

## ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Mario Garmendia Arigón<sup>1</sup>

### Sumario

1) Presentación. 2) La invisibilidad del “libre contrato de trabajo”. 3) La intervención de la ley y los primeros sujetos amparados por normas tutelares. 4) La fábrica empleadora: sujeto y *campo de juego* de la legislación industrial. 5) La configuración y expansión del *objeto* del Derecho del Trabajo. 6) La difuminación de la empresa y las técnicas de imputación de responsabilidades. 7) *Ubi labor ibi virtus*: la tutela de los *hiposuficientes*. 8) La tendencia expansiva en su faz jurisdiccional: el caso brasileño. 9) Conclusiones

### 1) Presentación

Dos comentarios se imponen como presentación de las líneas que siguen.

El primero tiene que ver con la justificación del enfoque evolutivo que se ha escogido para desarrollar el tema propuesto. Su abordaje desde tal perspectiva se presenta, no sólo como una opción inspirada en el propósito de dar a la exposición un mayor atractivo, sino, antes que nada, como un imperativo provocado por las propias características de un tópico cuya esencia sólo puede ser comprendida a cabalidad cuando es apreciada en su desenvolvimiento histórico. La tarea de describir el *ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo* no puede ser acometida como si se tratara de un tema consolidado, sino en todo caso, teniendo en cuenta que es un proceso cuya materialidad está signada por un permanente devenir. Se trata de una cuestión a la que justificadamente se aplica la sentencia de Ortega y Gasset: “*la historia es el modo de ser propio a una realidad cuya sustancia es, precisamente, la variación*”.

El segundo comentario apunta a dejar constancia de una situación que presenta contornos que bien pueden ser calificados como *paradojales*. A poco que se intenta hacer foco en el *alcance subjetivo* del Derecho del Trabajo, una extraña fuerza comienza a desviar la mira del analista hacia la discusión sobre el *objeto* de la disciplina. Es decir, se verifica un inevitable *redireccionamiento* del primigenio y pretendido análisis *subjetivo*, para situarlo en el terreno de lo atinente a *lo objetivo*, es decir, referido al tipo o modalidad de trabajo que delimita el ámbito dentro del que habrán de regir los conceptos, principios y normas que conforman el Derecho del trabajo.

Se hace entonces evidente que el desarrollo histórico que fue configurando la idea del Derecho del trabajo, generó un irreductible *nudo gordiano*, que determinó la consecuencia de que la

---

<sup>1)</sup> Profesor Agregado (grado 4) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo) y Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho – CLAEH (Punta del Este). Email: [marioarigon@gmail.com](mailto:marioarigon@gmail.com)

definición del *ámbito subjetivo de aplicación* de la disciplina haya quedado indefectiblemente ligado a los contornos que sucesivamente iba adquiriendo su *objeto*.

Sin embargo, según se verá, esto no siempre fue así, sino que ha sido el resultado de un proceso pautado por la transición desde la primitiva y atomizada *legislación industrial*, hasta la consolidación de un *Derecho nuevo*, configurado como un sistema integral y con las características que lo identifican como una verdadera disciplina jurídica.

## 2) La invisibilidad del “libre contrato de trabajo”

El punto en que debe situarse el inicio del presente análisis se ubica en el momento histórico en que el trabajo brindado a otro en virtud de una relación definida como “*libre*”<sup>2</sup>, vino a tomar el lugar que antes ocupaba el trabajo esclavo o servil, realizado por imposición del derecho de propiedad ejercido directamente *sobre el individuo*, a título de *derecho real*<sup>3</sup>.

En términos muy concisos se ha dicho que el objeto del Derecho del Trabajo se sintetiza en una idea extremadamente simple: es “*aquel que rige los intercambios de trabajo y dinero*”<sup>4</sup>.

En un contexto jurídico dominado por un discurso que no lo visualizaba como un fenómeno que ameritara algún tipo de tratamiento particular, el intercambio derivado del *trabajo industrial* fue descrito como un *contrato* y encontró acomodo en la figura del *arrendamiento*, en su versión de la *locación de obras*<sup>5</sup>. Se desarrolló de manera *indiferenciada*, pues el jurista del liberalismo clásico no alcanzaba a apreciar en ese *negocio* nada distinto de lo que podía encontrar en cualquier *contrato*, instrumento que, por otra parte, representaba la más perfecta síntesis del ideal de justicia<sup>6</sup>. Como denunciara Alfredo L. Palacios, esto era el resultado de una concepción basada en la figura “*del*

<sup>2)</sup> La ley conocida como “d’Allarde”, sancionada por la Asamblea Nacional francesa en marzo de 1791, proclamó la libertad de trabajo (“*toda persona será libre de hacer aquel negocio o de ejercer la profesión, arte u oficio que estime conveniente*”, artículo 7). La misma idea fue más adelante ratificada por el artículo 13 de la Constitución de 1793 (“*Ningún género de trabajo, cultura, comercio, podrá ser prohibido a la industria de los ciudadanos*”) y más adelante por la Constitución del año III. Cfe. Brun, André y Galland, Henri, *Droit du Travail*, 2ª ed., t. I, Sirey, París, 1978, p. 8; Durand, Paul y Jaussaud, R., *Traité de Droit du Travail*, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 62; Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, G., *Derecho del Trabajo*, trad. de la 5ª ed. francesa, Ed. Aguilar, Madrid, p. 2. A propósito de los alcances del carácter “*libre*” del trabajo humano, vide: Ackerman, Mario, “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, in VV.AA., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 16 y ss.

<sup>3)</sup> Sinzheimer, Hugo, “*La democratizzazione del rapporto di lavoro*”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, 1979 (1928); Barbagelata, Héctor-Hugo, *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Mdeo., 2009, p. 16.

<sup>4)</sup> Supiot, Alain, *El Derecho del Trabajo*, Heliasta, Bs. As., 2008, p. 18.

<sup>5)</sup> Aunque en un territorio algo difuso, compartido entre la *locación de servicios* (arts. 1780 y 1781) y la *locación de obras propiamente dicha* (arts. 1787 a 1799). Cfe. Supiot, A., op. cit., p. 18.

<sup>6)</sup> Fouillée, Alfred, *La science sociale contemporaine*, 2ª ed., Hachette et cie, París, 1885, p. 46. Gounot, Emmanuel, *Le principe de l’autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution a l’étude critique de l’individualisme juridique*. Arthur Rousseau, éditeur, Paris, 1912, p. 78

*propietario*”, que conducía “*al descuido de los intereses de los pobres*”<sup>7</sup>. Prevalecía una idea del trabajo como *cosa*, del trabajador como una *fuerza generadora de energía* y del salario como el *precio* que debía pagar el capitalista a efectos de apropiarse de la mercancía que necesitaba incorporar a su proceso productivo<sup>8</sup>.

Es así que la *esencia principal* del trabajo industrial era por entonces, perfectamente *invisible* para el Derecho. Donde la realidad mostraba *trabajadores* en situación de inferioridad ante el empresario, el jurista sólo veía, en uno y otro de los extremos del vínculo, *sujetos de derecho* libres e iguales y, por lo tanto, plenamente capaces de asumir obligaciones a través de un contrato<sup>9</sup>. Ante el Derecho del liberalismo de comienzos del siglo XIX, *no había trabajadores*, sino sólo individuos capaces de contratar y ninguna razón podía determinar que hacia ellos se dirigiera un tratamiento distinto o particular. Hacerlo habría sido lo mismo que retornar a la práctica de los *privilegios*, lo que hubiera significado distorsionar la construcción basada en la idea de un *Derecho común*<sup>10</sup>, aplicable a todos con carácter universal y sin distinción de ningún tipo.

### 3) La intervención de la ley y los primeros sujetos amparados por normas tutelares

Fue a partir de la alarma provocada por las terribles condiciones a las que eran sometidos los niños<sup>11</sup>, que los Estados comenzaron a adoptar algunas normas tendientes a limitar el esfuerzo excesivo al que éstos resultaban expuestos<sup>12</sup>.

Aquellas no eran aún, normas protectoras *del trabajador*, sino, en alguna medida, *de la niñez*, pues el trabajo todavía no era apreciado como una materia que en sí misma reclamara una tutela particular.

<sup>7)</sup> Palacios, Alfredo L., *El Nuevo Derecho (Legislación del Trabajo)*, J. Lajouane & Cía Editores, Librería Nacional, Bs. As., 1920, p. 37 y ss. En la misma línea: Menger, Anton, *El Derecho Civil y los Pobres* (1ª ed., Viena, 1890), Colección Crítica del Derecho, Director: José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 134

<sup>8)</sup> A partir de tales premisas, juristas tan reconocidos como Marcel Planiol, explicaban sin rubor que la *cosa* arrendada en aquel contrato era la fuerza de trabajo que reside en cada persona “*y que puede ser utilizada por otro como la de una máquina o un caballo*”. Planiol, Marcel (avec la collaboration de G. Ripert), *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11ª ed., t. 12, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1937, p. 667.

<sup>9)</sup> A esto refería Radbruch cuando aludía al *espíritu del Derecho Civil*, que “*reconoce sólo personas, sujetos jurídicos iguales por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en inferioridad frente al empresario*”, Radbruch, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bib de la Rev de Der Privado, Volumen 11: Serie C, 1930, p. 113.

<sup>10)</sup> Que Georges Scelle identificara como un “*dogma jurídico proclamado por la revolución*”. *Le Droit Ouvrier*, A. Colin, Paris, 1922, p. 3.

<sup>11)</sup> Relevadas por diversas encuestas realizadas, por ejemplo, en Gran Bretaña (Chadwick, Edwin, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain*, de 1843, a cuyo texto se puede acceder en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>) y Francia (Villermé, Louis René, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, a cuyo texto se puede acceder en [http://classiques.uqac.ca/classiques/villermé\\_louis\\_rené/tableau\\_etat\\_physique\\_moral/tableau\\_etat\\_physique.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/villermé_louis_rené/tableau_etat_physique_moral/tableau_etat_physique.html)).

<sup>12)</sup> Según anotaba De la Cueva, la preocupación por la suerte de los más jóvenes parece haber tenido, en alguna medida, un origen de carácter militar. “*La utilización del trabajo de los niños –informaba un general prusiano en 1828- agota prematuramente el material humano y no está lejano el día en que la actual clase laborante no tenga más sustituto que una masa físicamente degenerada*”. De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, t. I, 5ª ed., Porrúa, México, 1960, p. 23.

La ley intervino, al principio, para proteger a los niños por su condición de tales, quienes así pasaron a ser los *primeros sujetos* alcanzados por normas de carácter tutelar. Pero al mismo tiempo se rechazaba con especial énfasis toda posibilidad de admitir que el trabajo de los adultos pudiera ser objeto de algún tipo de reglamentación<sup>13</sup>.

Como quiera que sea, fue ése el comienzo del fin del abstencionismo estatal y el inicio de lo que habría de ser el proceso de desarrollo de una legislación interventora, que pondría su primer punto de atención en el *proletario*, en el *obrero* de la fábrica.

Sin embargo, aquellas primeras normas, todavía dispersas y carentes de unidad, aún no se lanzaban a involucrar con sus preceptos a un universo subjetivo general y abstracto, definible a partir de la consideración sobre la naturaleza del vínculo existente entre el trabajador y el empleador. Sólo se dirigían a regular (y a título de rigurosa excepción) a *determinadas* profesiones o a *ciertas* categorías específicas de trabajadores, a las que, como se ha anotado con acierto, reunía conceptualmente a partir de una suerte de *tipicidad social* asentada en su condición de “*operarios*” u “*obreros*” de “*fábricas*”, “*talleres*”, “*establecimientos industriales*” o similares<sup>14</sup>.

#### 4) La fábrica empleadora: sujeto y *campo de juego* de la legislación industrial

Al tiempo que, en su condición de *empleador*, comenzó a construirse su perfil como uno de los *sujetos* de las nuevas normas, la *fábrica industrial* también se erigía como el elemento central en torno al que se definían los límites conceptuales de aquella legislación que dificultosamente se abría paso en un escenario todavía dominado por instituciones y conceptos jurídicos nacidos y desarrollados en el Derecho civil.

Así fue que, por ejemplo, el primer convenio internacional que consagró la limitación del tiempo de trabajo, delimitó su alcance subjetivo a la *industria* y también eso explica que “*industrial*” y “*obrero*”, fueran los primeros adjetivos que se emplearon para calificar a la nueva legislación que comenzaba a desarrollarse. Durante casi toda la primera mitad del siglo XX muchos autores continuaron prefiriendo las denominaciones que evocaban el origen *obrero* o *industrial* de aquellas

<sup>13)</sup> Es ilustrativo a este respecto que hasta las postrimerías del siglo XIX los principales Estados europeos se resistían a aceptar que se pudieran adoptar normas internacionales sobre el trabajo de los adultos, aunque sí comenzaban a admitir la idea de una “*legislación internacional*” que atendiera el trabajo de los menores. Cfe. Valticós, Nicolas, Droit International du Travail, in G.H. Camerlynck, Droit du Travail, T. 8.

<sup>14)</sup> Al respecto enseña Daniel Rivas que “*Las primeras leyes protectoras del trabajo, determinaron su ámbito de aplicación mediante la enumeración de las actividades alcanzadas y de los sujetos protegidos, sin pronunciarse sobre la naturaleza del vínculo jurídico existente entre el trabajador y empresario*”, Rivas, Daniel, La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo, FCU, Mdeo., 1996, p. 28. En este sentido, es muy ilustrativo el tenor del artículo 1º de la ley uruguaya sobre “*limitación de la jornada*” (Nº 5.350, del 17 de noviembre de 1915), identificada por Barbagelata como el “*acto de nacimiento de la legislación del trabajo en América Latina*” (vide: El Derecho del Trabajo en América Latina, Madrid, 1985, p. 55), que define su ámbito subjetivo de aplicación de la siguiente forma: “*El trabajo efectivo de los obreros de fábricas, talleres, astilleros, canteras, empresas de construcción de tierra ó en los puertos, costas y ríos; de los dependientes ó mozos de casas industriales ó de comercio, de los conductores, guardas y demás empleados de ferrocarriles y tranvías; de los carreros de playa, y, en general, de todas las personas que tengan tareas del mismo género de las de los obreros y empleados que se indican, no durará más de ocho horas por día*”.

normas<sup>15</sup>, tendencia que incluso hoy se mantiene en la expresión *industrial relations*, empleada por los autores de habla inglesa.

Posteriormente, el comercio y aún más tarde, el sector de los servicios, vinieron a sumarse a este paulatino proceso expansivo que en materia de alcances subjetivos comenzaban a esbozar las normas laborales<sup>16</sup>.

Sobre la base de un determinado modelo de *empresa* se perfiló un *concepto tipo* de relación individual de trabajo, en el que un empleador claramente definido y único, contrataba la prestación de una labor específica y predeterminada, que era desarrollada dentro de un establecimiento, durante un cierto número de horas -también previamente definido- y que, en esencia, se remuneraba en base al tiempo durante el cual el trabajador permanecía “*subordinado*” al poder de dirección del empleador.

Ese arquetipo de empresa se convirtió en el *ecosistema* en que se desarrolló el trabajo industrial y sobre el que se construyeron los principales institutos y definiciones del Derecho del trabajo tradicional, a saber: la idea del contrato de trabajo, de la jornada, los descansos, el salario, los poderes patronales y hasta las propias definiciones de los actores (trabajador y empleador) que configuraron el vínculo laboral *típico*. Naturalmente, también aquel modelo de organización empresarial fue la base para el surgimiento y desarrollo de todos los fenómenos laborales colectivos. Por eso asiste razón a quienes señalan que la empresa, como hecho socio-económico, se impuso al Derecho<sup>17</sup>.

### 5) La configuración y expansión del *objeto* del Derecho del Trabajo

La construcción de aquel entramado normativo comenzaba a desarrollarse sobre la base de un pilar conceptual que ya se vislumbraba como esencial en la configuración de la materia: la *subordinación o dependencia*. La condición en que debía estar el trabajador para quedar alcanzado por aquella legislación tutelar, consistía en que realizara su actividad en calidad de “*subordinado*” o “*dependiente*”, en el marco de un vínculo jurídico cuya naturaleza contractual era postulada por algunos e impugnada por otros.

Sin embargo, aquella crucial noción, sobre la que se iniciaba el proceso de demarcación de las fronteras del “*nuevo Derecho*”, no acertaba a afianzarse en una definición única, consensuada y simple<sup>18</sup>. En buena medida, las dificultades y dilemas que incesantemente comenzaron a plantearse a

<sup>15</sup> Supiot, A., El Derecho del Trabajo, cit., p. 9.

<sup>16</sup> Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, T. I, vol. 1, Ed. Acali, Mdeo., 1979, p. 104.

<sup>17</sup> Verge, Pierre (avec la collaboration de Sophie Dufour), Configuration Diversifiée de l'entreprise et Droit du travail, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, p. 2.

<sup>18</sup> Rivas, D., La subordinación..., cit., p. 35; Alimenti, Jorgelina Fulvia, “*La dependencia laboral*”, in VV.AA., Tratado de Derecho del Trabajo, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 146. “*De graves consecuencias –dice Supiot-, la cuestión de la calificación de la relación de trabajo es, también, una cuestión difícil*”. Supiot, A., El Derecho del Trabajo, cit., p. 70.

este respecto, tenían su origen en la necesidad de incorporar (o mejor dicho, *de no dejar afuera*) del amparo que proveían las normas laborales, a determinadas categorías de trabajadores que iban apareciendo como resultado de la dinámica constante de la organización del trabajo<sup>19</sup>.

Así fue que, por ejemplo, ante el surgimiento de formas de trabajo que no era prestado bajo el control o vigilancia directa del empleador (como el caso del *trabajo a domicilio*) la noción de subordinación jurídica típica comenzó a deslizarse hacia ámbitos que contemplaron la importancia de admitir la idea de la *dependencia económica* de quien trabaja respecto de quien se beneficia de su actividad<sup>20</sup>. Algo similar sucedió en el caso de los *vendedores de plaza y viajantes*, cuyo proceso hacia el reconocimiento como empleados dependientes fue caracterizado por Mario De la Cueva, como una “*batalla*”<sup>21</sup>.

La noción de “*subordinación*” se expandía, adoptando renovados perfiles y sesgos, con el sentido de hacerse cada vez más complaciente al ingreso de nuevos sujetos<sup>22</sup> al universo protector que ya dispensaban las normas laborales a los trabajadores “*clásicos*”.

En el momento en que dicha tendencia expansiva alcanzó su cenit, el universo subjetivo abarcado por el Derecho del Trabajo resultaba ser tan amplio, que no faltaron las críticas de quienes apuntaban a denunciar su déficit de “*selectividad social*”, debido a que su amparo alcanzaba, incluso, a sujetos que, como es el caso de los altos ejecutivos, carecían de la *condición proletaria* que había resultado determinante para que se produjera el lanzamiento de la legislación social<sup>23</sup>.

La “*subordinación*” se evidenciaba como un concepto sumamente elástico, que sucesivamente se iba enriqueciendo con elementos de tenor *socio-económico* o similares, en un proceso que parecía encaminado a consagrar la protección del trabajo a secas, es decir, “*al margen de tecnicismos jurídicos*”<sup>24</sup>.

<sup>19)</sup> Rivas, D., *ibidem*; Ermida Uriarte, Óscar, “*El concepto de subordinación o dependencia en el derecho laboral y de la seguridad social*”, en Revista Tributaria, T. X, N° 52, Mdeo., 1983; Goldin, Adrián O., La tendencia de transformación del Derecho del Trabajo, Monografías Jurídicas, LexisNexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 31; Plá Rodríguez, Américo, “*A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo*”, in Estudios sobre Derecho Laboral, homenaje a Rafael Caldera, T. I, Ed. Sucre, Caracas, 1977, p. 313 y ss.

<sup>20)</sup> Sobre el punto ver: Cuche, Paul, La définition du salarié et le critère de la dépendance économique, Dalloz, París, 1932; Barbagelata, H.-H., Derecho del Trabajo, T. III, FCU, Mdeo., 2ª reimpresión, 1992, p. 93; Rivas, D. op. cit., p. 32-33; Supiot, A., El Derecho del Trabajo, cit., p. 72.

<sup>21)</sup> De la Cueva, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T. I, Ed. Porrúa, México. 2003, p. 533.

<sup>22)</sup> A este respecto, se da por entendido que cualquier persona está en condiciones de prestar sus servicios en calidad de trabajador dependiente, con abstracción de la índole del trabajo que realice, circunstancia que, según enseñaba Plá Rodríguez, determinaba que quedaran incluidos “...tanto los servicios de carácter manual como los de índole intelectual, tanto los servicios ligados con la actividad económica como los otros servicios, de cualquier índole que sean: cultural, artístico, deportiva, gremial, etc.” Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, T. I, vol. 1, Ed. Acali, 1979, p. 103. En términos similares: Barbagelata, Héctor-Hugo, Derecho del Trabajo, T. I, vol. 1, 2ª ed., FCU, Mdeo., 1995, p. 105 y ss.

<sup>23)</sup> Rivas, D., La subordinación..., op. cit., p. 39. De la Cueva, M., El Nuevo Derecho..., cit., p. 92 y ss.

<sup>24)</sup> Barbagelata, H.-H., Derecho del Trabajo, T. III, cit., p. 93.

Sin embargo, el terreno que a nivel subjetivo iban conquistando las normas laborales, gracias a la ductilidad que presentaba el concepto sobre el que se erigía su objeto (la *subordinación*), no suponía que automáticamente todos los trabajadores dependientes recibieran el mismo nivel y condiciones de protección. Antes bien, las normas (o, en algunos casos, la propia práctica jurisprudencial<sup>25</sup>) consagraron distingos entre diversas categorías de trabajadores, muchas veces siguiendo pautas o criterios inspirados en factores de carácter sociológico, que no siempre resultaban de fácil o inobjetable justificación<sup>26</sup>. Incluso es notorio que ciertos colectivos de trabajadores tradicionalmente quedaron bastante alejados del calor irradiado por la legislación laboral, a pesar de su inequívoca condición de “*dependientes*”<sup>27</sup>.

## 6) La difuminación de la empresa y las técnicas de imputación de responsabilidades

En las últimas décadas se produjeron mutaciones muy significativas en los sistemas de relaciones laborales<sup>28</sup>, los que en buena medida resultaron pautados por el surgimiento y desarrollo de formas novedosas de organización de la actividad productiva-empresarial. La forma tradicional de empresa perdió terreno frente al avance de modalidades que ponen en práctica la desintegración y dispersión de sus procesos productivos<sup>29</sup>.

La “*empresa virtual*” o “*difuminada*” configura una nueva realidad, particularmente compleja, que pone al Derecho del Trabajo ante el reto de “*buscar las nuevas fronteras de la figura del empleador, haciendo primar la realidad sobre las construcciones societarias y contractuales, y*

<sup>25</sup> En los repertorios jurisprudenciales es posible apreciar que a menudo en los fallos se descarta la vigencia material de las normas laborales respecto de ciertos trabajadores que realizan actividades que son calificadas como “*changas*”, a pesar de que dicha categoría no aparece discriminada por ninguna norma del ordenamiento positivo vigente. Algo similar se puede señalar en referencia a los *destajistas* y la tendencia expresada en ciertas sentencias, en el sentido de excluirlos de la aplicación de las normas sobre *horas extras*.

<sup>26</sup> Como la que diferencia a los *obreros* de los *empleados*, que Krotoschin calificara como un *prejuicio*. Vide: Curso de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1950, 12, cit. por Barbagelata, H.-H., Derecho del Trabajo, T. I, cit., p. 107 y 108.

<sup>27</sup> Ha sido un hecho históricamente recurrente que, por ejemplo, los trabajadores rurales y los trabajadores domésticos quedaran al margen, en forma total o parcial, de las condiciones consagradas por las normas laborales. En alguna medida, algo similar ha ocurrido con los trabajadores públicos, a quienes, *de jure* o, muchas veces, *de facto*, se les impone una relación en la que el Estado-empleador ostenta una posición prominente. Vide: Cassinelli Muñoz, Horacio, “*Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios*”, in RDJA, T. 58, Mdeo., 1962, p. 232 y ss.; Bronstein, Arturo, Las relaciones laborales en las empresas estatales de América Latina, OIT, Ginebra, 1981.

<sup>28</sup> Bronstein, A., Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales, Plaza y Valdes Editores, OIT, 2010, p. 14 y ss.; Raso Delgue, Juan, La contratación atípica del trabajo, 2ª edición, AMF, Mdeo., 2009, p. 26 y ss.

<sup>29</sup> Plá Rodríguez, A., “*La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*”, in Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2000, p. 15; Garmendia, Mario, “*La nueva consideración de la empresa y su influencia en la caracterización de las relaciones laborales*”, in Las transformaciones de la empresa en el Derecho del trabajo (Encuentro Argentino-Uruguayo de Profesores de Derecho del Trabajo (Bs.As. – Mdeo., junio 2005), Rubinzal-Culzoni Editores, Mario Ackerman – Diego Tosca (Compiladores), p. 841 y ss. Ackerman, M., “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, cit. p. 32 y ss. Alimenti, J., “*La dependencia laboral*”, cit., p. 148 y ss.

*establecer límites precisos y claros sobre la responsabilidad de los agentes que intervienen en los procesos de tercerización*”<sup>30</sup>.

Con la mirada puesta en dicha finalidad, las legislaciones han desarrollado mecanismos que atribuyen o imputan responsabilidades a sujetos que no necesariamente encajan dentro de la figura tradicional del *empleador*<sup>31</sup>. En muchos casos, esos nuevos o renovados instrumentos legislativos vienen a sumarse a construcciones *clásicas*, que antes o paralelamente, habían sido elaboradas por la doctrina con la misma inspiración, como proyección del principio de *primacía de la realidad*<sup>32</sup>. Así, por ejemplo, la *personería laboral del empleador*<sup>33</sup> o la conocida como *conjunto económico*<sup>34</sup> o la del llamado “*empleador complejo*”, concepto de más reciente aparición y que apunta a “*formas de relacionamiento empresarial en las que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador, pero que, en principio, carecen de lazos de dependencia entre sí y no están sometidas a un mismo centro de dirección*”<sup>35</sup>.

En este sentido se ha señalado que el Derecho del trabajo “*tiene suficiente autonomía como para otorgar personería laboral a determinadas realidades, sin que esto importe otorgársela a todos los efectos jurídicos*”<sup>36</sup> y ha conseguido construir una *noción independiente* del “*responsable*” en términos laborales, la que toma en cuenta “*la situación de hecho bajo un doble aspecto económico y social para asegurar la eficacia de las disposiciones protectoras de los trabajadores y hace abstracción de la independencia jurídica de las sociedades del grupo y de la noción de persona moral*”<sup>37</sup>.

De este modo, el sistema jurídico laboral generó su propio y particular concepto de *empresa*, no sometido a los lineamientos del Derecho comercial y que apunta a consolidar una hermenéutica basada en la consigna de evitar, en toda la medida de lo posible, que los derechos del trabajador resulten frustrados o desconocidos como consecuencia de que no se logre detectar un responsable a quien reclamar o exigir su satisfacción. Dicha concepción, autónoma e inspirada en el sentido tutelar

<sup>30)</sup> Castello, Alejandro, Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2004, p. 22.

<sup>31)</sup> Por ejemplo, en Uruguay, las leyes N° 18.099 (24 de enero de 2007) y 18.251 (6 de enero de 2008), que consagran el régimen de responsabilidad aplicable a aquellos patronos o empresarios que para desarrollar su actividad recurren al auxilio de subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra. En una línea similar pueden citarse los artículos 28 a 31 de la Ley de Contrato de Trabajo, de Argentina.

<sup>32)</sup> Plá Rodríguez, A., Los principios del Derecho del Trabajo, 3ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1998, p. 339 y ss.

<sup>33)</sup> Que supera el concepto de la *personería del derecho civil* para aceptar otro de contornos mucho más amplios e informales. Vide: Plá Regules, María Josefina, “*La personería laboral del empleador*”, in rev. Derecho Laboral, tomo XIX, N° 101, enero-marzo 1976, p. 131.

<sup>34)</sup> Que le reconoce relevancia a la unidad económica y social, allí donde existe una división jurídica formal que no se corresponde con la realidad. Castello, A., Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2006, p. 136 y ss.

<sup>35)</sup> Castello, A., op. cit., p. 167; Fernández Brignoni, Hugo, “*Enfoques jurisprudenciales sobre los sujetos del Derecho del Trabajo*”, in Temas Prácticos de Derecho Laboral, tomo 2, FCU, Mdeo., 2001, p. 87.

<sup>36)</sup> Plá Regules, María J., op. cit., p. 131.

<sup>37)</sup> Roger de Lestang, “*La concentration du capital et le droit du travail*”, in Droit Social, mayo 1983, p. 301, cit. por Plá Rodríguez, A., “*Sobre el alcance de la noción de Conjunto Económico*”, in Revista Judicatura, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, noviembre 1993, N° 36, p. 13.

que nutre a esta disciplina, *atiende a la realidad por encima de las formalidades y dirige su mira a los hechos materiales* para darle a éstos determinadas consecuencias jurídico-laborales que, en muchos casos, no son reconocibles o aceptables en el ámbito del Derecho mercantil<sup>38</sup>.

### 7) *Ubi labor ibi virtus: la nueva tutela de los hiposuficientes*

Cuando la doctrina laboral clásica hacía referencia al “trabajo” sin adjetivarlo, podía darse por supuesto que estaba aludiendo, en rigor, al trabajo “*subordinado*”<sup>39</sup>, pues este elemento fue, como se dijo más arriba, el que tradicionalmente sirvió como referencia para delimitar el campo conceptual de la disciplina y, por defecto, también condicionó su ámbito subjetivo de aplicación.

Una relación individual de trabajo moldeada, entonces, a partir de un *tipo* determinado, que presenta, por una parte, a un sujeto empleador, único y fácilmente individualizable, que se vincula con un sujeto trabajador, que brinda su actividad durante un cierto tiempo (predeterminado y estructurado) en el que permanece *subordinado* al poder de dirección del primero.

Las nuevas realidades que exhibe la organización del trabajo en muchos casos no dejan espacio para la mayoría de las definiciones que tradicionalmente constituyeron la sustancia de la disciplina y determinan la necesidad de que el instituto de la *dependencia* o *subordinación laboral* sea objeto, según Goldin, del “*más cuidadoso seguimiento*”, a efectos de establecer “*qué correspondencia guarda con los modos dominantes en los que hoy y en los tiempos por venir se contrata y se despliega el trabajo humano, si todos ellos tienen cabida en aquel molde tradicional y, en consecuencia, si encuentran respuesta a sus específicas necesidades de regulación y amparo*”<sup>40</sup>.

La diversificación de las formas en que se brinda el trabajo para otro, ha determinado que desde hace algún tiempo haya reforzado su importancia la idea que da título al presente capítulo, es decir, “*donde hay trabajo hay virtud*”, incluso más allá del concepto tradicional de la *subordinación*. Esto ha provocado la aparición de lo que algunos califican como un Derecho del trabajo “*de segundo tipo*”<sup>41</sup>, que reacciona contra la excesiva relevancia tradicionalmente otorgada a la noción *jurídico-formal* de subordinación y cuestiona la falta de atención brindada a lo que, según entienden, debió ser el foco de la legislación tutelar: la existencia de desequilibrios contractuales reales<sup>42</sup>. En esta nueva regulación, las propias nociones clásicas de “*trabajador*” y “*empleador*” ya no se identifican

<sup>38)</sup> In extenso: Garmendia, Mario, “*Fideicomiso: análisis laboral*”, in revista CADE, Doctrina & Jurisprudencia, t. XVIII, Setiembre 2012, p. 47 y ss.

<sup>39)</sup> Cfe. Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, cit., p. 101.

<sup>40)</sup> Goldin, Adrián O., La tendencia de transformación del Derecho del Trabajo, Monografías Jurídicas, LexisNexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 31.

<sup>41)</sup> Supiot, Alain, “*Pourquoi un Droit du Travail?*”, in Droit Social, N° 6, junio 1990, p. 489.

<sup>42)</sup> Ermida, Oscar, Hernández Álvarez, Oscar, “*Crítica de la subordinación*”, in rev. Derecho Laboral, T. XLV, p. 233 y ss.; Raso Delgue, Juan, La contratación atípica del trabajo, cit., p. 49 y ss. Al respecto ya se ha convertido en clásica la feliz expresión de Mario Ackerman, cuando alude al reto de *reenfocar* la norma laboral, mediante “*...la sustitución de la lente normal por un gran angular*”, Ackerman, M., “*El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo*”, op. cit., p. 34.

tan claramente con los sujetos que en ella interactúan. Otras expresiones, como “*oferta*” y “*demanda*” de trabajo, comienzan a emplearse para aludir a los nuevos protagonistas de las relaciones laborales y simultáneamente, adquieren *carta de ciudadanía* algunos conceptos, como la *parasubordinación* (empleada por la legislación italiana), los *trabajadores autónomos económicamente dependientes* (TRADE), definidos por la legislación española<sup>43</sup>, los *cuasi asalariados* de la normativa alemana, o el empleo de términos que en otros tiempos habrían sido calificados como una *contradictio in adjectio*, como el de “*empresario dependiente*”<sup>44</sup>. Sin embargo, estos novedosos términos parecen reflejar mejor una realidad donde la distinción entre “*subordinación*” y “*trabajo independiente*” es cada vez menos perceptible<sup>45</sup>.

La técnica del “*haz de indicios*”, que fue concebido para *extender* el campo de aplicación del Derecho del Trabajo a actividades que, por su naturaleza, realizan su trabajo con ciertos márgenes de autonomía (comisionistas, agentes de comercio, profesionales liberales, artistas, periodistas, deportistas, etc.), hoy “*puede servir para mantener dentro de las fronteras de la condición de asalariado a trabajadores por cuenta ajena atrapados por el «posfordismo» y la autonomización de su puesto de trabajo*”<sup>46</sup>. Como respuesta frente a la crisis del concepto de “*subordinación*” hoy es apreciable un movimiento de adaptación que exige ampliar la mira, para captar a modalidades de trabajo que, según las ideas clásicas, calificarían como de *autonomía*, evitando que queden excluidos del campo de protección del Derecho del Trabajo<sup>47</sup>. La sumisión a órdenes ha dejado de ser tomada como el elemento característico del asalariado y se admite que la necesidad de protección debe reconocerse también a quien, sin recibir tales órdenes, se encuentra en situación de *dependencia económica* o de *hiposuficiencia*<sup>48</sup> respecto de un empresario. Estas tendencias habilitan afirmaciones tales como que “*el Derecho del Trabajo ha dejado de ser el derecho de los obreros o de los empleados para convertirse en el derecho común de toda relación laboral*”<sup>49</sup>.

Sin embargo, esta corriente se encuentra con objeciones provenientes de dos vertientes de signo contrario entre sí. Por una parte, los hay quienes la denuncian como un retroceso, por considerarla la *puerta de entrada* para una disminución general de los niveles de protección de las normas laborales. En el otro extremo, están aquellos que, concibiendo al Derecho del trabajo como

<sup>43</sup>) Sala Franco, Tomás, “*Descentralización laboral y responsabilidad laboral en España*”, in VV.AA., Sala Franco, Tomás, Mangarelli, Cristina, Tapia Guerrero, Francisco, J. (Coordinadores), *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 241 y ss.

<sup>44</sup>) Supiot, Alain -Coordinador-, *Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 47 (Informe Supiot) y Verge, P., op. cit., p. 15 y 16.

<sup>45</sup>) Supiot, A., *El Derecho del Trabajo*, cit., p. 75. Bronstein, A., *Derecho Internacional y Comparado...*, cit., p. 53 y ss. Alimenti, J., “*La dependencia laboral*”, cit., p. 169 y ss.

<sup>46</sup>) Informe Supiot, cit., p. 50.

<sup>47</sup>) Bronstein, A., “*Ámbito de la relación del trabajo: el debate en la OIT*”, in *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 16.

<sup>48</sup>) Deveali, Mario L., *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, T. I, Astrea, Bs. As., 1983, p. 179, apud Goldin, A., *La tendencia...*, cit., p. 34.

<sup>49</sup>) Informe Supiot, p. 50.

un factor contraproducente para el desarrollo económico, defienden la conveniencia de contar con una normativa *funcional* o *dúctil* ante las necesidades de la *nueva empresa* y, por lo tanto, consideran beneficioso que se permita *escapar a los que deseen fugarse*<sup>50</sup>. Es del caso señalar que fue con inspiración en ideas de tal índole, que en los años '90 del siglo pasado, varias legislaciones incorporaron normas que toleraban o, incluso, estimulaban el recurso a modalidades de trabajo *autónomo* o *seudo autónomo*. En estos casos, la *reconstrucción* del ámbito subjetivo *tradicional* del Derecho del trabajo se consigue mediante la derogación de las mismas<sup>51</sup>.

La Recomendación 198 de la OIT, así como los informes que la precedieron, contienen un excelente compendio de los debates y dificultades que suscita el concepto de *relación de trabajo*. Esta Recomendación (adoptada el 15 de junio de 2006, en la 95ª Sesión de la Conferencia General del Trabajo) si bien es un instrumento que por su propia índole no se impone con carácter imperativo, posee un contenido particularmente relevante, pues concentra una serie de conceptos básicos en la materia que constituye su objeto, de tal suerte que ofrece una cabal síntesis de lo que es el “*estado del arte*” a nivel mundial acerca de la noción de *relación de trabajo*<sup>52</sup>.

### 8) La tendencia expansiva en su faz jurisdiccional: el caso brasileño

Para ilustrar acerca de qué tan próximo se encuentra el ensanchamiento conceptual de las fronteras de la disciplina, resulta interesante traer a colación un debate bastante actual, que está planteado en Brasil.

<sup>50)</sup> Bronstein las define como las “*tesis del escape*”. Bronstein, A., “*Ámbito de la relación del trabajo...*”, cit., p. 41. También: Romagnoli, Umberto, “*Il grande esodo*”, ponencia a la Mesa Redonda sobre Desafíos actuales para el Derecho del Trabajo, Santiago, 1993; Castello, A., “*De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX*”, in rev. Derecho Laboral, T. XLI, p. 295 y ss.

<sup>51)</sup> En Uruguay, el art. 178 de la ley 16.713 (3 de setiembre de 1995) fue un claro ejemplo de lo señalado. Sobre la base de criterios puramente formalistas la norma promovía, al decir de Plá, “*a apartarse de la verdad para achicar la órbita del derecho del trabajo*” (Plá Rodríguez, A., “*La actual coyuntura del Derecho del Trabajo*”, in Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Mdeo., 1998, p. 386). La norma fue derogada por la ley 18.783 (19 de julio de 2011). Vide también: Barretto, H., “*Realidad y verosimilitud en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social*”, in rev. Derecho Laboral, núm. 190, 1998, p. 282 y ss.; Garmendia, M., Eficacia práctica de las normas laborales, FCU, Mdeo., 2005, p. 99 y ss.; Grzeticich, Antonio y Fernández, Hugo, “*La subcontratación laboral y las figuras afines*”, in Temas Prácticos de Derecho Laboral, FCU, Mdeo., 1999, p. 120; Fernández, Hugo, Nicolliello, Ariel y Rodríguez Azcúe, Álvaro, “*Empresas unipersonales y regulación del trabajo autónomo: posibles alternativas teóricas*”, in rev. Derecho Laboral, núm. 220, octubre-diciembre 2005, p. 723 y ss.; Nicolliello, A., “*La derogación del artículo 178 de la ley N° 16.713 (empresas unipersonales)*”, in rev. Derecho Laboral, núm. 244, octubre-diciembre 2011, p. 741 y ss.; VV.AA., 21ª Jornadas Uruguayas de DTSS, Maldonado, 27-28 nov. 2010, etc..

<sup>52)</sup> Vide: Ermida Uriarte, O., “*La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo*”, in rev. Derecho Laboral, T. XLIV, p. 673 y ss.; Barretto Ghione, Hugo, “*La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica*”, in rev. Derecho Laboral, T. L, p. 81 y ss.; Corradetti, Susana, “*La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?*”, in Revista Derecho del Trabajo, núm. 8, ene.-dic. 2009, Barquisimeto, p. 75 y ss. Como ha hecho notar Zapirain, la Recomendación ya ha inspirado algún reciente fallo de la Justicia del Trabajo uruguayo (Zapirain, Washington, “*Trabajo socio cooperativista*”, in rev. Derecho Laboral, num. 250, abril-junio 2013, p. 369 y ss.).

En ese país, la competencia de la justicia “*trabalhista*” está consagrada en el texto constitucional (Sección V, artículo 114). En su redacción originaria, la norma estableció que dichas Sedes judiciales estaban encargadas de juzgar los “*dissídios*” (divergencias, litigios) individuales y colectivos, *entre trabajadores y empleadores, así como otras controversias derivadas de la relación de trabajo*, pero esto último, *sólo en cuanto la ley lo dispusiera expresamente*<sup>53</sup>.

A partir de aquel texto, existía consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de que la competencia de la Justicia *trabalhista* estaba centrada en la “*relación de empleo*” y que la posibilidad de ensanchar tal competencia para alcanzar otras modalidades de “*relación de trabajo*” (atención: no “*de empleo*”, sino “*de trabajo*”), dependía de expresa previsión legal<sup>54</sup>. En la doctrina brasileña se entiende que los conceptos “*relación de trabajo*” y “*relación de empleo*”, mantienen entre sí un vínculo de género a especie, de tal suerte que la “*relación de empleo*” es, siempre, “*relación de trabajo*”, mas no toda “*relación de trabajo*” es “*relación de empleo*”, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores autónomos (ej.: profesionales liberales, arrendamientos de servicios, etc.)<sup>55</sup>. La “*relación de empleo*” es, para la doctrina brasileña, la “*relación de trabajo*” en que se encuentran presentes los elementos previstos en los artículos 2 y 3 de la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT), es decir: prestación del servicio por persona natural, con carácter personalísimo, de naturaleza no eventual, y con las notas de subordinación y onerosidad<sup>56</sup>.

La competencia de la *Justiça trabalhista* estaba centrada, entonces, en la idea de “*relación de empleo*” y sólo mediando expresa disposición legal, podía admitirse el ingreso de la “*relación de trabajo*”.

Pero en 2004 fue aprobada la *Emenda Constitucional* N° 45, que modificó (ampliando muy significativamente) varios aspectos importantes de la competencia atribuida a los jueces de trabajo.

<sup>53)</sup> El texto en portugués rezaba: “*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas*”. En relación a los conflictos colectivos, los párrafos 1° y 2° del mismo artículo, disponían que aquéllos debían solucionarse mediante negociación colectiva y, frustrada la misma, por medio de arbitraje. Pero en caso que cualquiera de las partes se rehusare a la negociación o al arbitraje, también contemplaba la posibilidad de someterlos a decisión judicial.

<sup>54)</sup> Cfe. García, Gustavo Filipe Barbosa, *Da relação de emprego à relação de trabalho: alargamento e adequação do núcleo da competência trabalhista*, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 74. La doctrina entendía que la primera redacción sólo contemplaba la “*relación de empleo*” y, excepcionalmente (ante expresa disposición legal) determinadas “*relaciones de trabajo*” porque el artículo 114 comenzaba mencionando al “*empleador*” y al “*trabajador*”, expresión esta última que se entendía solamente referida al “*empleado*” (es decir, al trabajador que se encuentra en una “*relación de empleo*”), pues, se consideraba inviable hablar de empleador como uno de los dos polos de una relación jurídica sin que en el otro polo el sujeto que se presenta no sea un empleado (“*Como é inviável falar em empregador como um dos pólos de uma relação jurídica sem que no outro pólo o sujeito que se apresenta seja o empregado, interpreta-se por “trabalhador” a figura do empregado*”), Cfe. Nascimento, Amauri Mascaro, *Curso e direito processual do trabalho*, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, p. 100.

<sup>55)</sup> Cfe. Russomano, Mozart Víctor, *Curso de direito do trabalho*, 6ª ed., Juruá, Curitiba, 1997, p. 52.

<sup>56)</sup> Dallegrave Neto, José Affonso, *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*, LTr, São Paulo, 1998, p. 61.

En lo que a nuestros efectos interesa, la modificación implicó que quedara atrás la idea de la “*relación de empleo*”, para incorporar la noción de “*relación de trabajo*”, a secas<sup>57</sup>.

La aprobación de tal *Emenda* abrió un intenso debate en torno a cuál es, en la actualidad, la nueva configuración de la competencia de los tribunales de trabajo.

En la doctrina hay diversas opiniones. Algunos sostienen que no se ha producido ninguna variante en relación a los límites de dicha competencia<sup>58</sup>. Otros entienden que la reforma ha determinado que la competencia de la Justicia del trabajo alcance a *todas las formas de trabajo humano*, con independencia de la rama del Derecho que las regule<sup>59</sup>. Y entre ambos extremos se aprecia una variada gama de opiniones intermedias<sup>60</sup>.

En todo caso, parece cada vez más consolidada la idea de que la competencia de la *Justiça trabalhista* no queda reducida a las relaciones dotadas de la nota de “*subordinación*”, sino que alcanza, mucho más ampliamente, a todas aquellas situaciones en que una *persona física presta un servicio en forma personal, sin asumir la forma de actividad empresarial, a un tomador de dichos servicios que no sea el destinatario final de los mismos*. De modo que, en principio y siempre que no sea brindado en virtud de una *relación de consumo*, ni de una *relación empresarial*, puede considerarse configurado el concepto de “*relación de trabajo*” que actualmente (a partir de la *Emenda* 45) prevé el artículo 114, inciso I de la “*Constituição*” como determinante para definir la competencia de la *Justiça trabalhista*<sup>61</sup>.

Como se puede apreciar, los conceptos usuales (por ejemplo: *relación de trabajo, materia laboral, etc.*) se nutren por estos días de nuevos contenidos y sentidos, que expanden notablemente sus fronteras tradicionales y así, ponen por delante desafíos importantes sobre las nuevas definiciones de los mismos, así como de la forma en que ellas harán impacto en diversos institutos de la disciplina laboral.

## 9) Conclusiones

Hace dos siglos apenas despuntaban las primeras normas dirigidas a contemplar la situación de sujetos que habían quedado expuestos como *víctimas del desarrollo industrial*. Éstos, que hasta entonces habían sido ignorados en su particularidad por la cultura jurídica dominante, comenzaban a ser destinatarios de una incipiente legislación, objetada y resistida, que muy lentamente se abriría

<sup>57)</sup> En lo atinente a este punto concreto, la nueva redacción establece que “*Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I) as ações oriundas da relação de trabalho...*”.

<sup>58)</sup> V. gr.: Souto Maior, Jorge Luiz, *Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da Justiça do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2007, p. 104 y ss.; Martins, Sergio Pinto, *Direito Processual do trabalho*, 30ª ed., Atlas, São Paulo, 2010, p. 106 y ss.

<sup>59)</sup> Mallet, Estêvão, *Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após Emenda Constitucional N. 45, Direito, trabalho e processo em transformação*, LTr, São Paulo, 2005, p. 168 y ss.

<sup>60)</sup> Una prolija sistematización de las mismas puede consultarse en García, Gustavo Filipe Barbosa, op. cit., p. 153 y ss.

<sup>61)</sup> Cfe. García, Gustavo Filipe Barbosa, op. cit., p. 157.

paso en un contexto que, a lo sumo, podía aceptarla como un *mal necesario*. Eran, en todo caso, *normas de excepción*, enfocadas específicamente en *determinados sujetos*, a quienes se apartaba de las reglas del *Derecho común* para otorgarles un tratamiento especial. Comenzando por los niños y las mujeres, para pasar luego a los operarios de las manufacturas de algodón, lana o seda, a los obreros de las minas de carbón o de las acerías; el proceso de aquella nueva legislación se inició enfocándose en sujetos concretos, incluidos en universos que sucesivamente fueron comprendiendo, primero, a determinados sectores o actividades, luego, con más generalidad, a la industria y, más adelante, al comercio y a los servicios.

Las normas laborales, que comenzaron definiendo cuáles eran los sujetos que debían quedar alcanzados por sus preceptos, mutaron luego la *técnica de demarcación* de su ámbito subjetivo y tomaron como referencia un *centro de gravedad* hacia el que se hizo converger toda su lógica: el concepto de *subordinación*.

A partir de este punto, la legislación laboral dejó de ser una colección o cúmulo de preceptos dirigidos a tales o cuales trabajadores, para comenzar a construirse como disciplina jurídica, como un *nuevo Derecho*, subjetivamente referenciado en el trabajador subordinado. Por su parte, el empleador era, no sólo *el otro* sujeto de aquellas normas, sino también, el *anfitrión* del sistema que mediante las mismas se pretendía regular. Traduciéndolo a términos informáticos, se podría decir que la empresa, en su formato tradicional, fue el *hardware*, para el que y en el que se desarrolló el *software* del Derecho de trabajo.

Si bien dejaba abiertas (o entreabiertas) algunas hendiduras de desprotección o infra-protección, el Derecho del trabajo dejó de ser una normativa de excepción, para extenderse, con carácter general, sobre toda la actividad *subordinada* realizada en el, por entonces, aún preciso entorno de la empresa ajena. El adjetivo que calificaba al objeto, se había demostrado, además, lo suficientemente dúctil como para absorber situaciones que, como el trabajo a domicilio, podían presentar características que no encajaban exactamente en el tipo más común.

En tales circunstancias, no estaba en tela de juicio que la subordinación era el mojón que demarcaba los confines de la disciplina. No se podía vislumbrar, hace cuatro o cinco décadas, qué interés podría tener “*el trabajo libre del mundo capitalista en que se le incluya dentro de la categoría del trabajo subordinado*”, ni resultaba aceptable que el Derecho del trabajo, concebido como *el derecho de la clase trabajadora*, pudiera extenderse “*a quienes manifiestamente no forman parte de ella*”<sup>62</sup>. No había espacio para imaginar “*cómo podría extenderse el derecho colectivo del trabajo a los trabajadores libres*” o de qué manera aquellos “*que ejercen libremente su profesión dentro de un sistema de clientela, pudieran sindicarse y exigir (...) la firma de un contrato colectivo*” o de qué forma se les podrían aplicar “*las instituciones del derecho individual del*

<sup>62)</sup> De la Cueva, M., *El Nuevo...*, cit., p. 92.

trabajo” como la *fijación de salarios mínimos* o la *prohibición, menos aún la vigilancia sobre un pintor para impedirle que permanezca diez horas o más en su estudio*”<sup>63</sup>.

Sin embargo, la realidad ha ido superando todas las categorías, todas las nociones y definiciones formales, y se ha encargado de demostrar que sí era posible que los trabajadores *autónomos* pudieran tener interés en aproximarse al cobijo de las normas laborales, que también era posible que negociaran y celebraran acuerdos colectivos<sup>64</sup> y que se beneficiaran con el establecimiento de condiciones mínimas de remuneración, descansos, vacaciones y otras cuestiones similares<sup>65</sup>. Imposible, inaceptable e incomprensible hace cuatro o cinco décadas; posible, aceptado y comprensible por estos días.

¿Implica esto que se ha producido una expansión del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo? ¿Significa que las normas laborales han sorteado la valla de la subordinación para lanzarse a la captura de los autónomos? ¿O se trata en realidad del primer paso del sutil triunfo de las corrientes que pugnarán por reducir la protección consagrada por las normas laborales?

Para quien de antemano asumiera que los *autónomos económicamente dependientes* estaban predestinados a quedar exiliados del amparo de las normas del Derecho del trabajo, el hecho de recibir alguna tutela (aunque más no sea, *alguna*), tiene, claramente, un sentido expansivo. En cambio, para quien visualizara a la *dependencia económica* como el factor verdaderamente distintivo del fuero laboral, todavía estaba por verse si realmente esos sujetos estaban o no *del otro lado de la línea*. La paradoja de que “*lo tradicional sirve al progreso*”<sup>66</sup>, también puede ser una forma de tomar posición frente a esta novedosa tendencia, que desde esta perspectiva podría no presentarse como una *evolución*, sino como un retroceso, como un éxito épico de las corrientes que postularon la reducción del *garantismo social* a una *porción congrua*<sup>67</sup>. Desde este ángulo, podría ser, en el mejor de los casos, la consolidación de una transacción histórica con dichas corrientes y, en el peor, como el inicio de un avance de estas últimas sobre el terreno antes ocupado por las normas inspiradas en el sentido protector *clásico*.

El dilema es de difícil e incierto pronóstico. En todo caso, parece oportuno prestar atención al prudente consejo de Tomás Sala Franco, cuando sugestivamente dice que “*convendrá, por tanto, “esperar y ver” con mirada crítica cómo se desarrollan los acontecimientos*”<sup>68</sup>.

<sup>63</sup>) De la Cueva, M., loc. cit.

<sup>64</sup>) Informe Supiot, cit., 158 y ss.

<sup>65</sup>) Sala Franco, T., op. cit., p. 241 y ss.

<sup>66</sup>) Le Goff, Jacques, “*Quand le traditionalisme sert le progrès*”, in 13 paradoxes en droit du travail (sous la direction de Philippe Waquet), Éditions Lamy, Paris, 2012, p. 23 y ss.

<sup>67</sup>) Lyon-Caen, Gérard, “*La bataille truquée de la flexibilité*”, Droit Social, N° 12, diciembre 1985, p. 810.

<sup>68</sup>) Sala Franco, T., op. cit., p. 248.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Mario, “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, in VV.AA., Tratado de Derecho del Trabajo, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005
- Alimenti, Jorgelina Fulvia, “*La dependencia laboral*”, in VV.AA., Tratado de Derecho del Trabajo, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005
- Barbagelata, Héctor-Hugo,
  - o Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista, FCU, Mdeo., 2009
  - o Derecho del Trabajo, T. I, vol. 1, 2ª ed., FCU, Mdeo., 1995
  - o Derecho del Trabajo, T. III, FCU, Mdeo., 2ª reimpresión, 1992
  - o El Derecho del Trabajo en América Latina, MTSS, Madrid, 1985
- Barretto, Hugo,
  - o “*La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica*”, in rev. Derecho Laboral, T. L
  - o “*Realidad y verosimilitud en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social*”, in rev. Derecho Laboral, núm. 190, 1998
- Bronstein, Arturo,
  - o “*Ámbito de la relación del trabajo: el debate en la OIT*”, in La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.
  - o Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales, Plaza y Valdes Editores, OIT, 2010
  - o Las relaciones laborales en las empresas estatales de América Latina, OIT, Ginebra, 1981.
- Brun, André y Galland, Henri, Droit du Travail, 2ª ed., t. I, Sirey, París, 1978
- Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, G., Derecho del Trabajo, trad. de la 5ª ed. francesa, Ed. Aguilar, Madrid
- Cassinelli Muñoz, Horacio, “*Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios*”, in RDJA, T. 58, Mdeo., 1962
- Castello, Alejandro,
  - o “*De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX*”, in rev. Derecho Laboral, T. XLI.
  - o Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2006.
  - o Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2004.
- Chadwick, Edwin, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain*, de 1843 <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>)
- Corradetti, Susana, “*La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?*”, in Revista Derecho del Trabajo, núm. 8, Barquisimeto, ene.-dic. 2009

- Cuche, Paul, La définition du salarié et le critère de la dépendance économique, Dalloz, Paris, 1932
- Dallegrave Neto, José Affonso, Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural, LTr, São Paulo, 1998
- De la Cueva, Mario,
  - o Derecho Mexicano del Trabajo, t. I, 5ª ed., Porrúa, México, 1960.
  - o El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T. I, Ed. Porrúa, México. 2003
- Durand, Paul y Jaussaud, R., Traité de Droit du Travail, T. I, Dalloz, Paris, 1947
- Ermida Uriarte, Óscar
  - o “El concepto de subordinación o dependencia en el derecho laboral y de la seguridad social”, en Revista Tributaria, T. X, Nº 52, Mdeo., 1983
  - o “La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo”, in rev. Derecho Laboral, T. XLIV
- Ermida, Oscar, Hernández Álvarez, Oscar, “Crítica de la subordinación”, in rev. Derecho Laboral, T. XLV
- Fernández Brignoni, Hugo, “Enfoques jurisprudenciales sobre los sujetos del Derecho del Trabajo”, in Temas Prácticos de Derecho Laboral, tomo 2, FCU, Mdeo., 2001
- Fernández, Hugo, Nicolliello, Ariel y Rodríguez Azcúe, Álvaro, “Empresas unipersonales y regulación del trabajo autónomo: posibles alternativas teóricas”, in rev. Derecho Laboral, núm. 220, octubre-diciembre 2005
- Fouillée, Alfred, La science sociale contemporaine, 2ª ed., Hachette et cie, Paris, 1885
- García, Gustavo Filipe Barbosa, Da relação de emprego à relação de trabalho: alargamento e adequação do núcleo da competencia trabalhista, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010
- Garmendia, Mario
  - o Eficacia práctica de las normas laborales, FCU, Mdeo., 2005
  - o “Fideicomiso: análisis laboral”, in revista CADE, Doctrina & Jurisprudencia, t. XVIII, Setiembre 2012
  - o “La nueva consideración de la empresa y su influencia en la caracterización de las relaciones laborales”, in Las transformaciones de la empresa en el Derecho del trabajo (Encuentro Argentino-Uruguayo de Profesores de Derecho del Trabajo (Bs.As. – Mdeo., junio 2005), Rubinzal-Culzoni Editores, Mario Ackerman – Diego Tosca (Compiladores)
- Goldin, Adrián O., La tendencia de transformación del Derecho del Trabajo, Monografías Jurídicas, LexisNexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002
- Gounot, Emmanuel, Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique. Arthur Rousseau, éditeur, Paris, 1912
- Grzetich, Antonio y Fernández, Hugo, “La subcontratación laboral y las figuras afines”, in Temas Prácticos de Derecho Laboral, FCU, Mdeo., 1999

- Le Goff, Jacques, “*Quand le traditionalisme sert le progrès*”, in 13 paradoxes en droit du travail (sous la direction de Philippe Waquet), Éditions Lamy, Paris, 2012
- Lyon-Caen, Gérard, “*La bataille truquée de la flexibilité*”, Droit Social, N° 12, diciembre 1985
- Mallet, Estêvão, Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após Emenda Constitucional N. 45, Direito, trabalho e processo em transformação, LTr, São Paulo, 2005
- Martins, Sergio Pinto, Direito Processual do trabalho, 30ª ed., Atlas, São Paulo, 2010
- Menger, Anton, El Derecho Civil y los Pobres (1ª ed., Viena, 1890), Colección Crítica del Derecho, Director: José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 1998
- Nascimento, Amauri Mascaro, Curso e direito processual do trabalho, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996
- Nicolliello, A., “*La derogación del artículo 178 de la ley N° 16.713 (empresas unipersonales)*”, in rev. Derecho Laboral, núm. 244, octubre-diciembre 2011
- VV.AA., 21ª Jornadas Uruguayas de DTSS, Maldonado, 27-28 nov. 2010
- Palacios, Alfredo L., El Nuevo Derecho (Legislación del Trabajo), J. Lajouane & Cía Editores, Librería Nacional, Bs. As., 1920
- Plá Regules, María Josefina, “*La personería laboral del empleador*”, in rev. Derecho Laboral, tomo XIX, N° 101, enero-marzo 1976
- Plá Rodríguez, Américo,
  - “*A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo*”, in Estudios sobre Derecho Laboral, homenaje a Rafael Caldera, T. I, Ed. Sucre, Caracas, 1977
  - Curso de Derecho Laboral, T. I, vol. 1, Ed. Acali, Mdeo., 1979.
  - “*La actual coyuntura del Derecho del Trabajo*”, in Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Mdeo., 1998
  - “*La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*”, in Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2000
  - Los principios del Derecho del Trabajo, 3ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1998
  - “*Sobre el alcance de la noción de Conjunto Económico*”, in Revista Judicatura, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay, noviembre 1993, N° 36
- Planiol, Marcel (avec la collaboration de G. Ripert), Traité Élémentaire de Droit Civil, 11ª éd., t. 12, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1937.
- Radbruch, Gustav, Introducción a la Ciencia del Derecho, Bib de la Rev de Der Privado, Volumen 11: Serie C, 1930
- Raso Delgue, Juan, La contratación atípica del trabajo, 2ª edición, AMF, Mdeo., 2009
- Rivas, Daniel, La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo, FCU, Mdeo., 1996
- Romagnoli, Umberto, “*Il grande esodo*”, ponencia a la Mesa Redonda sobre Desafíos actuales para el Derecho del Trabajo, Santiago, 1993
- Russomano, Mozart Víctor, Curso de direito do trabalho, 6ª ed., Juruá, Curitiba, 1997

- Sala Franco, Tomás, “*Descentralización laboral y responsabilidad laboral en España*”, in VV.AA., Sala Franco, Tomás, Mangarelli, Cristina, Tapia Guerrero, Francisco, J. (Coordinadores), *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011
- Scelle, Georges, *Le Droit Ouvrier*, A. Colin, Paris, 1922
- Sinzheimer, Hugo, “*La democratizzazione del rapporto di lavoro*”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, 1979 (1928)
- Souto Maior, Jorge Luiz, *Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competencia da Justiça do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2007
- Supiot, Alain -Coordinador-, *Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- Supiot, Alain,
  - o *El Derecho del Trabajo*, Heliasta, Bs. As., 2008
  - o “*Pourquoi un Droit du Travail?*”, in *Droit Social*, N° 6, junio 1990
- Valticós, Nicolas, *Droit International du Travail*, in G.H. Camerlynck, *Droit du Travail*, T. 8
- Verge, Pierre (avec la collaboration de Sophie Dufour), *Configuration Diversifiée de l’entreprise et Droit du travail*, Les Presses de l’Université Laval, Québec, 2003
- Villermé, Louis René, *Tableau de l’état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, [http://classiques.uqac.ca/classiques/villermelouis\\_rene/tableau\\_etat\\_physique\\_moral/tableau\\_et\\_at\\_physique.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/villermelouis_rene/tableau_etat_physique_moral/tableau_et_at_physique.html).
- Zapirain, Washington, “*Trabajo socio cooperativista*”, in *rev. Derecho Laboral*, num. 250, abril-junio 2013

Submissão: 10.01.2019

Aceitação: 22.04.2019