recursos necesarios para la subsistencia¹⁷.

Concepto que se reitera en documentos emblemáticos, como la Constitución de la República de Weimar¹⁸, del año 1919 o, ya más recientemente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, cuyo artículo 6° en el apartado 1 reconoce que

El derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

Tal reconocimiento de la finalidad inmediata del trabajo *por cuenta ajena*, no supone, por cierto, negar ni devaluar las necesarias reflexiones *sobre si el trabajo productivo cumple finalidades adicionales y aún superiores en una escala de valores a la típica de procurar la subsistencia*¹⁹. Sin embargo, como también advierte ALONSO OLEA, esa reflexión pertenece a la órbita de la *filosofía del trabajo* que, sin ser ignorada ni menospreciada, debe ser dejada de lado a la hora de la consideración *jurídica*²⁰.

Sí, en cambio, a partir de la aceptación de ese propósito primero –la remuneración– se explican los diversos instrumentos de los que se sirven el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social²¹ para garantizar tanto la percepción de los salarios devengados, como su continuidad en las situaciones en las que el trabajador se encuentra impedido de ganarlo –poniendo su capacidad de trabajo a disposición del empleador– por causas que no le son imputables²².

Pero el intercambio de trabajo por salario al que dedica su atención el Derecho del Trabajo, supone, como ya quedó enunciado, cuando menos dos notas más, que consisten en que aquél sea prestado *por cuenta y bajo la dependencia de otro*²³, esto es, que suponga un *intercambio específico de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad*²⁴.

¹⁷ SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1966, pág. 26/28, donde recuerda los textos de la Ley Le Chapelier y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 23 de junio de 1793.

¹⁸ *A todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo* (art. 163-II, cit. por SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.*, pág. 38).

¹⁹ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 31.

²⁰ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 32.

²¹ En una variable distribución de competencias condicionada por las opciones de cada política nacional.

²² SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 96/97.

²³ PELISIER, J., SUPIOT, A. et JEAMMAUD, A., *op. cit.*, pág. 1.

²⁴ SALA FRANCO, Tomás, en ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y Otros, *Derecho del Trabajo, T. II-Contrato individual*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 22.

La *ajenidad* tiene aquí un doble significado²⁵.

Por un lado, *lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la distribución originaria, en que los frutos—esto es la utilidad patrimonial del trabajo*²⁶- desde el momento mismo de su producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador²⁷.

Pero también la *ajenidad* se proyecta sobre el crédito salarial, en cuanto *el trabajador por su prestación laboral dependiente percibirá de su empleador, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectado por el riesgo de la ejecución de aquélla, al no asumir la responsabilidad del resultado del trabajo en sí mismo considerado*²⁸.

En estos términos, a la *ajenidad* en el resultado corresponde –o, mejor, *debería corresponder*- una simétrica *ajenidad* en el riesgo salarial.

Se advierte así, una vez más, la enorme limitación conceptual o, en todo caso, la restringida y parcial perspectiva del *objeto* del contrato de trabajo, que encierran los conceptos de los artículos 4° y 37 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, ya que la desatención de la trascendencia que tiene para el trabajador la *remuneración* –en cuanto *causa inmediata que lo impulsa a trabajar*-, parece desconocer que él no posee ningún derecho ni sobre el objeto, ni sobre los métodos, ni sobre el resultado de su trabajo, ya que tan sólo tiene derecho al salario²⁹.

Pero amén de la *ajenidad en los frutos* de su propia actividad productiva, ésta es desarrollada por el trabajador *en relación de dependencia*.

Más allá de los debates actuales sobre el sentido y el alcance de la *dependencia laboral*, debe primero observarse que también la expresión *trabajo dependiente*³⁰ es inadecuada, a poco que se advierte –nuevamente por las sutiles trampas o vicios de las expresiones reiteradas por costumbre o comodidad- que no es *el trabajo* el que –o, mejor, *lo que*- depende, sino *quien* lo ejecuta, y *de quien* aquél es inescindible, esto es, *el trabajador*.

²⁵ Lo que no supone desconocer otros significados posibles de la *ajenidad*. Ver, por ejemplo, sobre esta cuestión RIVAS, Daniel, *La subordinación; criterio distintivo del derecho del trabajo*, Facultad de Derecho-Universidad de la República / FCU, Montevideo, 1996, pág. 42 y ss.

²⁶ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 35.

²⁷ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 34. En sentido similar Supiot señala que *a diferencia de cuanto sucede, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de obras, el objeto del trabajo asalariado sigue siendo exterior al campo de la relación sinalagmática que crea el contrato: se paga el trabajo y no su resultado, ya se trate de un bien material o de un servicio. El trabajador no adquiere en ningún momento un derecho sobre la cosa producida, ni siquiera cuando el salario se fija por piezas o por acto realizado.* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 81)

²⁸ SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 23. También sobre este punto coincide Supiot cuando observa que *mientras que al trabajador independiente se le reconoce siempre un derecho sobre el objeto de su trabajo, no sucede lo mismo con el trabajador asalariado, para el que existe un divorcio total entre, de una parte, el fin, la causa final del trabajo, que es el salario, y de otra parte el objeto de este trabajo, que siendo, en todos los supuestos de ejecución del contrato, la cosa del empresario* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 81)

²⁹ SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 121.

³⁰ SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 22.

No hay así, en la irremediable realidad de los hechos, *trabajo dependiente*, sino *trabajadores dependientes*.

Señalamiento éste que lleva inmediatamente a formular una nueva observación desde la perspectiva del lenguaje y la retórica

Porque así como *trabajo humano*, es un *pleonismo*, *trabajador dependiente* –o *subordinado- y libre*³¹ probablemente sea un *oxímoron*.

2. LIBERTAD Y DEPENDENCIA EN EL TRABAJO

Además de la objetable referencia a su *humanidad*, la doctrina suele referir como una de las notas del *trabajo* que constituiría el *objeto del derecho del trabajo*³², su carácter *libre*, entendiendo por tal al que no se ejecuta en régimen de esclavitud o servidumbre.

Pero, ¿puede acaso afirmarse que sólo la esclavitud o la servidumbre producen la negación de la libertad en el trabajo?, ¿basta con que no exista *violencia física* o *amenaza de muerte* para que el trabajo pueda ser considerado *libre*?³³.

Si bien es cierto que ya la humanidad tiende firmemente a superar aquellas formas extremas de trabajo en las que era negada la propia condición humana de los trabajadores, no parece que pueda predicarse la existencia del mismo grado de *libertad* en quien puede escoger entre trabajar y no hacerlo y, siguiendo la primera opción, elegir si lo hace por cuenta propia o en régimen de ajenidad y, aún en este supuesto, decidir cuando y para quien lo hace, y en aquél que, por el contrario, no tiene ninguna de esas posibilidades.

El desconocimiento de la diferencia entre una y otra situación no resulta admisible en cuanto se acepta que *la libertad*, en su descripción más simple, es la *posibilidad de elegir* y, especialmente, la de *poder decir que no*.

Y se evidencia así una innegable limitación a esta elemental manifestación de la libertad cuando *se trabaja por necesidad*, que –una vez más- *no es necesidad de trabajar*, sino *de salario*, esto es, de una prestación económica para atender las necesidades de subsistencia de la persona que trabaja –y de su familia–.

³¹ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 35; PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ de la ROSA, M., *op. cit.*, pág. 113; VÁZQUEZ VIALARD, A., *op. cit.*, pág. 226/227; RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, pág. 6; etc.

³² ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 22. Ver la fundada objeción de Supiot a la consideración del *trabajo* como *objeto* del Derecho del Trabajo en SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 65 y ss.

³³ A juicio de Alonso Olea, *el trabajo es libre ... si la compulsión que fuerza a trabajar no llega al ejercicio de la violencia física o la amenaza de muerte infligida por quien ejerce la fuerza, sobre el trabajador* (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 45).

Esa *necesidad* que, si no niega, cuando menos limita severamente la *libertad* de quien debe trabajar para otro, es lo que lo obliga, sin alternativa, a aceptar que los frutos de su trabajo correspondan a otra persona.

La *ajenidad*, esto es, esa atribución inicial del producto del trabajo, no deriva así de un acto verdaderamente *voluntario* del trabajador³⁴, quien normalmente no sólo no puede elegir entre trabajar y no hacerlo, o de hacerlo en forma autónoma o dependiente³⁵, sino, además, rara vez puede escoger al sujeto de derecho al que se atribuirán los frutos de su trabajo.

Sujeto éste a quien, como consecuencia de los *modernos* modelos de *descentralización empresarial*, el trabajador no sólo no puede elegir sino, aún, en cuanto aquél también puede estar seleccionado por otro³⁶, más de una vez ni siquiera llega a poder identificar.

Tampoco parece hoy³⁷ comprobable entonces que *la facultad de opción* –entre trabajar o no y de hacerlo por cuenta propia o ajena- *reside en el trabajador, con la opción adicional y clave de que es el propio trabajador quien elige quien haya de ser la persona a la que los frutos van a ser atribuidos*³⁸.

Esa no es una afirmación que pueda tener –ni haber tenido en la historia de la humanidad- validez universal, porque no es en modo alguno identificable la posición en la que pueda encontrarse quien tiene recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas, con la de aquél que no los tiene. Y menos aún resulta comparable la situación de éste con la de quien es poseedor de riquezas suficientes como para no necesitar trabajar o para hacer que otros produzcan para él.

La *libertad de trabajar* no tiene para quienes se encuentran en esas diferentes situaciones el mismo significado ni similar contenido y, en todo caso, poco es lo que de positivo aporta que el observador de esa realidad confunda en una identidad esos distintos supuestos como configurantes de un *trabajo libre*, por el solo hecho de que en ninguno de ellos se manifiestan formas aberrantes de esclavitud o servidumbre.

34 Resultaría muy difícil demostrar empíricamente que *el trabajador retiene una libertad en virtud de la cual es de su propia decisión de la que deriva la atribución de los frutos al 'ajeno' que los hace suyos por hipótesis*, según afirma también Alonso Olea (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 36).

35 Por esta razón también es reprochable el texto del artículo 22 de la LCT en cuanto considera que existirá *relación de trabajo cuando persona realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria*

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

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

36 O, inversamente, es este mismo el seleccionado por el beneficiario último de la prestación laboral.

37 Como igualmente no lo ha sido desde la noche de los tiempos.

38 Según entiende Alonso Olea (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 37).

Porque cuando existe *necesidad* –y especialmente la *necesidad de obtener los recursos para la subsistencia*- escaso espacio resta para *elegir* o para *decir que no*, y muy reducido queda entonces el *territorio de la libertad*³⁹.

Pero aquella doble limitación –si no ausencia- de libertad tiene una consecuencia adicional, y que es la que empieza a dar razón de ser, sentido y contenido al Derecho del Trabajo.

En efecto, la persona que no puede escoger entre trabajar y no hacerlo⁴⁰ y que, obligada a la *actividad productiva*, por carecer de recursos propios debe resignarse al trabajo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*, estará abdicando en este caso de una nueva porción de su ya precario saldo de libertad.

KAHN-FREUND, siguiendo probablemente las enseñanzas de SINZHEIMER⁴¹ y von GIERKE⁴², señalaba que *la relación entre un empresario y un trabajador aislado es*

³⁹ Y es en cierto modo también Alonso Olea quien acepta esta perspectiva cuando, siguiendo a Simone Weil, expresa que *el trabajo mismo, en cuanto sea productivo y quien lo ejecute lo haga para 'ganarse la vida', está en alguna medida gobernado 'por la necesidad, no por la finalidad', se ejecuta a causa de una necesidad y no en vista de un bien; y, luego de admitir que las compulsiones que se derivan (del medio social) y aún de la propia naturaleza biológica del hombre, es claro que limitan y condicionan esa libertad*, refiere las posiciones de Freud, Comte y Proudhon y cita especialmente al joven Marx –el de los *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844*- para recordar el señalamiento de éste en el sentido de que *el trabajo no es la satisfacción de una necesidad, sino un medio para satisfacer otras necesidades, todo trabajo en general, en este sentido, no es voluntario sino forzoso, y de ahí que cuando no haya una compulsión física o de otra naturaleza se lo evite como la peste* (Ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 46 y 84/85).

⁴⁰ A menos que se valore positivamente la opción por la muerte, la mendicidad o el delito.

⁴¹ Cuando expresaba que ... *el especial interés del Derecho del Trabajo radica en que se trata del trabajo 'dependiente'. La dependencia es el gran problema del Derecho del Trabajo. Hace mucho tiempo que se ha observado tal cuestión y se sigue aún considerando por gran parte de la doctrina científica de nuestros días. La relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional. No pertenece al Derecho de obligaciones. Es, ante todo, una relación de poder. Pertenece al Derecho de las personas. La dependencia del trabajador es por ello no sólo una dependencia económica, social o técnica, que sólo sea un hecho que no concierna al Derecho. La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. Pensemos en el poder de mando del empresario. Ningún acreedor puede dar órdenes al deudor. El Derecho de obligaciones no conoce el deber de obediencia del deudor. Nadie duda, sin embargo, que el empresario puede dar órdenes al trabajador y que éste tiene la obligación de obedecer. Esa sumisión aclara que en el mundo del trabajo el empresario no sólo tiene un derecho como acreedor, a la manera obligacional, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal. Pensemos en la apropiación directa del producto del trabajo del obrero, por el empresario. ¿Cómo se puede explicar esta atribución al empresario del producto del trabajo?. Desde luego, no cabe una explicación obligacional. Sólo se explica por esa relación jurídica de poder que junta en una unidad jurídica al empresario y al trabajador, y cuyo titular es el primero. ... El trabajo dependiente no es un trabajo que el trabajador se preste a sí mismo y a la colectividad. La dependencia supone un trabajo que se presta a una persona privada. En el trabajo dependiente, el hombre que trabaja está mediatizado. Está alienado de sí y del todo. El trabajo, que en el estado natural del hombre es una función social o individual, en el estado de dependencia es una función ajena y función de un ajeno. Con esto se plantea para el Derecho del Trabajo el problema de la libertad humana ...* (SINZHEIMER, Hugo, *La esencia del derecho del trabajo*, en SINZHEIMER, Hugo, *Crisis económica y derecho del trabajo; cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 67 y ss., esp. pág. 75/76. En términos similares se expresa en *El hombre en el derecho del trabajo* y en *El problema del hombre en el derecho*, estudios éstos incluidos en la misma recopilación, especialmente en las páginas 81/82 y 109/110, respectivamente).

⁴² También von GIERKE afirmaba que *El contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío. Esto es así porque obliga a una parte a una actividad personal en beneficio de las necesidades y fines de la parte contraria, poniendo a las partes en relación de servidor y señor. El hecho de que la legislación moderna evite esta denominación, no significa que la cuestión haya desaparecido del ordenamiento jurídico, de la misma manera que no puede desaparecer de la vida. La relación de señorío, naturalmente, puede ser de muy diversa consistencia y duración. De todos modos, no falta nunca. Y crece en extensión y firmeza en la medida en que el servicio*

típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno; se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como 'contrato de trabajo'⁴³.

Aún cuando no se acompañe a KAHN-FREUND cuando pone en cuestión la existencia de un verdadero *contrato de trabajo*⁴⁴, no puede desconocerse que, sumada a la *necesidad* – de la remuneración-, la inevitable *sumisión* a los poderes del empleador que implica el vínculo laboral dependiente, no es compatible con el *acuerdo libre de voluntades* y el *intercambio de concesiones recíprocas* que supone un *contrato*⁴⁵.

En rigor, si bien esta posición subordinada puede tener una primera explicación en la *necesidad de trabajar* para otro, es la *ajenidad en los frutos* que tipifica al vínculo laboral lo que da fundamento lógico y jurídico a la posición de supremacía del empleador⁴⁶.

De este modo, la anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción de éstos, lleva a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una *tríada de poderes* que, al tiempo que se *legitiman recíprocamente*, también se *limitan en cascada*.

aceptado constituye un contenido vital profesional del mismo, porque absorbe en forma total o principalmente la actividad productiva del obligado (von GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 37/38).

43 KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y derecho*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 52, quien también agrega que *Los recursos del capital no pueden ser utilizados por nadie (ya se trate de una entidad privada o pública) sin ejercer un poder de mando sobre personas. Esto es una afirmación obvia o, al menos, debería serlo. ... No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer, es decir, sin este elemento de subordinación en el que los juristas correctamente ven la nota fundamental del 'contrato de trabajo'* (Idem, pág. 52/53). Y en términos similares se expresa ahora Supiot cuando señala que *en todos los países industriales en que se ha desarrollado, la relación de trabajo se ha definido –y continúa siéndolo- como una relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo. La subordinación del trabajador, que sirve para caracterizar al contrato de trabajo, es más que un simple criterio técnico de clasificación: es la piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra* (SUPIOT, A. *Crítica ... (cit.)*, pág. 133/134).

44 Cuestionamiento que debe enmarcarse, también, en el contexto de la llamada concepción *germánica* de la relación de trabajo.

45 Y también Supiot observa que *Mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete. El compromiso manifiesta la libertad. La sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho, desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto 'tout court' sometido al poder normativo del empresario. El derecho del trabajo ha tenido y tiene siempre por primera razón de ser la de paliar esta falta, es decir, la de 'civilizar' el poder empresarial, dotándolo de un cuadro jurídico de ejercicio. Este encuadre ha significado al mismo tiempo –irreductible ambivalencia del derecho- una legalización y una limitación de dicho poder* (SUPIOT, Alain, *¿Por qué un derecho del trabajo?*, en Documentación Laboral, N° 39, 1993-1, pág. 11 y ss., esp. pág. 19), conceptos que reitera en *Crítica ... (cit.)*, pág. 147.

46 *La ajenidad en los frutos que caracteriza el trabajo por cuenta ajena, que lo define realmente, trae como consecuencia la sujeción del trabajador a las órdenes del adquirente en cuanto a qué frutos deben ser producidos, y en cuanto a cómo, dónde y cuándo deben producirse los mismos. En el caso usual hoy de frutos complejos, resultado de trabajos en cooperación, aquella potestad se extiende a lo necesario para la coordinación de la producción de cada trabajador con la de los restantes. Es éste el sentido en el que la ajenidad de suyo implica una dependencia del trabajador, o en el que el trabajo por cuenta ajena es un trabajo dependiente* (ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pág. 39).

El trabajador queda así sometido al *poder* del empleador de *organizar* la actividad productiva en su empresa, de *dirigir* la actividad personal que cada uno de sus dependientes deberá desarrollar en el marco de aquélla y de *sancionar* los incumplimientos de éstos en la ejecución de esa labor.

Claro queda así que, aunque por vía legislativa o convencional o, aún, *contractual*, se contemple la existencia de *derechos* y *deberes* de cada una de las partes, el reconocimiento a sólo una de ellas –el empleador- de un poder personal sobre la otra –el trabajador- no sólo quiebra la lógica contractual sino, antes aún, evidencia la severa limitación que implica el vínculo laboral dependiente para la libertad del que trabaja.

Y esta limitación se torna más evidente a poco que se examina el modo de ejercicio de los dos poderes que suponen *sumisión personal directa* del trabajador⁴⁷: el de *dirección* y el *disciplinario*.

En orden al primero, no puede dejar de observarse que, así como el trabajador debe cumplir con sus obligaciones en los términos pactados –o establecidos por las normas legales y convencionales-, y no tiene ninguna posibilidad de alterar su débito, ya que ello podría configurar un *incumplimiento*, es en cambio al empleador a quien se da la facultad de introducir unilateralmente modificaciones en esa conducta personal insustituible, *siempre que ello responda a las necesidades de la producción*.

En estos términos, y aunque con los límites que le imponga cada ordenamiento positivo⁴⁸, el *ius variandi* es una facultad que se reconoce exclusivamente al empleador en función de las necesidades de la producción –esto es, *de sus propias necesidades*-, lo que lleva a que, en los términos en los que queda trabado el vínculo laboral, el trabajador en ningún caso pueda modificar esa limitación a su libertad que supone el compromiso de trabajo personal insustituible, y sea en cambio el empleador quien sí esté habilitado para imponérsela cuando él/lo necesite de cara a la generación de los frutos anticipadamente cedidos por aquél.

La subordinación al *poder de dirección* del empleador, que éste podrá ejercer en función de las necesidades de la empresa –que, en realidad, son las *suyas*- implica así una gran indeterminación⁴⁹ inicial en el contenido de la prestación del trabajador. Y, en todo caso, la

⁴⁷ El poder de *organización* sólo se proyecta *indirectamente* sobre la conducta del trabajador.

⁴⁸ Por ejemplo, los que surgen del artículo 66 de la LCT (t.o.) argentina o el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en España o, en Uruguay, las que se desprenden de los criterios jurisprudenciales (Sobre el *ius variandi* en Uruguay, ver ERMIDA URIARTE, Oscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Hammurabi, Buenos Aires, 1988).

⁴⁹ Observa Supiot que ... *el vínculo de subordinación es incompatible con la exigencia de una 'determinación precisa de la obligación' del trabajador. Como subrayaba Paul Durand 'el poder de dirección permite al empresario utilizar la fuerza de trabajo del trabajador para servir a los intereses de la empresa. En efecto, el contrato de trabajo pone al trabajador a disposición del empresario: la obligación del trabajador comporta, en general, una gran indeterminación. Este poder imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva. En los otros contratos, el acreedor sólo fija, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación. En el contrato de trabajo, el empresario adquiere un poder de dirección continuo sobre la actividad del trabajador durante la ejecución del*

sujeción de esa indeterminación a los límites –legales, convencionales o jurisprudenciales- del *ius variandi*, no hace sino confirmar la indefinición inicial. Pero tal limitación, de todos modos, y en cuanto deja siempre abierta, en favor del empleador, la posibilidad de precisar el contenido de la prestación laboral de acuerdo con las necesidades de la empresa, se traduce en una adicional limitación de la libertad del trabajador⁵⁰, de contornos igualmente inciertos, que no se agota en el marco de la relación de trabajo.

En efecto, la restricción de la libertad es *interna* y *externa*, porque así como al interior de la relación de trabajo se manifiesta en la sumisión directa a los poderes del empleador durante el *tiempo de trabajo*, esa misma sumisión y, aún, la posibilidad de que el contenido de la prestación sea modificada, condicionan la libertad de organizar los *otros tiempos* personales del trabajador, y que son los de la vida familiar, la cultura, el ocio, etc.

Este condicionamiento de *la vida* del trabajador –y de su familia-, que es una consecuencia *normal* de las relaciones de trabajo *normales*⁵¹, se potencia en los supuestos de excepción tales como los de trabajo nocturno o en turnos rotativos⁵² o cuando la contratación es temporaria o sin estabilidad⁵³.

Y es a partir de la observación del marco *real* en el que se ejerce el *poder de dirección* como corresponde valorar la trascendencia que asume ese otro poder exclusivo del empleador, cuyo uso debería ser funcional a aquél, pero que, como todo poder, no está exento de la arbitrariedad, y que es el *poder disciplinario*.

Debe advertirse aquí que, normalmente, el control que se ejerce sobre el poder disciplinario no es previo sino posterior a su ejercicio por el empleador y, también generalmente, con efecto *devolutivo*.

Esto es, al modo de las obligaciones tributarias frente al Estado, y en contra de las reglas del derecho penal, el trabajador debe cumplir su *pena* aún cuando la *sentencia de condena* –

contrato (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 144. La referencia a Paul Durand corresponde a DURAND, P. et JOUSSAUD, R., *Traité du droit du travail*, Dalloz, Paris, 1947, t. 1, N° 352, pág. 430).

50 El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato. El poder patronal es tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 145)

51 Sobre el condicionamiento de la *vida personal* del trabajador por su *vida laboral*, resulta ilustrativa la observación de Sennet sobre un caso real –de un trabajador al que identifica como *Rico*-, cuando relata: *El aspecto fugaz de la amistad y de la comunidad local constituyen el fondo de la más aguda de las preocupaciones íntimas de Rico: su familia. "Llegamos a casa a las siete, preparamos la cena, tratamos de que nos quede una hora para ayudar a los niños con los deberes, y luego nos dedicamos a nuestro papeleo". Cuando las cosas se ponen duras en su consultoría durante meses enteros "casi ya no sé quienes son mis hijos". Le preocupa también la frecuente anarquía en la que se hunde su familia, y le preocupa no ocuparse lo suficiente de sus hijos, cuyas necesidades no pueden programarse para que se adapten a las exigencias de su trabajo* (SENNETT, Richard, *La corrosión del carácter; las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Anagrama, Barcelona, 2000, pág. 19).

52 Aún cuando la vida familiar se adapte a la presencia y la participación de la mujer o el hombre en horarios que varían todas las semanas, no es imaginable la planificación de actividades culturales, de capacitación o recreativas en *turnos rotativos*.

53 Situaciones éstas en las que lo único que tiene la nota de *permanencia* es el *temor* a perder el empleo y, con éste, el salario.

dictada por el empleador- no esté *firme*. Tal suerte de *solve et repete* vale no sólo para las *suspensiones* sino aún para la *pena de muerte* del contrato, como lo es el *despido disciplinario*, cuya revisión judicial, salvo en los excepcionales supuestos de *estabilidad absoluta*, apenas dará derecho al trabajador a una tardía reparación económica, usualmente *tarifada*.

El *poder disciplinario* prevalece así sobre la regla de *continuidad* y sobre la protección de la estabilidad en el empleo⁵⁴.

Esta eficacia operativa del poder disciplinario puede encontrar justificación en el hecho de que la postergación de las consecuencias de la sanción disciplinaria podría obstaculizar el ejercicio normal de los poderes de organización y dirección, a los que aquél debe ser funcional. La explicación, sin embargo, sin dejar de ser admisible, no le resta validez a la observación anterior, ni representa un impedimento real para la eventual aplicación de las sanciones en forma arbitraria⁵⁵.

La observación de las consecuencias de esta posición de supremacía del empleador, y la consecuente sumisión del trabajador, sumada a aquéllas razones –o, en todo caso, a la razón primera, que es la *necesidad* de obtener los medios materiales para su sustento-, obligan a recordar una vez más las palabras de Franklin Delano ROOSEVELT, cuando afirmaba que *la libertad*, además de libertad de creencias y de expresión, es *liberación del miedo y de la necesidad*⁵⁶.

Difícil resulta entonces disimular que el trabajo *por necesidad y subordinado*, esto es, *sometido a los poderes del empleador*, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable *pérdida de libertad*, por lo que mal puede en consecuencia calificarse a la prestación personal del trabajador dependiente como una manifestación de *trabajo libre* -cuando menos sin hacer algunas reservas-.

Y es a esta situación a la que quiso dar respuesta el Derecho del Trabajo operando no sólo en el acotamiento de la libertad resignada sino, al mismo tiempo, compensando la reducción de libertades con *seguridades*⁵⁷.

⁵⁴ Lo que confirma, una vez más, que el llamado *principio de continuidad* no es tal, sino tan sólo un *medio técnico*.

⁵⁵ Resulta de todos modos interesante observar que la excepción al ejercicio irrestricto del poder disciplinario aparece en la tutela de los representantes sindicales. En este caso, sin embargo, el fundamento no debería buscarse en la preservación del derecho individual del trabajador, sino en la libertad sindical y en la protección de los intereses colectivos.

⁵⁶ Ver GORDON, Margaret S., *La política de seguridad social en los países industrializados; análisis comparativo*, MTSS, Madrid, 1990, PÁG. 19/20

⁵⁷ Así como el reconocimiento de que el trabajador *pretende salario* explica los mecanismos de tutela de su crédito y la preservación de sus ingresos cuando él está impedido de ganarlos por una causa que no le es imputable, la verificación de que subordina a otro su único patrimonio –que es él mismo y su capacidad de trabajo- a cambio de aquella retribución, da una doble razón –esto es, la posición jerárquica del empleador y la necesidad de preservación del cuerpo físico del trabajador- al cúmulo de obligaciones que se imponen al empleador relacionadas con la protección de las personas físicas que trabajan para él. Ver sobre esta cuestión SUPLOT, A., *Crítica ... (cit.)*, pág. 90 y ss. y también *Por qué un derecho del trabajo ... (cit.)*, pág. 17, donde afirma que *el derecho del trabajo procede*

3. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO RESPUESTA TUTELAR

3.1. La respuesta inicial

De cara a ese mundo productivo de trabajadores y empleadores, la cultura humanista y liberal del siglo XIX, a partir de la convicción de que el *trabajo* –en cuanto prestación personal e inescindible de la persona que lo ejecuta- *no debe ser tratado como una mercancía*, comenzó la construcción de lo que hoy se conoce como *Derecho del Trabajo*.

El Derecho del Trabajo aparece así como una respuesta jurídica y normativa – originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva- que reconoce tanto la *falta de libertad* de quien *es contratado* –carencia que es a su vez consecuencia de su *necesidad económica*- como la *resignación de libertad* que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador. Y, a partir de tales reconocimientos, despliega una serie de reglas y diseña un conjunto de medios técnicos para poner límites tanto a las consecuencias de la posición de supremacía del empleador como a la resignación de libertad por el trabajador.

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

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

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

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

justamente de estas dos preguntas difíciles: ¿cómo garantizar la seguridad física de individuos sujetos a las constricciones de la producción? y ¿cómo conferir derechos a individuos sometidos a la voluntad de otro?.

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

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

Hoy, sin embargo –y hace un tiempo ya-, aunque sigue existiendo un mundo en el que no hay dificultades para identificar a los trabajadores dependientes y a sus empleadores – ámbito éste en el que operan, o pueden operar, las reglas tradicionales-, aparece un cúmulo de situaciones en las que las personas que, por necesidad económica, trabajan y resignan porciones importantes de su libertad personal, no son fácilmente encuadrables en la figura del *trabajo dependiente*.

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

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

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

3.2. Los nuevos modos de trabajar

A diferencia de lo que suele decirse de los manicomios que bien se precien, en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo hoy no se produce la regla simétrica que individualiza a sus moradores, ya que la peculiaridad normalmente no radica en que *no son todos los que están* -

sin que esto ignore que algunos podrían no estar⁵⁸- y si, en cambio sucede cada vez con mayor frecuencia que *no están todos los que son*.

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

Calificada como *crisis de abarcatividad*⁵⁹, *desenfoque*⁶⁰, *fuga de sujetos*⁶¹, etc., lo cierto es que ésta, si no la más urgente, seguramente es una de las cuestiones en torno de las cuales giran los debates que más angustian a los estudiosos y operadores del Derecho del Trabajo.

A partir de la tipología que se expone en el ya citado Documento Técnico de la OIT⁶², una primera aproximación permite señalar tres grandes grupos de situaciones:

- no aplicación de la legislación laboral
- incertidumbre en el ámbito de la legislación
- trabajo independiente en situación de dependencia

α) **No aplicación de la legislación laboral**

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

Ambos supuestos son reprochables, pero la diferencia fundamental reside en que mientras que el primero, amén de que no impide absolutamente la operatividad de la normativa laboral⁶³ y abre la posibilidad de aplicación de sanciones al empleador, el segundo, en cuanto es producto de una decisión gubernamental, apenas si merecerá una descalificación política, probablemente atenuada por la complicidad de los *no empleadores* beneficiados.

58 Como bien observan RODRÍGUEZ MANCINI y FONTANA en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge y FONTANA, Beatriz, *Sobre el objeto del derecho del trabajo; una perspectiva de cambio en los ámbitos del trabajo subordinado y autónomo*, en DT 2001-B, pág. 1065 y ss., esp. pág. 1072.

59 GOLDIN, Adrián, *Las fronteras de la dependencia*, en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, setiembre 16-19, 2001, pág. 21 y ss., esp. pág. 35.

60 En la expresión utilizada en el Documento técnico de base preparado por el Departamento de Administración Pública y Legislación y Administración del Trabajo de la OIT (Ver: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (la relación de trabajo: ámbito personal)*, Ginebra, 15-19 de mayo de 2000, pág. 23 y ss.

61 CASTELLO, Alejandro, *De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral; una nueva tendencia de fines del siglo XX*, en Derecho Laboral (Montevideo), T. XLI, N° 190 (abril-junio 1998), pág. 293 y ss., esp. pág. 294.

62 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

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

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

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

Por otra parte, y amén del acto normativo estatal, la exclusión de la regulación protectora puede ser producto también de la consolidación de un criterio jurisprudencial, como ocurrió en Argentina con los llamados *contratados* de la administración pública a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *LEROUX DE EMEDE*⁶⁴ y que, si bien con una respuesta final diferente, en alguna medida fuera convalidada años después por el Alto Tribunal, aunque con otra integración, en el caso *RAMOS*⁶⁵.

β) **Incertidumbre en el ámbito personal de la legislación**

La riqueza de los debates actuales aparece en torno de los supuestos que se han dado en calificar como de *incertidumbre en el ámbito personal de la legislación*, y que comprende también dos grandes grupos de situaciones: el *encubrimiento de la relación de trabajo* y las *situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores*, y que el ya referido Documento Técnico de la OIT describe como *desenfoque* de la legislación, en cuanto el trabajador queda *desplazado del ámbito de la norma*⁶⁶.

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

Distinto es el caso de la *ambigüedad objetiva* en las relaciones de trabajo, que es producto de los cambios en el modo de trabajar generados como consecuencia de la introducción de tecnología y de la organización de las empresas, y que, en la expresión de Goldín, suponen *nuevas formas de ejercicio del poder*⁶⁷.

La cuestión que aquí se plantea no es la de la *adaptación* del Derecho del Trabajo a un tipo de vinculación *parecida a las laborales* –aunque tal adaptación también podría

⁶⁴ CSJN, 30/4/91, *Leroux de Emedé, P. S. c/MCBA*.

⁶⁵ CSJN, 6/4/10, *Ramos, J.L. C/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) A.R.A.*

⁶⁶ Ver OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*, pág. 25 y ss.

⁶⁷ GOLDIN, A., *op. cit.*, pág. 30.

producirse, pero no es lo central en estos casos-, sino la de la redefinición de los requisitos para reconocer el ámbito de aplicación general de la normativa laboral.

De ahí la descripción como *reenfoque*, y que tiende a promover una jerarquización de las notas de la *dependencia económica* con desplazamiento de los requisitos de la dependencia jurídica⁶⁸.

χ) Trabajo independiente en condiciones de dependencia

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

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

Las figuras más conocidas en esta materia, que Supiot agrupa como *tertium gens* o *trabajo de tercer tipo*⁶⁹ entre el salariado y la independencia, son las que en Italia –a partir de la reforma del Código Procesal producida por la Ley 533/1973- aparecen como *parasubordinados* y en Alemania –en virtud de la sección 12^a de la Ley de 1974 sobre convenios colectivos- se califican como *cuasi asalariados*.

La expansión, inicialmente seductora, a partir del reconocimiento de una suerte de *vasallaje en la independencia*⁷⁰, no está exenta de críticas y reservas, tanto desde los sectores empresarios como de las organizaciones sindicales de trabajadores.

Los primeros reprochan la intromisión en cuestiones comerciales y económicas.

Los segundos temen, por ejemplo, la proliferación de estas figuras *menos laborales* en perjuicio de los trabajadores dependientes⁷¹.

3.3. La nueva apariencia del empleador

Desde la observación de la empresa, dos manifestaciones de ésta, a veces convergentes, operan para que la relación entre el trabajo y el capital, ya enrarecida por las dificultades para

⁶⁸ Así, por ejemplo, ALIMENTI, Jorgelina, *Hacia un reconocimiento de las técnicas jurídicas de protección del trabajo dependiente*, en TSS 2001, pág. 1028 y ss., GOLDIN, A., *op. cit.* y RODRIGUEZ MANCINI, J. y FONTANA, B., *op. cit.*, pág. 1065 y ss. y sus importantes referencias bibliográficas.

⁶⁹ SUPIOT, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, Informe para el VIº Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia 13-17 de setiembre de 1999.

⁷⁰ SUPIOT, A., *Trabajo asalariado ... (cit.)*.

⁷¹ Ver ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ ALVAREZ, O., *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*; ponencia presentada en el IX Encuentro de Ex Becarios de Bologna, Barquisimeto, 14-16 octubre 2000.

identificar al trabajador, torne más improbable la aplicación de la normativa laboral tal como se la conoce hoy: la *empresa no empleadora* y la *empresa alejada*.

a) **El no empleador**

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

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

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

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

b) **La empresa separada del trabajo**

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

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

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

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

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

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

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

Ficción ésta a la que no podría reprocharse falta de *sinceridad* ya que, en lo profundo, como expresa Naomi Klein con la dureza que arrastra toda ironía, *a medida que los antiguos puestos de trabajo se trasladan al exterior, algo más se va con ellos: la anticuada idea de que el fabricante es responsable de sus empleados*⁷².

De todos modos, necesaria o ficticia, sincera o falsa, la desconcentración se inscribe en un crescendo de demolición de las estructuras empresarias, cuyo núcleo queda cada vez más distanciado de la mayoría de las personas que trabajan para ellas, y que, en sus modelos extremos, ya no fabrican, no producen, no venden, y sólo *promocionan sus marcas*⁷³.

3.4. Actualidad y necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo

Aunque con un diagnóstico extremo, observa Rolando MURGAS que *no se trata, como es fácil advertir, de que la naturaleza de las cosas haya cambiado; es que al legislador se le ocurrió dejar de proteger*⁷⁴.

⁷² KLEIN, Naomi, *No Logo; el poder de las marcas*, Ed. Paidós, Bs. As., 2001, pág. 240. Ver además todo el Capítulo 9, *La fábrica abandonada*.

⁷³ KLEIN, N., *No logo ... (cit.)*, pág. 237 y ss.

⁷⁴ MURGAS, Rolando, *Problemática actual del contrato individual de trabajo; la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*, en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, setiembre 16-19, 2001, pág. 39 y ss., esp. pág. 50.

La consecuencia visible de este nuevo *mundo del* trabajo es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: *empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores*.

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

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

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

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

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

Pero el fundamento último del Derecho del Trabajo podría encontrarse –y allí es donde probablemente haya estado y está- en la *necesidad económica* que provoca la *dependencia económica* y que, a su vez, es la que lleva a la *dependencia jurídica*.

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

En estos términos, si bien la *necesidad* se traduce finalmente en una situación de *desigualdad* –primero negocial y luego en la posición en el vínculo laboral que se establece-, no sería tal *desigualdad* el fundamento final del Derecho del Trabajo⁷⁵, sino la ausencia de *libertad* al celebrar y ejecutar eso que, como observaba KAHN-FREUND, sólo por una aceptada ficción se ha acordado en llamar *contrato de trabajo*⁷⁶.

⁷⁵ Como se afirma en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.* punto 91, pág. 13.

⁷⁶ KAHN-FREUND, O., *Trabajo y derecho...* (*cit.*), pág. 52.

Pero el cambio producido en la estructura de las empresas y, especialmente, el tipo de vínculo que éstas pretenden establecer con las personas que trabajan para ellas, parecen haber llevado también a la ruptura del que Racciatti califica como el *pacto implícito* del modelo fordista⁷⁷: *una parte reconoce la autoridad empresarial y su derecho de propiedad, de dirección y de organización; mientras la parte de los empleadores acepta integrarse en un esquema de promoción del bienestar de los trabajadores, en el cual el Estado juega un papel importante.*

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

Bien entendido que, como también se ha visto, y al margen de los supuestos de *evasión, encubrimiento y deslaborización*, las modificaciones en el trabajo y los cambios – cuando *necesarios*- en la organización de las empresas, están reclamando del Derecho del Trabajo su reconocimiento y la consecuente adecuación del *modo de proteger*.

La mutación de los sujetos tradicionales del Derecho del Trabajo y la consecuente evanescencia de la *relación de trabajo* en los términos en los que se la conoció a lo largo del siglo XX, reclama una recuperación de la reflexión acerca de la razón de ser y el ámbito personal de esta disciplina.

Frente al que el ya referido Documento Técnico de la OIT⁷⁸ califica como *desenfoque*, en la inteligencia de que se ha producido un desplazamiento fuera del ámbito de aplicación de la norma laboral del sujeto que debe ser protegido por ella, las mejores respuestas parecen ser las que propician poner el acento en la *dependencia económica*, antes que en la *jurídica*, para identificar al sujeto que necesita protección⁷⁹.

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

Así, con la sustitución del *lente normal* por un *gran angular*, no será necesario desplazar el punto de enfoque –con las consecuentes nuevas exclusiones que esto provocaría⁸⁰- y sí, en cambio, se ampliará el campo enfocado.

⁷⁷ RACCIATTI, O., *op. cit.*, pág. 567.

⁷⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*, pág. 25/26.

⁷⁹ Ver por ejemplo GOLDÍN, O., *op. cit.*, ALIMENTI, J. *op. cit.* y RODRÍGUEZ MANCINI, J. y FONTANA, B., *op. cit.*.

⁸⁰ Y como se evidencia en el gráfico incluido en la página 26 de OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

Esta propuesta de ampliar el campo enfocado –en lugar de desplazar el punto de enfoque–, que permitiría incorporar nuevos sujetos al ámbito personal del Derecho del Trabajo, abre las puertas al abordaje de un segundo problema, que también fue planteado ya por la doctrina, y que supone asumir el debate sobre la *diversificación de la protección*.

Raso nos propone su *teoría de los círculos*⁸¹ sucesivos y concéntricos con diferentes grados de tutela por el Derecho del Trabajo, pero con el complemento necesario de la Seguridad Social.

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

De cara a las muy serias críticas que se han dirigido a una *segmentación tutelar* de la que previenen tanto GOLDÍN⁸² como ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ- que temen a una *migración interna* que lleve a los trabajadores a las franjas de menor protección⁸³-, podría aclararse, una vez más, que el primer condicionante para esta protección diferenciada será la calidad y precisión de la estructura normativa que la instrumente y, producida ésta, deberán operar los medios tradicionales de control administrativo, judicial y sindical. Y, además y especialmente, deberá tenerse presente la necesaria *complementación* que podrá aportar la *Seguridad Social*⁸⁴.

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

81 RASO, Juan, *Derecho del trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos*, en *Derecho Laboral* (Montevideo), T. XLÍ, N° 190 (abril-junio 1998), pág. 583 y ss.

82 GOLDIN, A., *op. cit.*, pág. 34/35.

83 ERMIDA URIARTE, O. y HERNANDEZ ALVAREZ, O., *op. cit.*

84 También Casas Bahamonde considera que ... *la técnica de la aplicación parcial y diferenciada sustituiría a la de la aplicación completa y uniforme del ordenamiento jurídico laboral, o si se prefiere, social con integración del Derecho de la Seguridad Social o de la protección social, dependiente de la calificación formal del contrato como de trabajo. Sería preciso componer un nuevo conjunto normativo, internamente diferenciado, con la colaboración de la ley y de la negociación colectiva, a la que también correspondería protagonizar esa ampliación subjetiva del Derecho del Trabajo hacia el trabajo no subordinado o no mercantil.* Y afirma finalmente que *el pluralismo de la realidad socioeconómica no puede revestirse con un ropaje jurídico monolítico* (Ver CASAS BAHAMONDE, María Emilia, *Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo*, en ALARCÓN, Manuel R. y MIRÓN, María del Mar (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 189 y ss., esp. pág. 206)

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

El diseño protector deberá integrar, en una relación de complementación, los instrumentos del Derecho del Trabajo y los de la Seguridad Social.

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

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

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

También el sistema de *fondos de garantía* –tan desarrollado en Europa como ignorado en América Latina- podría no sólo liberar al trabajador del riesgo de insolvencia de su empleador sino, además, complementar –o sustituir- la responsabilidad solidaria de la empresa *descentralizada*.

Debe empero señalarse y destacarse –como seguramente ya se habrá advertido- que, en rigor, todo esto no remite a un debate *técnico*, sino *axiológico*.

Pues, en lo profundo, esto no supone hablar solamente de *protección de las personas que trabajan* sino, antes aún, de *distribución equitativa de la riqueza* y de la función del *Estado*, gestor excluyente del instrumento de política social que debe garantizarla.

Y esto es así porque *Seguridad Social* no es la *negación de la solidaridad* –como lo proponen e instrumentan los Sistemas Privados de Jubilaciones y Pensiones-, ni un *negocio corporativo* –como ocurre en la Argentina con el sistema de obras sociales-, ni la atribución de *responsabilidad individual al empleador con la imposición de un seguro obligatorio en una empresa privada con fin de lucro* –como lo es también en nuestro país el sistema de la Ley sobre Riesgos del Trabajo-.

No. No es eso.

Seguridad Social es solidaridad.

Y la *Seguridad Social* supone un *Estado protagonista y responsable*.

4. EL CAMINO TRAZADO

Una vez más es orientador recordar a Italo CALVINO cuando enseñaba que

La memoria sólo cuenta verdaderamente –para los individuos, las colectividades, las civilizaciones- si reúne la impronta del pasado y el proyecto del futuro, si permite hacer sin olvidar lo que se quería hacer, devenir sin dejar de ser, ser sin dejar de devenir⁸⁵.

Mucho ha cambiado el mundo del trabajo, y es tan probable como deseable que las transformaciones no sólo no se detengan sino, antes bien, se aceleren.

La tarea que ahora se reclama al jurista laboral es la de leer adecuada y desprejuiciadamente esa nueva realidad que hoy le presenta –y mañana habrá de agregar- nuevos trabajadores y nuevos empleadores, muchos de ellos con novedosas apariencias y vinculados entre sí por relaciones también diferentes o, cuando menos, ya no tan sencillas y evidentes como aquellas que se trababan entre los sujetos que conocieron los orígenes y el desarrollo del Derecho del Trabajo a lo largo de casi todo el siglo XX.

La preservación de los valores humanistas que subyacen en el derecho laboral, no es compatible, sin embargo, con posiciones o actitudes nostálgicas que pretendan conservar o recuperar mecanismos protectores de las personas que trabajan ya obsoletos e inadecuados para las nuevas realidades.

Pero, al mismo tiempo, esa actualidad real no debe ser la excusa que pretenda justificar la inversión de la *lógica de la protección*, que es el signo de identidad del Derecho del Trabajo.

El desafío es, entonces, imaginar los instrumentos que, adecuando y combinando los institutos del Derecho del Trabajo y los de la Seguridad Social⁸⁶, permitan diseñar un modelo social que tienda a que el trabajo sea la consecuencia de un acto de *libertad* –y ya no de *necesidad*- de los seres humanos. Y, en el tránsito hacia ese objetivo ideal, habrá que pensar de qué manera el progreso tecnológico y una más equitativa distribución de la riqueza podrían incorporar progresivamente porciones de libertad en la vida de las personas que trabajan, para

⁸⁵ CALVINO, Italo, *Por qué leer a los clásicos*, Tusquets, Barcelona, 1997, pág. 22/23.

⁸⁶ Y, una vez más, es también Supiot quien observa que *El derecho laboral ha sido, con la seguridad social, la gran invención jurídica (del siglo XX) y sus planteamientos generales ... no han perdido ni un ápice de vigencia. Únicamente habrá que adaptarlos de manera continua al cambio socioeconómico, sin dejar de referirlos a los valores que constituyen sus cimientos* (Ver: SUPIOT, Alain, *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 115 (1996), N° 6, pág. 657 y ss., esp. 667)

lograr que sea ésta la que condicione el modo de trabajar y no, como ocurre en estos días –y en particular en los suburbios de occidente-, que la relación causal sea la inversa⁸⁷.

Así, el reconocimiento de los fundamentos, la razón de ser y las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo permitirán ese ideal de progreso que supone evolucionar sin perder identidad y, simétricamente, conservar la identidad sin renunciar a la evolución.

Bien entendido que, aún acordando sobre estas premisas fundamentales –acuerdo que en la Argentina, por el momento, no parece simple-, para empezar a andar el camino de la expansión y la reformulación de la protección, será necesario superar arraigados *desencuentros axiológico*.

87 La aspiración puede ser, así, por ejemplo, como lo expresa Casas Bahamonde, *la realización del trabajo elegido en el tiempo elegido, y la acomodación del tiempo de trabajo a quien lo realiza (y no al revés)* (Ver CASAS BAHAMONDE, M. E., *op.cit.*, pág. 207)