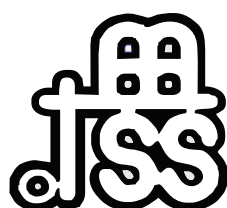


**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



ANUARIO

2012

Año III - NÚMERO 3



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

**ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Presidente	GRACIELA A. GONZÁLEZ
Vicepresidente	JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE
Secretaria	ANA BARILARO
Tesorero	LEONARDO AMBESI
Vocales titulares	CÉSAR GUSTAVO FERRANTE LAURA CHAHER JOSÉ TRIBUZIO ESTEBAN CARCAVALLO LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ JORGE GARCÍA RAPP
Vocales suplentes	MIGUEL A. GORLA
Revisores de cuentas	JUAN P. MUGNOLO SILVIA GUTIÉRREZ GARAY MARÍA TERESA ALONSO PARDO

Anuario

Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
(A. A. D. T. y S. S.)

EDITORA RESPONSABLE

GRACIELA A. GONZÁLEZ

SECRETARIA DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

CONSEJO DE REDACCIÓN

RICARDO A. GUIBOURG

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

ALBERTO L. RIMOLDI

ANA BARILARO

Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 3 / dirigido por Graciela González - 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2013.

216 p. ; 23 16 cm

ISBN 978-987-30-0412-4

1. Derecho Laboral. I. González, Graciela, dir.
CDD 344.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por GRACIELA A. GONZÁLEZ	9
<i>Algunas consideraciones en torno a la noción de dependencia</i> , por GISELLE BLANCHARD.....	27
<i>Relación de dependencia</i> , por DAVID DUARTE	57
<i>Relación de dependencia</i> , por CARLOS ALBERTO ETALA	125
<i>Las tres facetas de la dependencia</i> , por BEATRIZ E. FERDMAN	149
<i>La relación de dependencia. Una perspectiva fuera de la contractualidad</i> , por JULIO CÉSAR SIMON	169
<i>La identificación del “trabajador dependiente”, por GABRIEL TOSTO</i>	187
ÍNDICE SUMARIO	209

PRESENTACIÓN

Estimados lectores:

Es un honor presentarles el tercer número del *Anuario* de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que aborda el tema de *La relación de dependencia*.

Esta nueva edición de la publicación de la Asociación vuelve sobre un tema histórico del Derecho del Trabajo, quizás el primero de todos ellos, siempre vigente y, también, necesitado de ajustes conceptuales. Un grupo de profesores y de jóvenes juristas ha sido invitado a reflexionar sobre distintos aspectos del problema y el resultado de estas reflexiones es el conjunto de trabajos que aquí se presentan.

En ellos se ha profundizado sobre el concepto de dependencia, su vigencia actual, su relación con la normativa nacional y su aplicación en decisiones judiciales a fin de dilucidar, cuando corresponde, la proyección de las normas del Derecho del Trabajo.

Debe tenerse en cuenta que el contrato de trabajo tal como se ha concebido tradicionalmente está cambiando, y esta realidad proyecta sus efectos en el concepto de dependencia.

De allí la importancia de analizar los fenómenos históricos y su evolución, así como los elementos sociológicos que han influido en la organización laboral.

El Derecho del Trabajo se visualiza como un sistema tendiente a poner un límite a la influencia económica, con la finalidad de proteger a la persona del trabajador, tutelar sus derechos y esencialmente su dignidad.

El instrumento que permite a los hombres de todos los países y de todas las confesiones edificar conjuntamente un orden justo y ex-

traer las lecciones de la experiencia de la barbarie es, según Alain Supiot, el Derecho¹.

Hoy el mercado de trabajo, con los cambios que se han ido operando en el plano económico, nos presenta nuevos desafíos. En tal contexto, no pueden dejar de ponderarse la incidencia del fenómeno del desempleo, el aumento del trabajo informal, la tercerización, la externalización de parte del proceso productivo, la intermediación, etcétera.

También debe evaluarse que en el campo del mundo del trabajo han cobrado especial importancia las innovaciones tecnológicas, con el consecuente aumento del proceso de automatización de la producción y de la tecnificación, lo que lleva necesariamente a prescindir de mano de obra.

En el mundo globalizado, la situación de crisis económica que afecta a gran parte de los países conduce asimismo a la aparición de un sinnúmero de actividades desempeñadas por trabajadores cuenta-propistas y de pequeños o medianos productores.

Como consecuencia de la realidad existente y de los planteos doctrinarios formulados con la finalidad de superar su aplicación, se advierte una crisis en el concepto de dependencia y aparecen otras formas de contratación que algunos autores denominan parasubordinación².

Dicha construcción jurídico-conceptual importa un replanteo respecto del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

En países como Alemania se incluyó en los convenios colectivos del año 1974 la protección legal a los trabajadores independientes, pero económicamente dependientes, a fin de instaurar un régimen parecido, en ciertos aspectos, al de los asalariados.

En España, a través de la ley 20 del año 2007, se reguló la situación del Trabajador Autónomo incluyendo juntamente con la figura del trabajador autónomo tradicional, la tutela del Trabajador Autónomo económicamente dependiente.

En definitiva, lo que se plantea en el presente trabajo es precisamente cuáles son los límites del Derecho del Trabajo, hasta qué su-

¹ SUPIOT, Alain, *El espíritu de Filadelfia*, Ediciones Península, junio de 2011, p. 23.

² CAPARRÓS, Fernando Javier, *La parasubordinación. Origen, alcance y perspectiva*, en *Colección Temas de Derecho Laboral*, N° 2.

puestos puede proyectarse la protección de su normativa y dónde se impone la aplicación del Derecho Civil, del Derecho Comercial, hasta del Derecho Administrativo, y este interrogante aun queda abierto a las diferentes respuestas que pueden brindarse, en tanto no es sólo el concepto de dependencia la herramienta adecuada para satisfacer nuestras inquietudes.

Goldin sostiene que la crisis de abarcatividad de la dependencia laboral es, sin duda, una parte cualitativamente no desdeñable de lo que está pasando; ignorarla conlleva el riesgo de conducir al letargo y muerte del sistema de protección tras la consunción gradual de su centro de imputación subjetiva³.

Pasaré seguidamente a analizar los trabajos que integran el presente *Anuario*, ordenados alfabéticamente.

En primer lugar, *Giselle Blanchard* alerta sobre los cambios de la organización del trabajo en la realidad, en un marco legal que mantiene un esquema binario, de protección total o desprotección absoluta según el resultado de la inclusión o la exclusión del caso en la norma. La dificultad de los propios especialistas para explicar el concepto de dependencia encuentra de todos modos alguna solución legal: la generalizada interpretación del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo que ha abandonado “aquella posición que entendía que los servicios requeridos para activar dicha presunción debían ser presentados de modo subordinado” y la consiguiente utilidad práctica de la referida presunción para la resolución de los conflictos. Un estudio de campo acotado permite, además, identificar las resoluciones más recurrentes (otorgando o negando carácter dependiente) según el tipo de oficio o profesión.

Considera que las deficiencias que presenta el concepto de dependencia laboral no se vinculan con las distintas modalidades de organización del trabajo, como se ha señalado en los últimos años.

Entiende, por el contrario, que se trata de una estructura intelectual que nunca ha resultado totalmente suficiente, negando la protección a determinados trabajadores o sectores históricamente relegados. No obstante lo cual señala que, no ha surgido una idea superadora susceptible de contemplar las diferentes situaciones posibles.

³ GOLDIN, Adrián, *Las fronteras de la dependencia*, en D. T. 2001-B-2039.

Parte de la concepción que los acontecimientos históricos revelan en la actualidad, la existencia de una crisis por la que estaría atravesando el Derecho del Trabajo, y propone que sean revisados los conceptos, en especial el de dependencia, que implica que se brinde a determinados supuestos una protección absoluta o una situación de abandono.

Señala que ante la ausencia de una definición concreta del concepto de dependencia en el Derecho positivo, al operador jurídico no le queda otra alternativa que integrar el concepto con nociones que han encontrado su definición en la ley.

Entiende que esta carencia de definición obedece a que se trata no de un elemento real sino de una operación intelectual que tiene por objeto indicar los límites de un ente, de allí la problemática que tal operación plantea.

Cuanto mayor sea el nivel de abstracción de lo que debe ser definido, considera que más difícil será delimitarlo de los demás entes abstractos o de existencia ideal.

Indica que, para algunos autores, la definición de tal concepto no es otra que la del contrato de trabajo, en tanto que para otros debe ser identificada la dependencia partiendo de las tres clásicas dimensiones que la caracterizan: técnica, económica o jurídica personal.

En tal contexto, se plantea como interrogante si la dependencia debe conceptualizarse partiendo del contenido.

Señala que el intérprete judicial, para elucidar la existencia de un contrato de trabajo cuenta con la presunción que se proyecta mediante la aplicación del artículo 23 de la LCT, que en la actualidad la jurisprudencia ha receptado en su interpretación amplia y plantea la posibilidad de reputar aplicable la presunción del artículo 57 de la citada disposición legal, considerándola dentro de la enunciación formulada por el artículo 50, y entendiendo que existiría una obligación de explicación frente a la intimación formulada, que permitiría presumir la existencia de un contrato de naturaleza laboral.

Plantea, frente al análisis de situaciones que considera críticas, la necesidad de una refundación del Derecho del Trabajo y se abona en la postura de la necesidad de proponer alguna solución posible, frente al desafío que presenta la disciplina, que facilite la tarea del

operador jurídico y permita clarificar el panorama de las personas que trabajan y de los dadores de ocupación.

Analiza cómo se define el concepto de dependencia en el Derecho Comparado, en especial en la legislación latinoamericana, poniendo énfasis en que son pocas las que así lo hacen.

Reitera su postura en orden a las dificultades que presenta una clara definición del concepto de dependencia y las vicisitudes que se plantean a partir de cualquier metodología que se adopte, a tal efecto.

Concluye que una definición de dependencia, modesta y clara, sin pretensiones estéticas ni románticas resultará seguramente menos atractiva, pero más útil en la práctica.

En esa postura se abona, a su criterio, la Recomendación N° 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Relación de Trabajo del 15 de junio de 2006 que analiza detalladamente. Sostiene respecto de la misma que es una herramienta habitualmente utilizada por los magistrados, en tanto recepta un método que configura un modo posible, para aclarar eficazmente la incertidumbre de los casos grises o fronterizos y con tales fundamentos propone la adecuación del artículo 21 de la LCT a dicha Recomendación.

Señala que las polémicas en torno al concepto de dependencia son de variada índole, en tanto no sólo se cuestiona la insuficiencia del concepto para abarcar distintas modalidades, sino también el contenido, que no ha sido claramente definido.

Entiende que esta arista última ha sido reemplazada por una concepción objetiva fundada en las notas de participación empresaria ajena y en la falta de disponibilidad del producto o del servicio prestado por el trabajador.

Considera que la principal objeción formulada contra el concepto de dependencia es su impugnación como criterio identificativo del Derecho del Trabajo.

Entre los criterios doctrinales para delimitar en definitiva su ámbito de aplicación menciona la parasubordinación y cita la experiencia española que tutela a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a través del Estatuto del Trabajador Autónomo, ley 20/2007.

En síntesis, tales circunstancias no modifican los desafíos teóricos

que se entienden subsistentes: la construcción de un concepto más preciso de la dependencia, la crisis como disparador de nuevas reflexiones, la búsqueda de una técnica normativa adecuada. Antes que el planteo apresurado de soluciones, la adecuada formulación de los problemas parece resultar para la autora el mejor desafío que tal crisis actual nos ofrece para el progreso de nuestra disciplina.

En la perspectiva de *David Duarte*, el problema de la dependencia vuelve una y otra vez a plantear el debate que a su criterio ha girado en torno a cuestiones semánticas antes que conceptuales. A partir de un muy profundo análisis histórico de la regulación normativa y del desarrollo doctrinario del concepto de contrato de trabajo, repasa las cuestiones de la puesta a disposición de otro, del carácter libre del vínculo al momento de la contratación y regulado con posterioridad, y de la distinción entre relación laboral y locación de obra o de servicios.

Afirma que hablar de dependencia conduce a planteos complejos en tanto se ha sostenido que configura un concepto impreciso y que en definitiva no sirve para encuadrar un vínculo laboral o que tal concepto se encuentra en crisis, pese a que el autor considera a la dependencia la llave de entrada a la protección legal, a fin de dilucidar cuándo un contrato deberá enmarcarse en las leyes del Derecho del Trabajo.

Analiza detenidamente la evolución que tuvieron conceptos tales como contrato de trabajo y relación de trabajo, desde la óptica de la necesidad de la presencia en ambos, de la dependencia.

Sostiene asimismo que la necesidad de definir el contrato de trabajo pasa también por distinguirlo de otras figuras como el mandato o la sociedad.

Efectúa una descripción de la evolución histórica del concepto de contrato de trabajo.

En el ámbito de aplicación normativa sostiene que la primera preocupación de la legislación laboral se plantea respecto de dilucidar a qué tipo de vínculo deben proyectarse leyes, como la ley de accidentes de trabajo.

Es así que parte de un profundo estudio de las distintas posturas doctrinarias respecto del concepto de contrato de trabajo y señala que

la cultura germánica trajo como aporte el concepto de relación de trabajo.

Afirma que los autores tradicionales confieren al concepto de dependencia una importancia relevante para la aplicación de la legislación laboral y analiza las diferentes formas en que se puede presentar la dependencia en las relaciones laborales: la dependencia técnica, jurídica y económica.

Sostiene que este concepto permite encuadrar los planteos judiciales en el marco del Derecho del Trabajo y destaca la conflictividad que se advierte en los casos que se califican como dudosos, y en aquellos supuestos en que se encuentran figuras no laborales, que no se advierten claramente configuradas.

A fin de otorgar un claro espectro del encuadramiento en las normas de Derecho del Trabajo, efectúa un cuidadoso análisis de la proyección que cabe otorgar a la presunción regulada por el artículo 23 de la LCT y formula un detenido análisis de los distintos supuestos que plantean constantes litigios en el marco judicial, para lo cual analiza los diferentes trabajos que se realizan en el hogar por aquellos que prestan servicios en casas de familia, aun cuando cumplan actividades complementarias, en una casa quinta o de aquel que efectúa labores de jardinería, así como los que trabajan a domicilio por cuenta ajena.

La cuestión de la prueba no queda fuera del estudio del autor, que concluye destacando la necesidad de recordar en todo momento que “estamos frente a una particular situación que es la del trabajo humano, realizado a favor de otro que se aprovecha obteniendo un beneficio económico, es decir, una de las cuestiones más sensibles en la que está en juego la dignidad de las personas”, y ponderando el papel fundamental del ejercicio del Derecho colectivo como clave para la democratización de las relaciones laborales.

La invitación a los autores contenía un conjunto de preguntas, propuestas como disparadores para la reflexión, que fueron elegidas por *Carlos Alberto Etala* para articular su propio trabajo. Con tal método, el autor repasa la óptica constitucional de tutela privilegiada de los llamados derechos sociales, admite la dificultad de precisar un término a partir de la vaguedad o ambigüedad que vicia el lenguaje

ordinario y señala la relevancia de la función judicial en delimitar –especialmente en las llamadas zonas grises– la aplicación del propio concepto de dependencia.

Los efectos de aquellas decisiones en otros problemas del Derecho del Trabajo, como el concepto de empleo no registrado o las consecuencias indemnizatorias, son también analizados. A partir de un agudo planteo desde la Filosofía del Derecho y de distintas normas del sistema, el autor destaca la relevancia de las decisiones judiciales como instrumentos que contribuyen a consolidar la justicia y la seguridad jurídica.

Considera que si bien las nociones de contrato de trabajo, relación de trabajo o relación de dependencia configuran conceptos universales, las mismas deben ser definidas en relación con un determinado ordenamiento jurídico, y en este sentido las define vinculadas con nuestro Derecho nacional.

En tal contexto parte del estudio de las disposiciones constitucionales y concluye que el legislador se encuentra dotado de la discreción necesaria para establecer el grado de protección que cabe otorgar a las diversas formas de trabajo. Es así que distingue entre trabajo autónomo y dependiente, trabajo salubre e insalubre, diurno o nocturno, etcétera, y así dicta estatutos y la ley general que regula el contrato de trabajo.

No obstante, considera que el legislador centra su interés en la necesidad de equilibrar el poder de negociación del trabajador dependiente, y es a regular este colectivo a lo que se aboca.

Considera que pese a la vaguedad o ambigüedad que vicia al lenguaje ordinario, la ley define el contrato de trabajo y la relación de trabajo remitiendo al concepto de dependencia.

Afirma que la dependencia es un hecho que impera en todo el campo de las relaciones personales y sociales que se advierten en el ámbito económico y social, por lo que a fin de reducir la vaguedad de su significado se propone analizar los aspectos que configuran la dependencia jurídica, económica y técnica.

Se ocupa de planteos referidos a la actividad judicial poniendo énfasis en la necesidad de vincular el análisis y complementarlo con el caso del empleo no registrado.

Sostiene que la cuestión primigenia de la relación de dependencia se encuentra íntimamente vinculada con la del empleo no registrado y distingue entre la noción de trabajador, comprensiva de los grupos o categorías de individuos que se diferencian por la posición orgánica y objetiva que ocupan en la organización social de la producción y los empresarios, que configuran la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, benéficos, etcétera.

Señala que debe reconocerse la estructura social y conferir reconocimiento a la primacía de la realidad.

Describe que la teoría de la relación de trabajo constituye reacciones antiliberales y anticontractualistas, dirigidas a exhibir al contrato de trabajo como una ficción jurídica.

Afirma que hablar de dependencia conduce a planteos complejos en tanto se ha sostenido que configura un concepto impreciso y que en definitiva no sirve para encuadrar un vínculo laboral o que tal concepto se encuentra en crisis, pese a que el autor considera a la dependencia la llave de entrada a la protección legal a fin de dilucidar cuándo un contrato deberá enmarcarse en las leyes del Derecho del Trabajo.

Analiza detenidamente la evolución que tuvieron conceptos tales como contrato de trabajo y relación de trabajo, desde la óptica de la necesidad de la presencia en ambos, de la dependencia.

Sostiene asimismo la necesidad de identificar los problemas que plantean obstáculos a una plena y efectiva realización de los valores de justicia, paz y seguridad jurídica.

Señala que es a los hombres de Derecho a quienes compete la mejora de la calidad de las instituciones y de las relaciones de convivencia social.

Afirma que el Derecho, en tanto fenómeno social, se encuentra en permanente evolución, en la que tienen especial incidencia la labor del legislador y del Poder Judicial, y en tal contexto, previendo la evolución futura de la noción de contrato de trabajo, sostiene que se visualizan progresos correlativos en la mejora de la calidad de las instituciones y de las relaciones de convivencia social. Señala que conforme Hart, cuando no existe una norma exactamente aplicable,

el juez debe decidir discrecionalmente, lo que se contrapone con la postura de Dworkin que afirma que debe aplicarse la tesis de la única respuesta correcta. Con posterioridad a un detenido análisis del tema expuesto concluye que rechazada por ilusoria la pretensión de obtener una única respuesta correcta, queda en pie la intención de corrección como ideal regulativo que es preciso concretar atendiendo a la fundabilidad de la solución expuesta ponderando a la equidad en la interpretación normativa. Formula un detenido análisis de la aplicación de las normas que detalla en su trabajo y la actitud adoptada por los jueces al respecto, en especial la conducta de los mismos respecto de la aplicación del artículo 16 de la ley 24.013, que vincula con los conceptos de sanción pecuniaria disuasiva y punición excesiva, propuestos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, todo lo cual podría conducir, a su criterio, a moderar los efectos negativos que una aplicación rígida puede acarrear, en especial frente a situaciones que se califican de zonas grises del Derecho del Trabajo.

Por último plantea un tema que desde su perspectiva debería ser materia de definición y es el relativo a la cuestión sobre la absorción total de la figura de la locación de servicios por parte del contrato de trabajo, y señala las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales adoptadas al respecto.

Sobre el tema sostiene que el contrato de trabajo ha absorbido en gran medida el contenido de la locación de servicios, restando meramente un contenido residual, supuestos entre los que analiza la locación de servicios profesionales y el cuidado de enfermos en el hogar.

Beatriz Ferdman plantea en su análisis del tema la necesidad de destacar la utilidad del concepto de dependencia para definir el carácter laboral de un vínculo.

Considera que ciertas normas de la Ley de Contrato de Trabajo permiten hallar algunos de los caracteres del concepto de dependencia e interpreta que dicha noción y la de otros fenómenos tales como la subcontratación y la contratación de servicios eventuales incluyen el poder de dirección del empleador y la correlativa obediencia del trabajador, lo cual se identifica a su criterio con la dependencia jurídica, incluyendo también el poder sancionatorio.

Pone de resalto asimismo la existencia de las otras dos facetas de la dependencia, la técnica y la económica, y se aboca al estudio de estos tres conceptos, a fin de concluir acerca de la existencia de una relación laboral.

La conclusión a la que arriba es que, aun cuando resulte irrelevante a su criterio la dependencia técnica o que la dependencia jurídica se manifieste a través de nuevas formas de dirección y control, la realidad es que cabe conferir preeminencia a la subordinación económica, que parte de la necesidad de una protección fundada en una desigualdad negocial.

Considera que la dependencia económica en el sentido de ajenidad en los riesgos y los frutos se complementa con la continuidad en la puesta a disposición en la prestación de servicios, en tareas que dependen del poder de dirección. Y concluye que es necesaria una actualización de la LCT que acompañe la evolución socioeconómica y tecnológica y que recepte los conceptos consagrados por las decisiones jurisprudenciales.

Parte de la postura de la escasa importancia de la subordinación técnica en tanto los trabajadores cuentan con diversas calificaciones y categorías profesionales y desarrollan tareas con profundos conocimientos específicos, de tal manera que el rol técnico del empleador se ha limitado al poder de gestión y de organización. Tales elementos llevan a la autora a concluir que la ausencia de dependencia técnica no obsta a la existencia de una relación laboral.

Analiza las características de la dependencia jurídica y parte para ello del concepto de actividad desempeñada dentro del ámbito de la organización y dirección del empleador. Describe la evolución que ha sufrido el concepto, poniendo énfasis en la evolución del objeto del contrato de trabajo, en el poder de dirección que ejerce el empleador, la descentralización productiva y otros fenómenos tales como la subcontratación, la contratación de servicios eventuales, etcétera.

Considera que frente a la pérdida de proyección de la dependencia jurídica debe destacarse la importancia ascendente de la dependencia económica, que no se limita a la existencia de una retribución por los servicios prestados, sino que se refiere esencialmente a la ajenidad del trabajador con respecto a los riesgos del negocio y a los frutos.

Afirma que las notas tipificantes del contrato de trabajo tal como han sido descritas vienen impuestas por el modo de producción de una sociedad capitalista, lo que a su criterio ante el advenimiento de nuevos paradigmas de producción presenta la necesidad de revisión del concepto jurídico para formular una adecuada regulación.

Destaca que la jurisprudencia argentina ha incorporado la llamada técnica del haz de indicios de la que nos habla Alain Supiot, habiéndose creado la noción de humo de laboralidad, y sostiene al respecto que algunos autores como Adrián Goldin señalan que la técnica indiciaria es buena si se la usa de modo sólo marginal. Señala que en sentido concordante se ha expedido la jurisprudencia española, al sostener que los indicios sirven como criterios orientativos y no cabe reconocerles carácter determinante y excluyente de la existencia de una relación laboral.

Afirma que existen dos desafíos que deben dilucidarse: el trabajo a domicilio y el teletrabajo, planteando sus características y especificidades que la llevan a considerar su posible encuadramiento contractual.

El análisis histórico del trabajo humano, desde la época esclavista hasta la actual, resulta el punto de partida para las consideraciones de *Julio César Simon* sobre la función que ha cumplido el contrato de trabajo, con la puesta a disposición del cuerpo del trabajador, la presunción de ámbitos de negociación y la presencia de relaciones de poder jurídicamente justificadas.

La relación de dependencia se explica seguidamente desde el contrato, pero también desde la necesidad de trabajar y de la consiguiente restricción de la libertad personal, desde la protección constitucional y desde el amplio marco de los derechos humanos. Analiza el autor la tradicional visión contractualista de la sociedad para extenderse luego sobre el concepto de servicio público y la concepción de la empresa como una institución social, aunque jerárquica. Un agudo y original análisis histórico, político y social lo llevan a concluir en la necesidad de quitar el velo de la ficción al momento de analizar la estructura del contrato de trabajo y hacer énfasis “en la regla natural que emana de cualquier comunidad orgánica de producción, una regla donde conviven la jerarquía, la solidaridad y la protección mutua”.

Con posterioridad a este detenido análisis de los procesos históricos que se sucedieron en el marco del Derecho del Trabajo, analiza el que señala como cuarto proceso histórico, que es el movimiento ideológico y de propuesta legislativa que se conoce con el nombre de reforma social, siguiendo a Valverde.

No obstante considera que la figura contractual se continuó utilizando en las relaciones de producción, donde se evidencia una división entre el ámbito civil y el laboral.

En tal contexto afirma que se observa la adopción de la noción de relación de dependencia.

Es así que arribado el siglo XXI estamos ante –lo que en su concepción es aparente– la supervivencia del contrato de trabajo, lo que reitera es aparente porque a su entender la fórmula del contrato laboral es una simple ficción jurídica, carente de contenido.

Así lo interpreta por considerar que lo que oculta el contrato de trabajo es en definitiva la entrega que hace el trabajador de su cuerpo, en su puesta a disposición de otro.

Concluye que el mundo económico exige la presencia de gran cantidad de trabajadores, competentes y calificados, que carezcan de armas políticas para ejercer presión sobre el mercado laboral.

El Derecho, con el contrato de trabajo, viene a regular esta realidad disvaliosa que se caracteriza, a su criterio, por ser la expresión jurídica de la explotación de la fuerza de trabajo y de la represión de la acción obrera, siguiendo a Lyon Caen citado por De Ferrari.

Destaca que lo que ha emergido del contrato de trabajo no es una típica relación de dependencia, sino una relación jurídica de poder frente a la posibilidad que tiene un sujeto de dirigir la actividad de otro.

Siguiendo a Foucault, manifiesta que puede concluirse que existe una realidad subyacente en el trabajo humano que supera la tradicional captación de ganancia para visualizar al trabajador ligado de una manera sintética al aparato de producción para el que trabaja, y destaca como contracara la necesidad de una relación de subpoder, para que exista subganancia, capaz de fijar a los hombres al aparato de producción, pese a los esfuerzos realizados por los movimientos históricos

que no pudieron eclipsar la lógica puramente contractual proyectada a la actividad humana.

Analiza detenidamente la Ley de Contrato de Trabajo y su concepción reivindicativa de la matriz contractual, poniendo énfasis en que se consagra la vinculación emergente entre la disposición y la dirección, como sustrato de la norma, aun cuando advierte la presencia de un sustento humanista, cuando se privilegia la actividad productiva y creadora del hombre como tal, con clara preeminencia sobre el núcleo prestacional y sobre los aspectos económicos que puedan teñir al vínculo.

Señala que la doctrina nacional no dejó de advertir que la relación de dependencia no puede explicarse solamente desde el contrato.

Afirma que la libertad de contrato, en muchas esferas de la vida, no sólo en las laborales, puede que implique la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. Por ende, la facultad de restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesaria para proteger su libertad, para protegerla frente a la opresión.

Sostiene que la concepción liberal del Derecho Laboral consideró al trabajo como una cosa realizable dentro del comercio, no advirtiéndose que la absorción de una parte por la otra incluye la captación de lo convenido, desvirtuándose nuevamente la teoría contractual.

Y pone de resalto que también para el marxismo el trabajo es una mercancía.

Por el contrario, el autor se inscribe en la línea de los pensadores que consideran al trabajo como un energía esencial en la que quien presta el servicio se brinda a sí mismo. Es el hombre en situación de actuar, quien pone en juego su dignidad. Concluye que el trabajo no constituye una mercancía, pues resulta contrario a la dignidad humana reducir a la persona a un factor de producción, tal como consagrara la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los derechos sociales que se reconocen al trabajador se inscriben en el marco de los derechos humanos, y por ende constituyen un límite tanto para el Estado como para los particulares, por lo que se los reputa como supraestatales.

Considera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha producido en nuestro sistema jurídico efectos concretos de pro-

tección y promoción de las condiciones de vida hacia el trabajador-persona y su familia.

En síntesis, considera que la relación de dependencia debe abandonar su clásico esquema contractual para dar paso a una relación de ordenación, mantenida en la institución-empresa importando una afirmación de garantías y deberes, de naturaleza orgánica, de tal manera que la relación entre jerarquía y solidaridad ya no presente rasgos de contradicción.

Parte de la idea de situar a la empresa como una institución personalizada, jerárquica en su funcionamiento pero profundamente social en su rol, en la que si bien lo orgánico es lo organizativo cruzado por la solidaridad, le confiere el carácter de sistema/organización vital formado por hombres y formante de hombres.

Profundiza en el análisis de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo poniendo énfasis en que hay que entender sus términos cuando se refiere al criterio de colaboración y solidaridad como una derivación jurídica de la conciencia social de obligatoriedad que tiene su origen en el sustrato solidario del cuerpo social.

Entiende que la normativa analizada excede el concepto de contrato y destaca la expectativa mayor del legislador a fin de que se desarrolle el vínculo, atendiendo a los valores superiores de la dignidad humana.

A su criterio esta concepción permite comprender dos fenómenos: el primero, el del sindicalismo, y el segundo, el de la descentralización productiva.

Cuestiona por último el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, en tanto a su criterio adopta la visión contractual de la relación laboral, constituyendo en su articulado el dato de la dependencia, el concepto utilizado para distinguir la naturaleza de la vinculación.

Destaca la necesidad de alzar las banderas de la dignidad humana y de la solidaridad, aun en momentos en que todo parece resumirse en lo material y la sociedad consagra el principio del egoísmo individual.

Gabriel Tosto parte de la premisa de que el concepto de dependencia en la actualidad se encuentra en crisis, lo que impide identificar al sujeto que integra el contrato de trabajo, en calidad de trabajador.

Considera que esta crisis conceptual tiene estrecha vinculación con las leyes que deben garantizar la protección del trabajador, pues sostiene

que según se elijan las propiedades que caracterizan al sujeto de protección, se facilitará la identificación del concepto de dependencia.

En este contexto considera que se pueden clarificar los casos que denomina “claros o típicos” y diferenciarlos de aquellos que serían “casos de duda o atípicos” para lo cual considera relevante lo que Hart denomina la conciencia jurídica material y la conciencia jurídica formal, que conducen en su interacción a un punto de equilibrio.

Visualiza al concepto de dependencia como elemento fundamental del Derecho del Trabajo, de la seguridad social y del Derecho colectivo, y considera que lo califican ciertas propiedades relevantes que se diferencian de otras que pueden llevar a considerar al individuo en su condición de comerciante, profesional autónomo, socio cooperativo, locador de servicios, etcétera, para arribar a la conceptualización de trabajador autónomo económicamente dependiente.

Señala detalladamente el sistema normativo jurídico-laboral receptado por la Ley de Contrato de Trabajo y analiza las características generales para identificar conforme a tales prescripciones el concepto de dependencia.

Sostiene que la doctrina y la jurisprudencia utilizan estas reglas definitorias para extraer conclusiones y proyectarlas a los casos prácticos, metodología que cuestiona en tanto a su criterio no distingue entre definiciones y normas, pese a que las definiciones pueden describir estados de hecho, contener juicios de valor, adoptar propósitos políticos, éticos o jurídicos.

En consecuencia resultan ser los órganos judiciales a quienes se les sustrae la capacidad de construcción del correcto significado que lleva a calificar a un ser humano como dependiente.

Desde su perspectiva de análisis las definiciones sirven para dar precisión al ámbito de aplicación de una norma, es decir, meramente para la identificación de la norma, aunque admite que si se pueden obtener normas precisas (por oposición a vagas o ambiguas) pueden reducirse las dudas y los desacuerdos, pues evitan en definitiva las disputas jurídicas.

Plantea circunstanciadamente la problemática que puede caracterizar a la norma precisa, y los conflictos a partir de las diferencias que señala entre la norma precisa y los estándares de normas vagas

o ambiguas y las cuestiones que se dan en el marco de normas precisas con efectos vagos.

Sostiene que la decisión a adoptar entre circunstancias de hecho y consecuencias puede alcanzarse partiendo de la norma con técnicas interpretativas y poder de equidad.

Así concluye que pueden existir identificaciones disímiles respecto del concepto de trabajador dependiente de parte del juez o jurista en su condición de intérprete de la norma.

En síntesis, a su criterio depende de las propiedades relevantes que se reconstruyen para formar el concepto de dependencia, que se efectúa a partir de los criterios generales que se elijan, según el sistema de pensamiento.

También se presentan innumerables casos de duda que denomina “situaciones de configuración controvertida” y arriba a la conclusión de que para reconocer en el sistema normativo jurídico el concepto de dependencia, debe aceptarse la presencia de casos claros o típicos, así como también de los casos de dudas.

Por último, entiende que la crisis del concepto de dependencia se vincula con cuestiones valorativas antes que conceptuales. Repasa las nociones de trabajador, empleador y dependencia y analiza profundamente el sistema jurídico vigente, de modo de reconstruir el concepto de dependencia con tal sustento normativo. Aunque no pasa por alto una cuestión central, que analiza sólidamente: las propiedades relevantes del concepto de dependencia que pueden identificarse a partir del lenguaje del legislador dejan un margen al intérprete, que de acuerdo a cómo las elija y qué alcance esté dispuesto a brindarles, de ello dependerá la inclusión o la exclusión de un sujeto en el marco de la protección del trabajo dependiente.

Cada una de las reflexiones reseñadas, con su óptica personal sobre la definición del problema y con su esbozo de propuesta de resolución, contribuye de un modo inteligente a delinear un debate todavía pendiente en el que el propio lector, motivado seguramente con esta obra, tendrá conclusiones que agregar.

GRACIELA A. GONZÁLEZ

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NOCIÓN DE DEPENDENCIA

por GISELLE BLANCHARD

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La dependencia como categoría. 3. Realidad, la única verdad. 4. La crisis como disparador. 5. ¿Es posible definir a la dependencia?
a) Derecho Comparado. b) La dependencia es... c) En la búsqueda de una técnica normativa adecuada. 6. Interrogantes hacia el futuro. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Numerosos autores se han ocupado a lo largo de la historia del papel central que juega la noción de dependencia en el Derecho del Trabajo.

Sin embargo, no debemos perder de vista aquella certera afirmación formulada por Goldin¹ en cuanto a que todas las elaboraciones jurídicas en torno a ella se formularon con posterioridad a su configuración fáctica: en primer lugar se sucedieron los hechos y luego el Derecho diseñó diversas categorías en las cuales pretendió incluirlos o subsumirlos.

Indudablemente, dentro de estas categorías o instituciones podemos encontrar a la dependencia.

Ahora bien, nadie podría argumentar fundadamente que la realidad laboral reinante a mediados del siglo pasado, propia de un modelo industrial taylorista-fordista, en un contexto de pleno empleo garanti-

¹ GOLDIN, Adrián, *El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas*, en *Relaciones Laborales*, 1996-I-341.

zado por un Estado benefactor, se condice con la de nuestros días: una organización del trabajo marcada por la descentralización productiva, en la cual la empresa ya no es sólo productora de bienes sino proveedora de servicios en distintos lugares del mundo, a partir del trabajo en red –*networking*–, el *outsourcing*, los grupos de empresas o *holdings*, el *franchising*, el *joint venture*, etcétera, en un marco en el que numerosos Estados aplican políticas de ajuste acordes a un pensamiento neoliberal².

Tal sucesión de acontecimientos ha originado un importantísimo número de estudios y trabajos dedicados a la “crisis” por la que estaría atravesando el Derecho del Trabajo.

Va de suyo, entonces, que las elaboraciones jurídicas formuladas sobre aquella realidad deberían, al menos, ser revisadas, sobre todo en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el cual la inclusión de cada caso dentro o fuera del alcance de la noción de dependencia implica, respectivamente, una protección absoluta o el más desalmado de los abandonos.

Por tal razón, autorizada doctrina ha explicado que en nuestra disciplina la dependencia opera como una llave, acordando su tutela de modo íntegro o negándola por completo, sin estadios intermedios³.

A poco de adentrarnos en las cuestiones vinculadas con la inadecuación entre lo que acontece en nuestros días y aquellas elaboraciones teóricas, podremos advertir otro conflicto subyacente, cuya etiología no obedece a los cambios sociales, económicos, culturales por todos conocidos, sino al concepto mismo de dependencia laboral.

Dicha dificultad es innegable, ya que si bien pueden advertirse coincidencias parciales entre las distintas posiciones (las que por cierto otorgan cierta sensación de entendimiento mutuo a quienes las utilizan), éstas parecieran no ser muy firmes, al punto tal de que ha resultado imposible plasmar clara y concretamente su definición legal, tal como ha sucedido, por el contrario, con las nociones de empresa y empresario (art. 5º, LCT), establecimiento (art. 6º, LCT), trabajador (art. 25, LCT),

² BRONSTEIN, Arturo, *Retos actuales del Derecho del Trabajo*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Nº 2, enero-junio de 2006, ps. 3-54.

³ PERUGINI, Alejandro H., *Relación de dependencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 375.

empleador (art. 26, LCT) e, incluso, trabajo (art. 4º, LCT) y contrato de trabajo (art. 21, LCT), entre otras.

Si bien dicha problemática no es exclusiva de la noción en análisis (podemos mencionar otros casos polémicos, como el de la huelga), reviste una relevancia crucial, puesto que –como se ha visto– no es ni más ni menos que el presupuesto básico requerido, sin excepciones, para la activación de la tutela del Derecho del Trabajo, tanto a nivel individual como colectivo.

Dicho vacío legal dificulta en sumo grado la tarea del operador jurídico (particularmente del magistrado), quien en incontables oportunidades termina de decidir la suerte del caso en base a su intuición u “ojo clínico”, de acuerdo a ciertos elementos empíricos acerca de los cuales tampoco se verifica una conformidad absoluta en la jurisprudencia.

Sin embargo, cuenta para su ardua tarea con una fiel aliada, que no es otra que la presunción a la que alude el artículo 23 de la LCT y sobre la que versa gran parte de la presente colaboración, cuyo objetivo no es otro más que aportar otro punto de vista acerca de un tema largamente discutido como el que nos convoca.

2. La dependencia como categoría⁴

Antes de continuar, debemos aclarar que en la doctrina se advierten ciertos matices acerca de la existencia de la dificultad apuntada.

Así, numerosos autores han cuestionado la innegable imprecisión técnica del concepto de dependencia, lo que se traduce, fundamentalmente, en su ineptitud como categoría para otorgar adecuada cobertura a las distintas manifestaciones del trabajo, siempre cambiantes de acuerdo a las condiciones socioeconómicas⁵.

Por el contrario, también se ha afirmado que la ausencia de una

⁴ Para un mayor desarrollo sobre el tema, ver CANDAL, Pablo, *De títulos y presunciones. ¿Es plausible que una presunción legal sea soslayada por oponerse a otra presunción no legal de carácter general? ¿Admite excepciones la presunción establecida por el artículo 23 de la LCT?*, en D. T. 2001-B-2243.

⁵ ACKERMAN, Mario E., *Tratado de Derecho del Trabajo*, con la colaboración de Jorgelina Fulvia Alimenti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, p. 145.

definición legal es suplida por otras normas que contribuyen a perfilar el concepto en estudio⁶.

Tal posición es compartida por Rodríguez Mancini, quien ha señalado con acierto que la noción de dependencia utilizada por la ley debe ser elaborada a través de las pautas contenidas en varios de sus artículos, que si bien explican en qué consiste, no la definen⁷.

Desde ya, ante la ausencia de una definición concreta del concepto de dependencia por parte del Derecho positivo, al operador jurídico no le queda otra alternativa más que integrarlo o componerlo a partir de otras nociones que sí han encontrado su definición en la ley.

No obstante, dicha tarea interpretativa no sólo implica un dispendio innecesario de tiempo y otros recursos, sino que tampoco brinda la precisión que, en mayor o menor medida, ofrecería una definición que, en aras de la claridad, debería ser lo más autosuficiente posible.

Ahora bien, antes de preguntarnos cómo llevar a cabo dicha empresa, el cuestionamiento que deberíamos intentar responder es por qué razón la indeterminación o el vacío apuntado se ha originado e incluso mantenido hasta nuestros días.

Consideramos que ello no se trata de una casualidad, ya que una definición no es otra cosa más que una operación intelectual que tiene por objetivo indicar los límites de un ente (cualquiera que sea la ontología que se le atribuya) con respecto a los demás⁸.

De allí que la definición de un ente real y concreto (por ejemplo, cualquier objeto) resulte, desde ya, mucho más sencilla de consensuar que la de una construcción ideal como el concepto de dependencia: cuanto mayor sea el nivel de abstracción de lo que debe ser definido, más difícil será delimitarlo de los demás entes abstractos o de existencia ideal.

Se trata de una dificultad común a todos los conceptos, por la sencilla razón de que la verdad o falsedad de su contenido no pueden

⁶ Ob. cit. en nota anterior.

⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, ps.13 y ss.

⁸ FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Hispano Americana, Barcelona, 1976, ps. 104 y ss.

comprobarse (la correspondencia entre el concepto y su definición sólo puede establecerse a nivel intelectual).

Nadie ha percibido a través de sus sentidos una auténtica relación de dependencia: por el contrario, ha advertido ciertos elementos empíricos concretos asociados a dicha construcción conceptual, tales como la prestación de un servicio con cierta periodicidad, el abono de una remuneración calculada (preferentemente) en base al tiempo trabajado, el sometimiento a las directivas del dador de trabajo respecto del modo de ejecutarlo, la facultad de éste de sancionar los incumplimientos, la imposibilidad del trabajador de ser suplantado en el cumplimiento de las tareas, la provisión de los elementos de trabajo, el control del horario, la asistencia y la productividad, la asignación de un espacio físico (oficina) o virtual (*e-mail*) para el cumplimiento de la labor, la obligación del trabajador de vestir de determinado modo, el otorgamiento de períodos de descanso remunerados, el ingreso de aportes o el aseguramiento a través de una póliza que cubra los riesgos de la persona que trabaja o de los vehículos que lo transportan, la forma de determinar el trabajo, la asunción de ganancias y/o riesgos, la exclusividad, etcétera.

Sabido es que, en la práctica, el operador jurídico recurre a algunos de estos elementos de juicio (integrantes del denominado “haz de indicios”) a fin de inclinarse por la existencia de un contrato de trabajo.

En palabras de Perugini: “...la dependencia deja de ser un hecho que se prueba a partir de determinadas circunstancias, para convertirse en un concepto que se constituye a partir de la existencia de determinados hechos que se toman como relevantes para su definición...”⁹

El procedimiento descripto no es más que la selección discrecional (¿o arbitraria?) de algunas circunstancias empíricas por sobre otras, para luego determinar que se está (o no) ante una relación de dependencia.

Repárese que, asiduamente, quien se encuentra ante un auditorio de estudiantes recién iniciados o de personas no familiarizadas con la terminología jurídica, elude proporcionar una definición concreta de dependencia, con el argumento de que se trata de una figura que sólo

⁹ PERUGINI, ob. cit., p. 129.

puede constatarse en cada supuesto concreto, de acuerdo a determinadas pautas de hecho y prueba.

Tal carga de honestidad no es frecuente en aquellos debates o trabajos dirigidos a un público especializado, ámbito en el que se da por sentado que todos los interlocutores conocen acabadamente de qué se está hablando cuando se habla de dependencia.

Ahora bien, ¿es un consenso sólido, fundado, o, por el contrario, sólo se trata de una pretensión de entendimiento a la cual cada uno de los presentes arriba a fin de posibilitar la continuidad del debate sobre otros temas considerados, curiosamente, como de mayor complejidad?

Algunos autores se han inclinado por sostener que su definición no es otra que la de contrato de trabajo, conclusión que debido a su circularidad no aporta grandes ventajas, puesto que –precisamente– la nota característica de aquél (de acuerdo a la redacción del art. 21 de la LCT) es la dependencia.

En otras oportunidades, suele identificarse a la dependencia con alguna de sus tres clásicas dimensiones: técnica, económica o jurídica-personal (subordinación), alternando entre las dos últimas como nota más relevante.

Ello suscitaría otro interrogante: si un aspecto del concepto es, en realidad, su contenido, ¿cuál sería la utilidad de continuar postulando la existencia independiente de aquel ente o categoría original?

Sin perjuicio de que se regresará sobre el tema en el apartado final de la presente contribución, el interrogante queda planteado.

3. Realidad, la única verdad

Como se ha indicado anteriormente, en la práctica diaria, todo aquel que debe argumentar en favor de la existencia de un contrato de trabajo, lo hace a través de la identificación de ciertos elementos empíricos tradicionalmente asociados al concepto de dependencia.

No obstante, cuenta para su tarea con la inestimable ayuda de la presunción del artículo 23 de la LCT (originariamente contemplada en el art. 25 de la ley 20.744), la cual dispone que el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de

trabajo: "...salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio".

En la actualidad, amplios sectores de la doctrina y de la jurisprudencia parecen haber superado aquella posición que entendía que los servicios requeridos para activar dicha presunción debían ser prestados de modo subordinado¹⁰.

Tal interpretación implicaba una virtual derogación de la norma en cuestión puesto que, en definitiva, y siempre desde la óptica apuntada, debía probarse la existencia misma del contrato de trabajo, imposición que se contraponía con lo normado por el artículo 50 de la ley, donde se establece que aquél se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales "...y lo previsto en el artículo 23 de esta ley..."

Sin intenciones de realizar una exhaustiva revisión de las motivaciones y/o fundamentos esgrimidos por dicha corriente doctrinaria y jurisprudencial, cabe destacar que el requisito exigido, a nuestro entender, de modo desautorizado por sobre el texto legal, era que debía acreditarse que los servicios habían sido prestados por el trabajador en calidad de dependiente.

En palabras de García Martínez, un auténtico callejón sin salida¹¹, toda vez que se remitía la suerte del caso a la posición que el decisor tuviese con respecto a cuáles son los elementos denotativos de la existencia de un contrato de trabajo, es decir, a aquellas ciertas pautas fácticas "más o menos" conocidas por todos ("haz de indicios") que no sólo no se encuentran sistematizadas en ningún cuerpo normativo sino que tampoco concitan un consenso absoluto.

Por tal razón, la conclusión del razonamiento del magistrado tampoco podía ser eficazmente cuestionada o rebatida por ninguna de las partes,

¹⁰ No podría hablarse de una conformidad absoluta sobre este punto puesto que aún existen algunos precedentes jurisprudenciales aislados que adscriben a la posición restringida (v. gr., CNAT, sala VIII, "Díaz, Silvina Fernanda c/Franchini, Adolfo s/Despido", del 6-7-2011).

¹¹ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *La relación de dependencia*, en D. T. 1996-B-2368.

puesto que si la decisión se basaba en una serie de elementos escogidos discrecional o arbitrariamente, la cuestión siempre iba a ser considerada como “de hecho y prueba”, propia del caso y privativa de la valoración asignada por el tribunal dentro de sus facultades (cfr. art. 386, CPCCN).

No obstante, dicha postura ha sido superada y lo cierto es que hoy en día la tesis restrictiva en relación con la presunción del artículo 23 de la LCT no cuenta con numerosos seguidores, al menos, dentro de la nueva integración de las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

En efecto, de un relevamiento efectuado sobre una muestra de ciento cincuenta casos decididos por dicho tribunal de alzada durante el año 2011¹², surge que la totalidad de las salas se inclinan por la postura “amplia”, es decir, aquella que para la operatividad de la presunción sólo exige la acreditación de la prestación de servicios, mientras que el pretendido empleador será quien deba probar que la labor obedeció a una de las causales de excepción contempladas en la última parte del primer párrafo del artículo 23 de la LCT o que fue prestada por alguien que puede ser calificado como empresario.

La relevancia de la cuestión analizada radica en las importantísimas dificultades probatorias que encontrarían ciertas figuras y modalidades contractuales en caso de que sus protagonistas tuviesen que acreditar la existencia misma del contrato de trabajo, sin la ayuda de la presunción.

Del relevamiento jurisprudencial anteriormente apuntado surge que de 150 causas en las que se discutió la existencia de la relación laboral, en 130 (87%) se recurrió, para su resolución, a la presunción del artículo 23 de la LCT. En 117 de ellas los magistrados consideraron que medió un vínculo dependiente entre las partes. Es decir, en el 90% de los casos en los que se aplicó la presunción del artículo 23 de la LCT se concluyó la existencia de un contrato de trabajo.

Por el contrario, de los 20 casos restantes en los que no se utilizó la presunción, sólo el 50% de ellos fueron reputados como vínculos dependientes.

¹² Protocolo de jurisprudencia publicado en el sitio de la Oficina de Informática del fuero, cuyo listado se encuentra disponible en la página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

En cuanto a las ocupaciones o profesiones en las cuales se desconoció con mayor frecuencia la existencia de un contrato de trabajo, no hubo sorpresas: los denominados “profesionales libres” encabezan la lista con 50 casos (el 33% de la muestra), seguidos por los vendedores-promotores y los choferes, repartidores y fleteros, con 12 supuestos cada uno (es decir, una incidencia sobre el 8% del total).

Dentro del grupo mayoritario, los más desprotegidos pareciesen ser los médicos, cuya dependencia fue negada en 25 casos (18 se corresponden con la especialidad clínica). Muy lejos se encuentran los abogados (cuatro casos) y los contadores (dos supuestos). Completan el elenco otros profesionales del área de la salud (un kinesiólogo, un bioquímico y un enfermero), cuatro casos vinculados al ambiente artístico (un bailarín, un dibujante, un vestuarista y un actor), tres profesores de gimnasia, un periodista y un profesor de idiomas (entre otros). Asimismo, hemos incluido dentro de este grupo a quienes son contratados en calidad de “asesores” (especializados en aspectos técnicos, administrativos, financieros, de auditoría y hasta *geriátricos*), los que totalizan cinco casos.

Inversamente, otras figuras que hace algunos años ocupaban el centro de la atención jurisprudencial (tales como los colaboradores gremiales o los cuidadores de enfermos) en la actualidad revisten una incidencia menor (un caso cada uno).

Por último, pueden destacarse dentro de esta pequeña muestra casuística seis trabajadores de limpieza, cinco pertenecientes a la industria de la construcción, tres técnicos informáticos, dos árbitros de fútbol y un solo trabajador a domicilio.

Es decir que si bien uno de los grandes problemas que debe afrontar el Derecho del Trabajo es el cambio de la realidad sobre la que erigió sus cimientos, lo cierto es que la principal zona gris o laguna que se advierte en la práctica cotidiana es la misma que se ha mantenido en la oscuridad a lo largo de los últimos treinta y cinco años.

Ello no significa desconocer que nuestra disciplina, dado su carácter eminentemente dinámico, vea modificada una y otra vez la realidad que debe aprehender con mucha mayor frecuencia que cualquier otra rama jurídica.

Sólo se trata de poner de relieve cuál es el área donde se presentan con mayor intensidad los conflictos en torno a la existencia de un vínculo dependiente, a fin de dirigir las eventuales reformulaciones que puedan practicarse sobre el tema.

Asimismo, el relevamiento resulta útil para reflexionar en cuanto a que no es necesario recurrir a una novel modalidad contractual o a una inédita forma de organización del trabajo para advertir la insuficiencia que, desde hace largo tiempo, acarrea nuestro régimen legal para dar adecuada cobertura a ciertos trabajadores en situaciones que necesitan protección¹³.

No obstante, si bien resulta ineludible la vinculación entre la presunción prevista en el artículo 23 de la LCT y aquellos casos en los que se discute la existencia (o no) de un contrato de trabajo, tampoco debe perderse de vista que el ordenamiento jurídico ofrece al operador otra herramienta de similar eficacia pero que ha sido, a nuestro entender, desvirtuada por una interpretación desautorizadamente aditiva.

En efecto, el artículo 57 de la LCT, ubicado en el Capítulo VI de dicho cuerpo legal (denominado *De la forma y prueba del contrato de trabajo*) establece: “Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles”.

Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado por sostener que dicha presunción resulta operativa sólo en aquellos casos en los que previamente se haya acreditado la existencia de un vínculo dependiente.

Desde esta óptica, en los supuestos en que el propio contrato se encuentra discutido, el silencio del pretendido empleador ante el emplazamiento formulado por el aparente trabajador relativo al reconocimiento de un vínculo dependiente, no acarrearía consecuencia alguna.

¹³ BRONSTEIN, *Retos actuales del Derecho del Trabajo* cit., ps. 3-54.

Así, se ha dicho que quien no reviste el carácter de empleador de quien reclama alguna cuestión concreta relativa a su prestación de tareas no se encuentra obligado a brindar una réplica¹⁴.

Análogas consideraciones suelen exponerse en numerosos precedentes jurisprudenciales¹⁵.

Otro argumento que podría sumarse en favor de esta interpretación es que el texto del artículo 50 de la LCT anteriormente reseñado no menciona a la presunción contenida en el artículo 57 de la LCT como medio de prueba de la existencia del contrato de trabajo, en tanto refiere que éste se acredita por los modos autorizados por las leyes procesales y por lo dispuesto por el artículo 23 de dicho cuerpo legal.

Sin embargo, en sentido contrario, podría sostenerse que se trata de una enumeración meramente enunciativa o, incluso, que la presunción referida al silencio del empleador, como tal, no es más que otro medio de prueba previsto por el ordenamiento adjetivo.

Notamos que dicha orientación, quizá menos tradicional pero indudablemente más apegada al texto legal, ha recibido recientes adhesiones doctrinarias.

Así, Fernández Madrid ha sostenido que la estricta interpretación del artículo 57 de la LCT supone que cuando se reclame un derecho de orden laboral, aun referido a la existencia misma del contrato, se impone que el destinatario se explique, sea a través de la negación de su existencia (si estima, por ejemplo, que el vínculo reviste índole comercial o civil), o del desconocimiento de la persona que reclama¹⁶.

Por el contrario, si no lo hiciese (siempre partiendo de la base de un intercambio telegráfico válido, susceptible de haber ingresado en la órbita de conocimiento del destinatario), debería presumirse la exis-

¹⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada* cit., t. II, ps. 627 y ss.

¹⁵ CNAT, sala VI, 27-8-2012, “Dawidson, Eric Leonardo c/Teb SRL y otros s/Despido”; sala X, 29-10-2010, “Álvarez, Daniel Narciso c/Mazzitelli, Mariana y otro s/Despido”; sala VIII, 15-7-2011, “Calla, Jorge Adrián c/Organización Auto Instar SRL y otros s/Despido”; sala V, 30-9-2010, “Veremey, Svitlana y otro c/Oshiro, Oscar s/Despido”, entre otros.

¹⁶ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, ps. 701 y ss.

tencia de un contrato de trabajo, a menos que el pretendido empleador demostrase lo contrario.

Repárese que, al fin y al cabo, no se trata más que de una presunción *iuris tantum*, cuyo efecto no es otro que el de la inversión de la carga probatoria.

Entonces, de acuerdo a las razones ya esgrimidas respecto de la tesis restringida de interpretación del artículo 23 de la LCT, entendemos que la última posición pareciese ser la más acertada, ya que la preexistencia del contrato de trabajo para la operatividad de la presunción es un requisito que ha sido agregado por el intérprete, en obvio perjuicio de quien intenta acreditar su carácter de trabajador subordinado.

El enfoque de ambas presunciones desde una óptica “amplia” (o estrictamente apegada a la letra de la ley, sin añadiduras) favorecería notablemente la tarea de quien intente argumentar en favor de la configuración de un vínculo dependiente; sobre todo, en algunos casos *grises* de última aparición, tales como el teletrabajo, modalidad que no guarda mayor vinculación con el “haz de indicios” anteriormente mencionado.

Hasta aquí, hemos intentado describir un breve panorama acerca del estado actual del concepto de dependencia y sus vicisitudes prácticas.

Las conclusiones, desde ya, no podrían ser alentadoras: a una históricamente deficitaria estructura conceptual, incapaz de guarecer a las nuevas (y no tanto) formas del trabajo, no sólo se le añaden normas legales incompletas y contradictorias, sino también interpretaciones jurisprudenciales que se apartan de éstas en un sentido peyorativo para los trabajadores.

Aun cuando nos situásemos en el mejor de los escenarios, la situación es crítica.

4. La crisis como disparador

La afirmación precedente no debe ser interpretada en el sentido de que nos encontramos ante el apocalíptico fin de nuestra disciplina, como suele afirmarse desde sectores que, en líneas generales, adscriben a un pensamiento económico neoliberal, puesto que, por lo menos

hasta el momento, incluso las reformas más radicalmente inspiradas en aquella ideología se han visto obligadas a mantener una legislación especial y diferenciada regulatoria de la materia, con normas de orden público.

Por el contrario, compartimos con Robert Castel en cuanto a que el problema central que enfrenta el Derecho del Trabajo en la actualidad es su extensión o, por el contrario, su refundación (es decir, una reforma de amplio espectro)¹⁷.

Este conflicto entre la experiencia empírica y el andamiaje intelectual que le da cobertura podría ser abordado, por supuesto, como una consecuencia de aquella clásica modelización marxista del “edificio” integrado por una estructura y una superestructura refleja.

No obstante, y sin que ello implique desmerecer, en lo más mínimo, el enfoque que podría proponerse desde dicho sector, como tampoco desconocer las relaciones sociales de poder que se articulan detrás de la noción de dependencia, lo cierto es que, como se adelantó, este aporte persigue un fin más discreto: repensar las formulaciones teóricas que la rigen y proponer alguna solución posible, tanto para facilitar la tarea diaria del operador jurídico como para clarificar el panorama de las personas que trabajan y de los dadores de ocupación.

5. ¿Es posible definir a la dependencia?

a) *Derecho Comparado*

Adelantamos que uno de los problemas que presenta el Derecho del Trabajo en nuestro país es que su clave de activación o “llave maestra”¹⁸ (la noción de dependencia) no es definida claramente por la ley.

Dicho vacío no ha concitado mayormente la atención de la doctrina, quien, con excepción de casos de ilustre nota, ha optado por minimizar sus consecuencias prácticas o por dirigir sus trabajos sobre el tema

¹⁷ CASTEL, Robert, *Droit du travail: redéploiement ou refondation?*, en *Revista Derecho Social*, N° 5, Paris, 1999, ps. 438 y ss.

¹⁸ GOLDIN, Adrián O., *Las fronteras de la dependencia*, en D. T. 2001-B-2036.

hacia otros sentidos, sobre la hipótesis (implícita, desde ya) de que se trata de un concepto de imposible o sumamente dificultosa precisión.

Ahora, ¿tal dificultad se presenta únicamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo? Y, en su caso, ¿cómo ha sido solucionada en otras regiones del mundo?

La respuesta al primer interrogante dista de ser positiva: de dieciséis legislaciones latinoamericanas, sólo tres poseen alguna clase de definición de dependencia, extremo que resulta sorprendente, puesto que todas recurren, asimismo, a dicho concepto como mecanismo de acceso al régimen tuitivo¹⁹.

Únicamente se inclinan por brindar una definición concreta de la noción de dependencia las legislaciones de Panamá, Perú y Honduras, aunque con algunas diferencias.

Así, el Código del Trabajo de Panamá se aparta de un concepto único y define tanto a la subordinación jurídica como a la dependencia económica del siguiente modo:

Artículo 64 – La subordinación jurídica consiste en la dirección ejercida o susceptible de ejercerse por el empleador o sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo.

Art. 65 – Existe dependencia económica en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos;
2. Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad;
3. Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica, y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que puede considerarse como empleador.

En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se clasifique como tal la relación existente.

¹⁹ ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, *Crítica de la subordinación*, en D. T. 2003-B-1168.

Por su parte, el Código de Trabajo de Honduras establece:

Art. 19 – Por dependencia continua se entiende la obligación que tiene el trabajador de acatar órdenes del patrono y de someterse a su dirección, ejercida personalmente o por medio de terceros, en todo lo que se refiera al trabajo.

En el artículo siguiente, explicita que para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber:

- a) La actividad personal del trabajador;
- b) la continuada subordinación o dependencia respecto del patrón, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y
- c) un salario como retribución.

Luego, señala que una vez reunidos los tres elementos enunciados, se entiende que existe un contrato de trabajo, que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral de Perú (D. Leg. N° 728) describe a la subordinación en los siguientes términos:

Art. 9° – Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Debe hacerse la salvedad de que en este último caso, como señalan lúcidamente Ermida Uriarte y Hernández Álvarez²⁰, ya no se trata de

²⁰ ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, ob. cit. en nota anterior.

una definición propiamente dicha, sino de una descripción integrada por elementos empíricos propios de aquel “haz de indicios”.

Tal pareciese ser la dirección adoptada por distintas legislaciones especializadas fuera de la región latinoamericana.

Así, advertimos que la Ley de Relaciones de Trabajo de la Provincia de Ontario, Canadá (*Labour Relations Act*), de 1995, considera como empleado subordinado al llamado “contratista dependiente”, que es definido como “...una persona, empleada o no en virtud de un contrato de trabajo, y aportando o no herramientas, vehículos, equipamientos, maquinaria, materiales u otros bienes de su propiedad, quien ejecuta trabajos o presta servicios para otra persona mediante compensación o retribución, en términos tales que se encuentra en una posición de dependencia económica y bajo obligación de ejecutar tareas para aquélla en condiciones más próximas a una relación de trabajo que a la de un contratista independiente...”

Se advierte que pese al hincapié efectuado sobre cuestiones fácticas, el retorno al concepto de dependencia (en este caso, en su vertiente económica) aparece como inevitable.

Un párrafo aparte merece la definición/descripción prevista en el artículo 6° de la *Employment Relations Act* neozelandesa dictada en el año 2000, norma que directamente prescinde de la noción de dependencia.

Allí se indica que la palabra “empleado” significa, para dicho régimen y a menos que el contexto lo desvirtúe, cualquier persona de cualquier edad empleada por un empleador para cumplir cualquier trabajo por cuenta ajena en virtud de un contrato de servicios, incluidas aquellas personas que trabajan desde su hogar y aquellas personas con intención de trabajar, a excepción de aquellos voluntarios que no esperan ni reciben ninguna recompensa por dicha labor.

Como nota de color, podemos destacar que dicha regulación manifiesta que se encuentran expresamente excluidas de su alcance todas aquellas personas empleadas en trabajos de producción de cine, televisión y videojuegos (incluidas las labores correspondientes a la pre y posproducción), tales como los productores, actores, actores de voz

en off, suplentes, dobles, ejecutantes de trucos, extras, cantantes, músicos, bailarines o artistas.

Sin embargo, en este por demás acotado panorama, tampoco podemos perder de vista a la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España, la cual completa la noción de dependencia propia del Derecho italiano²¹ y establece en su artículo 1º que dicho ordenamiento “...será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario...”

Seguidamente, menciona quiénes se encuentran fuera de su alcance, entre los que podemos destacar a las personas prestadoras del servicio de transporte realizado “...mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales [...] aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador...” y a quienes intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, “...siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma...”

Finalmente, en su artículo 13 contempla, bajo el rótulo *Trabajo a distancia*, a aquellos trabajadores que realicen “...la prestación de la actividad [...] de manera preponderante en (su) domicilio [...] o en el lugar libremente elegido (por aquél), de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa...”, a los que asigna idénticos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa.

b) *La dependencia es...*

Sentado ello, reiteramos la pregunta: ¿es posible elaborar una definición del concepto de dependencia capaz de aprender a la totalidad de la realidad laboral actual o, por el contrario, debemos contentarnos con una descripción fenomenológica, acompañada de cierto casuismo?

La primera, debido a su elevado nivel de abstracción, presenta ventajas y puntos débiles: se trataría de una categoría marco en la que

²¹ Ludovico Barassi definió a la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y al control del empleador ya en su obra *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiani*.

podrían subsumirse un gran número de relaciones y, sin duda, podría resistir los embates del tiempo y los cambios de las modalidades productivas y organizativas del trabajo con mayor facilidad; precisamente, porque se encuentra lo suficientemente “elevada” por sobre la realidad empírica que intenta aprehender como para ser alcanzada por ellos.

Un intento de este tipo de definición ha sido elaborado hace largo tiempo por Perugini, quien sostuvo, a modo de hipótesis, que existiría una relación de dependencia laboral “...simplemente cuando se compruebe que una persona que necesita utilizar su capacidad de trabajo para participar por medio de ella en el sistema general productor de bienes y servicios, realiza esa participación en forma habitual y continua a través de una empresa total o preponderadamente ajena que, a la vez, realiza su finalidad empresaria disponiendo del producto elaborado o del servicio mismo...”, lo que exime al operador de tener que discutir hechos equívocos como son la incorporación efectiva del trabajador a la empresa o si recibe o no directivas en cuanto a la realización de su trabajo²².

La desventaja es que la gran distancia entre dicho concepto (al cual se arriba luego de sobrepasar sucesivas “capas” o niveles teóricos) y la realidad, acarrea las mismas deficiencias que intentamos combatir, puesto que, necesariamente, su contenido debe ser indefinido y poco claro (al modo del “tipo penal abierto”), por lo cual las zonas grises o fronterizas seguirían existiendo, sin remedio.

Esta deficiencia no se presentaría en una definición menos abstracta, dotada con mayores elementos empíricos y hasta casuísticos. Empero, claro está, se trataría de una elaboración con *fecha de vencimiento*, ya que demasiada especificación provocará, naturalmente, nuevas formas de fuga del régimen tutelar y la aparición de figuras que se aparten cuidadosamente de sus límites, imposible de ser conocidas *ex ante*.

Parecería, entonces, que la elección de una u otra opción conlleva inevitables inconvenientes.

Sin embargo, insistimos en que siempre serán menos que los que provoca la ausencia de una definición.

La elaboración de una definición exitosa requiere un trabajo arduo, pues ésta debe ser más clara que la cosa definida y lo definido tiene

²² PERUGINI, Eduardo R., *La dependencia laboral*, en D. T. 1982-A-87.

que quedar excluido de la definición, que no debe contener ni más ni menos que lo susceptible de ser definido²³; extremos algo difíciles de alcanzar cuando la “materia” a definir, precisamente, no es de existencia real sino que reviste carácter ideal (tal como el concepto de dependencia).

Por el contrario, la descripción aparece como algo más asequible.

De hecho, en tiempos remotos ya se consideraba a la descripción como definición insuficiente: se describía lo que no podía definirse. Para los modernos, la descripción no constituía más que un modo de conocimiento inferior.

Pese a tal prejuicio, durante el siglo pasado se han investigado los caracteres propios de la operación descriptiva y llegó a considerársela como una operación cognoscitiva distinta de la definición, la demostración y la explicación.

No se trataba ya de la formulación de un juicio por el cual se responde a la pregunta acerca del fundamento lógico u ontológico de un ente, sino de la simple indicación de lo que aparece en una cosa, de las notas que, por sí mismas, se revelan de algo²⁴.

Bertrand Russell, incluso, ha afirmado que al eliminar el nombre propio y sustituirlo por la descripción nos es posible formular cuestiones acerca de la existencia. Por tal razón, ha concluido que “...la existencia solamente puede ser afirmada significativamente de descripciones...”

Seguramente, el lector habrá entendido ya que esta defensa del método descriptivo se vincula con la postulación de una definición de dependencia vinculada a sus manifestaciones empíricas (casuísticas, si se quiere), metodología que ha sido cuestionada no por pocos autores.

Así, se ha dicho que ello implicaría definir a la dependencia a partir de sus manifestaciones accidentales y no desde sus causas, entre las que algunos autores mencionan la hiposuficiencia de los trabajadores y la apropiación de la fuerza de trabajo, entendiendo a esta última como la diferencia entre el producto de la labor y el precio pagado para la adquisición de la energía necesaria para la producción de las mercancías²⁵.

²³ FERRATER MORA, ob. cit. en nota 8, p. 105.

²⁴ FERRATER MORA, ob. cit. en nota 8, p. 106.

²⁵ ARIAS GIBERT, Enrique Néstor, *Libro de ponencias. Jornadas de la Asociación de Abogados Laboralistas*, 2003, p. 39.

Luego de una veloz lectura de dicha afirmación, nos sentimos inclinados a compartirla. Descontamos que el lector se encuentra en la misma situación.

No obstante, con algo más de detenimiento, advertiremos que nada nos dice acerca del objetivo propuesto.

¿Por qué? Alude a las razones o motivos en los que se originaría la dependencia pero, en concreto, continúa sin definirla.

Asimismo, si aquellas manifestaciones empíricas o casuísticas de la relación de dependencia revisten el carácter de “no esenciales”, ¿cuáles son las “esenciales”? Y, lo que es más importante, ¿cómo se nos revelan?, ¿a través de qué método podríamos conocerlas?

No resulta sobreabundante reiterar, en este punto, los riesgos y las dificultades que acarrea el contenido emotivo de ciertas palabras, tales como “libertad”, “justicia” y, por qué no, dependencia.

Así, desde un primer momento, Guibourg ha advertido que deberíamos elaborar *definiciones menos declamatorias y más concretas para establecer su valor estrictamente semántico*, sin perder de vista que los conceptos *son los instrumentos que posibilitan el debate*, por lo que requieren la definición concreta de sus contenidos. Sólo así se conseguirá *protegerlos de las deformaciones*²⁶.

En síntesis, una definición de dependencia, modesta y clara, sin pretensiones estéticas ni románticas resultará menos atractiva pero seguramente más útil, en la práctica, que una rimbombante declaración de contenido indefinido.

Ello, claro está, para el supuesto de que se pretenda continuar postulando a la dependencia como nota característica y definitoria de la relación de trabajo.

c) *En la búsqueda de una técnica normativa adecuada*²⁷

Entendemos que hacia esa dirección se encamina la Recomendación

²⁶ GUIBOURG, Ricardo A., *Definiciones, ficciones, deformaciones*, en L. L. del 3-5-2011, p. 1.

²⁷ Para un adecuado tratamiento del tema, ver GUIBOURG, Ricardo A., en *Anuario 2010*, de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 178.

Nº 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Relación de Trabajo del 15 de junio de 2006²⁸.

Dicha recomendación tiene como objetivo principal lograr la protección efectiva de los trabajadores vinculados, valga la redundancia, por una relación de trabajo, a partir de una legislación *clara* y adecuada²⁹.

En efecto, en su artículo 4º indica que “...la política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Y luego agrega que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de cualquier arreglo contrario formulado por las partes, nuevamente, a través de métodos *claros*³⁰.

Asimismo, extiende dicha exigencia a la definición de las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, puntualmente, al concepto de subordinación o dependencia³¹, aunque sin optar por su vertiente jurídica o económica.

Luego propone determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados como dependientes, como así también definir en la legislación indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Asimismo, postula consagrar una presunción legal para cuya activación baste la concurrencia de uno o varios de estos indicios, a los que enumera y clasifica en dos grupos, que parecieran aludir (con alguna excepción) a la dependencia jurídica (grupo “A”) y a la económica (grupo “B”).

En el primero, menciona el hecho de que el trabajo:

- Se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.

²⁸ Disponible en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12-100_ILO_CODE:R198.

²⁹ Recomendación Nº 198 OIT, ap. I, art. 2º.

³⁰ Cita 29, ap. II, arts. 9º y 10.

³¹ Cita 29, ap. II, art. 12.

- Implice la integración del trabajador en la organización de la empresa.
- Se efectúe única o principalmente en beneficio de otra persona.
- Sea ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo.
- Revista cierta duración y continuidad, o requiera la disponibilidad del trabajador.
- Implice el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

En el segundo (grupo “B”), incluye:

- El hecho de que se pague una remuneración periódica al trabajador.
- Que ella constituya su única o principal fuente de ingresos.
- La existencia de pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte u otros.
- El reconocimiento del descanso semanal y las vacaciones anuales.
- El pago por parte de la persona que solicita el trabajo de los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar sus tareas.
- La inexistencia de riesgos financieros para el trabajador (ajenidad).

Sin duda, no se trata de una enumeración que aporte grandes novedades, toda vez que la reseña fáctica sugerida por la recomendación es una herramienta habitualmente utilizada por los magistrados en sus fallos.

Por el contrario, la originalidad de la propuesta radica en su inclusión en la legislación positiva y en la idea de que dicho método es uno de los modos posibles para aclarar eficazmente la incertidumbre de aquellos casos grises o fronterizos.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que dicha metodología encuentra un antecedente en nuestra legislación estatutaria, más precisamente, en el artículo 2º de la ley 14.546, norma en la que el legislador fijó las condiciones en que debe reconocerse la dependencia de los viajantes de comercio³².

³² Art. 2º de la ley 14.546: “...Se entenderá que existe relación de dependencia con su o sus empleadores, cuando se acredite algún o algunos de los siguientes requisitos:

”a) Que venda a nombre o por cuenta de su o sus representados o empleadores;

Consideramos que su utilización para el régimen general podría plasmarse a partir de un agregado a la actual redacción del artículo 21 de la LCT, en el cual se establezca que a los fines de dicha ley se entenderá que existe relación de dependencia cuando el trabajo comprometido presente al menos tres (o el número que se estime conveniente) de los elementos empíricos anteriormente enumerados por la Recomendación N° 198 de la OIT (los cuales, desde ya, integrarían el enunciado normativo y no reiteramos por razones de *economía y celeridad*).

El número de indicios o pautas fácticas exigidas podría variar, asimismo, en función de su inclusión en distintos grupos o subsistemas, que no necesariamente deberían respetar los previstos por dicho instrumento, sino otros elaborados por el legislador en torno a la eficacia que asigne a cada uno de ellos para demostrar la existencia de un contrato de trabajo (por ejemplo, entendemos más representativo, a tal fin, el hecho de que no existan riesgos financieros para el trabajador o la incorporación del trabajador en la organización de la empresa, que el cumplimiento de un horario).

Consideramos que también resultaría útil estipular menores exigencias para aquellas profesiones u empleos tradicionalmente “fronterizos” (por ejemplo, disminuir la cantidad de indicios requeridos en el caso de los profesionales universitarios, al igual que en los supuestos de trabajo a domicilio o teletrabajo).

Idéntica solución podría adoptarse en aquellos casos en los que se presenten las modalidades de fuga o emigración de nuestra disciplina conocidas hasta el momento, tales como la celebración de contratos civiles o comerciales, contratación a través de un tercero o de cooperativas, constitución de una empresa supuestamente autónoma con trabajadores que hasta ese momento eran dependientes de la principal, etcétera.

”b) que venda a los precios y condiciones de venta fijados por las casas que representa;

”c) que perciba como retribución: sueldo, viático, comisión o cualquier otro tipo de remuneración;

”d) que desempeñe habitual y personalmente su actividad de viajante;

”e) que realice su prestación de servicios dentro de zona o radio determinado o de posible determinación;

”f) que el riesgo de las operaciones esté a cargo del empleador”.

No obstante, la elaboración de los niveles profesionales de exigencia diferenciada y, sobre todo, del repertorio casuístico antes mencionado, debería estudiarse cuidadosamente, puesto que la propuesta no consiste en una presunción *iuris tantum* como estipula originariamente la Recomendación (ya que a tal efecto nuestro ordenamiento cuenta con una herramienta similar contenida en el art. 23 de la LCT), sino en la lisa y llana consideración del vínculo como dependiente, sin posibilidades de admisión de prueba en contrario (a modo de una presunción *iure et de iure*).

Se trata, ni más ni menos, que de otra modalidad de la conocida técnica del haz indicios, la cual induce la relación laboral a partir de un conjunto o sistema de elementos empíricos concretos, sin que ninguno de ellos considerado en forma aislada permita lograr aquel fin³³.

Como contracara, podría asimismo postularse una enumeración de elementos irrelevantes para la calificación del vínculo, tales como la forma y la denominación de la retribución, la carencia de horario fijo, la inscripción del trabajador como autónomo, la ausencia de órdenes, la superioridad técnica del trabajador, la prestación de servicios para otros empleadores, etcétera³⁴.

Otra precisión de utilidad (algo menos intrépida) consistiría en incluir expresamente a la presunción del artículo 57 de la LCT dentro de la enumeración de medios probatorios formulada por el artículo 50 de dicho cuerpo legal, a fin de despejar cualquier tipo de duda referida a su operatividad en aquellos casos en que se encuentre discutida la existencia misma del contrato de trabajo.

Por supuesto que para la concreción de estas modificaciones se requiere de la actividad legislativa.

Pero, por el contrario, existen otras soluciones a disposición del operador jurídico en forma inmediata, tales como la interpretación sin aditamentos doctrinarios de los artículos 23 y 57 de la LCT y la aplicación de los criterios e indicios contemplados por la Recomendación N° 198.

³³ SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1996, ps. 57 y ss.

³⁴ Ob. cit., en nota 16, ps. 640/644.

En efecto, si bien no se trata de una norma vinculante cuya aplicación directa pueda ser reclamada judicialmente (toda vez que no estamos ante un convenio internacional que se incorpora al ordenamiento jurídico nacional luego de ser ratificado), constituye no sólo una orientación sino también una herramienta para los jueces a la hora de solucionar casos puntuales, tanto en aquellos supuestos de interpretación de las normas vigentes como en los que se advierta un vacío legal³⁵. La ausencia de una definición del concepto de dependencia laboral podría, indudablemente, ser incluida entre los últimos.

Finalmente, se impone la revisión de doctrina emergente del plenario N° 31 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (“Mancarella”)³⁶, en cuanto coloca sobre los trabajadores fleteros y transportistas la carga de demostrar la prestación de servicios bajo una relación de dependencia.

Dicha doctrina, si bien mantiene su vigencia formal, no es utilizada con frecuencia en nuestros días, debido a que interpreta una ley derogada y no la actual Ley de Contrato de Trabajo, la cual no sólo fue dictada mucho tiempo después sino que también contempla en su artículo 23 una directiva absolutamente contraria en lo concerniente a la carga de la prueba de la calificación jurídica del vínculo.

6. Interrogantes hacia el futuro

Las polémicas en torno al concepto de dependencia laboral son de variada índole: no sólo se le cuestiona su insuficiencia para abarcar distintas modalidades del trabajo (sean de antigua o reciente aparición),

³⁵ ERMIDA URIARTE, Óscar, *La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores*, ponencia correspondiente a la III Reunión del Grupo de Trabajo Autorreforma Sindical (GTAS), Lima, octubre de 2010. Disponible para consulta en http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/-gtas/gtas_aportes/asesores/gtas3-ermida.pdf.

³⁶ El plenario N° 31 de la CNAT, 26-6-56, *in re* “Mancarella, Sebastián y Otros c/Viñedos y Bodegas Arizu SA”, expresa: “En principio, los acarreadores, fleteros, portadores, etcétera, no se encuentran amparados por las disposiciones que rigen las relaciones laborales, pero sí tienen derecho a tales beneficios cuando prueban fehacientemente que, pese a la denominación de la relación contractual, se encuentran ligados por un verdadero contrato de trabajo”.

sino que su contenido tampoco ha podido ser claramente definido (con ello no nos referimos únicamente a la ausencia de una definición legal sino también a las distintas opiniones en torno a la prevalencia de su vertiente económica o jurídico-personal).

Esta última arista del conflicto pareciese haber sido superada en nuestros días por un sector de la doctrina, que ha reemplazado la teoría clásica de la subordinación (basada en una relación *subjetiva* entre empresario y trabajador, caracterizada por sus tres tradicionales dimensiones) por una concepción *objetiva* de la dependencia, fundada en las notas de participación empresaria ajena y en la falta de disponibilidad del producto o del servicio prestado por el trabajador³⁷.

Sin embargo, entendemos que la principal objeción que se ha formulado en contra de la relación de dependencia es su impugnación como criterio identificativo del Derecho del Trabajo.

Si bien se han postulado otros criterios doctrinales para delimitar su ámbito de aplicación (tales como la ajenidad, la inserción del trabajador en organización empresaria, la determinación de dicho ámbito por la autonomía colectiva, etc.), el que se menciona con mayor frecuencia es el de parasubordinación.

El mencionado concepto, a nuestro entender, supone una doble complejidad, puesto que se erige sobre el de dependencia, que –como se ha visto– dista de ser una base lo suficientemente firme como para otorgar sustento a construcciones teóricas correspondientes a un superior nivel de abstracción: si no podemos determinar a ciencia cierta el contenido de la dependencia, mal podríamos determinar en qué categoría debe subsumirse cada caso.

Sin embargo, debe reconocerse que constituye un gran avance el hecho de que se admita que cierta clase de trabajadores cuya actividad no podría identificarse plenamente con el sistema indiciario anteriormente propuesto también requiere de la tutela de la ley.

En efecto, suele incluirse dentro de esta categoría a aquellas personas que sin estar sujetas a una relación de trabajo que la doctrina usualmente calificaría como subordinada, colaboran con la empresa en el marco de un contrato que celebraron desde una situación de

³⁷ GARCÍA MARTÍNEZ, *La relación de dependencia* cit., p. 2368.

inferioridad, puesto que cuentan con un poder de negociación disminuido (algo así como una dependencia de menor intensidad).

Así, el Estatuto del Trabajador Autónomo español (ley 20/2007) considera trabajadores autónomos económicamente dependientes (o TRADE) a quienes "...realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales..." (art. 11).

Luego, establece un específico haz de indicios para reconocer a los integrantes de esta categoría, que deben ser cumplidos por el TRADE en forma simultánea:

- 1) No tener a cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del cual depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros;
- 2) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente;
- 3) disponer de una infraestructura productiva y material propios, independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente;
- 4) desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente;
- 5) percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo de aquélla;
- 6) los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión juntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Es decir, si bien el TRADE es un trabajador autónomo, no se encuentra en un pie de igualdad con el cliente o empresa con quien contrata, por lo que es merecedor de una protección específica, la que incluye la posibilidad de negociar conjuntamente de las condiciones de trabajo (aunque requiere del consentimiento expreso del trabajador), la garantía de un mínimo de condiciones de régimen de descanso (al menos 18 días hábiles al año de vacaciones) y la reparación por daños en caso de que la extinción del contrato no sea justificada.

Las partes conocen desde un principio el régimen al cual se atienen, pues para la celebración del contrato entre el TRADE y su cliente o empresario es obligatoria la previa comunicación de la condición de “económicamente dependiente”, así como las variaciones que se produjeran al respecto.

Se advertirá que dicha categoría no sustituye a la subordinación como criterio determinante del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, sino que se trata más bien de un factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren ser tuteladas por haber sido celebradas entre partes con diverso poder negocial³⁸.

No obstante, se trata de una idea más que auspiciosa, que va bastante más allá del simple sometimiento a una jurisdicción especializada previsto originalmente para los *parasubordinati* italianos en el Código de Procedimiento Civil de 1973 (art. 409, 3).

7. Conclusiones

Independientemente de la viabilidad de las propuestas formuladas, nuestra intención ha sido, únicamente, poner de relieve que las deficiencias que presenta el concepto de dependencia laboral no se vinculan (al menos, exclusivamente) con las distintas y nuevas modalidades de organización del trabajo y la producción, tal como se ha señalado a lo largo de los últimos años en numerosos estudios e informes realizados sobre el tema.

Por el contrario, se trata de una estructura intelectual que nunca ha resultado del todo suficiente para extender la protección a la totalidad

³⁸ ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, ob. cit. en nota 19.

de los trabajadores que la necesitan, puesto que los sectores históricamente relegados (por ejemplo, el de los profesionales libres o el de los fleteros) continúan, incluso al día de hoy, sin la posibilidad de gozar de los derechos concedidos a otros asalariados.

Ellos parecerían constituir el *costo* que hay que afrontar para mantener la vigencia de una construcción teórica sobre la que se ha elaborado toda la disciplina; seguramente porque, debemos asumirlo, no ha surgido aún una idea superadora, susceptible de contemplar de modo íntegro el elenco de situaciones posibles.

Quizá en la aparición de nuevos regímenes diferenciados, aunque de menor alcance y pretensión de generalidad, se encuentre el comienzo de la solución (o de la reconstrucción, según sea la relevancia que se asigne a esta problemática).

Para finalizar, consideramos oportuno destacar la necesidad de que cualquiera que sea la hipótesis o la propuesta a presentarse, sea formulada en términos claros y concretos, única forma de *bajar a tierra* aquello de la preferente tutela.

De lo contrario, tal como afirmaba una de las mentes más brillantes que la humanidad haya conocido: "...no pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo. La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos [...] Es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias [...] Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora que es la tragedia de no querer luchar por superarla..." (Albert Einstein).

RELACIÓN DE DEPENDENCIA

por DAVID DUARTE

SUMARIO: I. Introducción. II. Contrato de trabajo y relación de trabajo. III. Contrato de trabajo. IV. Relación de trabajo. V. Definición de relación de dependencia. VI. Cambios en la configuración jurídica de la dependencia. VII. La prueba de la dependencia. VIII. Conclusión.

I. Introducción

Hablar de la relación de dependencia como instituto típico de las relaciones laborales conduce al investigador por caminos inesperados, porque de alguna manera son de esos temas que ya se saben y que, por lo tanto, para qué profundizar sobre ellos. Es que se sabe tanto de ellos que ya no preocupa su existencia. Tanto es así que se ha dicho que es un concepto impreciso y que en definitiva no sirve para encuadrar un vínculo laboral, a pesar de que ha servido por mucho tiempo, y seguirá sirviendo por mucho tiempo más. Es decir que la dependencia está al servicio de algo y eso es útil mientras sirva. También se escuchó que el concepto de dependencia se encuentra en crisis (la crisis de la dependencia). Sin embargo, todavía sigue siendo “la dependencia” la llave de entrada a la protección; en todo caso el problema radica en que, cada vez con mejores estrategias, quienes dominan las relaciones laborales intentan alejarse más del concepto de dependencia.

La dependencia está al servicio del Derecho del Trabajo para saber cuándo a un vínculo jurídico determinado lo podemos tratar con esas normas especiales que forman parte del Derecho del Trabajo. ¿Y por qué querríamos hacerlo? Como dice Supiot, para que las relaciones laborales sean civilizadas (como opuesto a la barbarie).

II. Contrato de trabajo y relación de trabajo

¿Para qué definir lo que es conocido?, ¿por qué se quiere saber con detalles y que no se pierdan los pormenores de un vínculo conocido? Por años se ha escrito sobre el contrato de trabajo y la relación de trabajo, y pareciera que es un debate que recién empieza. Cuántas hojas se han escrito y nunca aparece agotado el tema. La mayor parte del debate se ha perdido en cuestiones semánticas antes que conceptuales. El nombre de las cosas está dado por palabras, y las palabras que se le asignen servirán para identificarlas o distinguirlas de otras, es algo convencional con lo que nos ponemos de acuerdo, o mejor dicho hubo personas que en algún momento se pusieron de acuerdo para denominar a esa situación por la cual una persona realizaba tareas y otra le pagaba por eso, y le pusieron el nombre de contrato de trabajo e inventaron una clave para ingresar al templo de la protección que llamaron “dependencia”, aunque no fue por cierto tan lineal.

Esa relación ya tenía un nombre que la definía y fue por mucho tiempo la locación (podía ser de servicios o también de obra). La necesidad de definir al contrato de trabajo es para distinguirlo de esa y de otras figuras como el mandato o la sociedad. La única razón del porqué ocurre esta situación, por la que los autores nos hablan de las fronteras, zonas grises, parasubordinados, autónomos dependientes, etcétera, es porque quien tiene un poder de hecho busca diferentes formas de eludir la ley protectoria laboral, y se acomodan los discursos para justificar esa elusión.

El Derecho del Trabajo no nació del concepto de dependencia, ni de la figura del contrato de trabajo, las normas protectorias heterónomas intervenían en la relación laboral, sin delimitar un concepto del contrato, ni de la dependencia; sin embargo necesitó cada vez más de esos elementos para localizar las relaciones a las que correspondía la aplicación de las normas protectorias, y cuanto más avanzó la garantía, mayor fue la necesidad de afinar el concepto a fin de no caer en la elusión.

El maestro Deveali, para definir el contrato de trabajo y la relación de trabajo, comentaba su capítulo diciendo: “nuestras leyes de trabajo, por lo general, no mencionan el contrato de trabajo, ya que se refieren simplemente a quienes prestan sus servicios bajo la dependencia de

un empleador”. Y continúa el ilustre jurista: “ellas contemplan la relación de trabajo como situación de hecho, con prescindencia de su origen contractual. El contrato tiene influencia sólo en cuanto fija condiciones más favorables para el trabajador que las previstas en las leyes laborales y en las convenciones colectivas de trabajo”¹.

III. Contrato de trabajo

El primer iuslaboralista argentino² que elaboró una noción de contrato de trabajo cuando ni siquiera había una legislación laboral que contemplara la especialidad fue el constitucionalista Joaquín V. González. Este jurista, que se desempeñaba como ministro en el Gobierno de Roca, eleva al Congreso de la Nación el día 6 de mayo de 1904 el proyecto de Código de Trabajo, que según De la Fuente “constituye el primer trabajo doctrinario que se ha escrito en nuestro país sobre el nuevo derecho”, allí se explicaba: “Artículo 21: El contrato de trabajo es el concluido entre patronos o empresarios de la industria y sus obreros, y se regirá por las disposiciones de este título, las cuales se considerarán ampliatorias del capítulo 6º, libro 2º, sección 3ª del Código Civil sobre la locación de servicios, y éstas serán aplicadas subsidiariamente en los casos dudosos, por oscuridad o silencio de la ley”.

En 1925 se presenta otro proyecto, y según el senador Alejandro Ruzo: “El contrato de trabajo tiene por base la prestación de servicios comerciales e industriales, mediante una remuneración en dinero”. El célebre Leónidas Anastasi criticaba esta fórmula porque no contemplaba otras figuras como trabajo doméstico, agrario, entre otros y decía: “entendemos por contrato de trabajo aquel en que una de las partes, el obrero o empleado, se compromete a prestar su actividad profesional en favor de otra parte, el patrón o empleador, bajo la dirección de este último, mediante una remuneración”³.

¹ DEVEALI, L. Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 12.

² DE LA FUENTE, Horacio, *Joaquín V. González, el primer iuslaboralista argentino*, en *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, publicación en la web de la AADTSS.

³ ANASTASI, L., en L. L. t. 4, p. 506.

Recordaba que “el contrato de trabajo es una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra persona, de manera de trabajar bajo la dirección de ésta y en su provecho mediante una remuneración llamada salario”⁴. Para Anastasi esta definición de contrato de trabajo aventajaba a la del brasileño Cesarino Junior en cuanto decía que “contrato individual de trabajo es aquel por el cual una o varias personas físicas se obligan, mediante una remuneración, a prestar servicios a otra persona, bajo la dirección de ésta”⁵. Critica esta definición por la imprecisión del término “servicios”, la ausencia del beneficio (“en favor de”) y que el contrato podría no ser individual (como hoy reconoce la LCT en los arts. 101 y 102). Y la criticaba también porque parecía redundante hablar de “remuneración llamada salario”, dado que bastaba con que se hubiese dejado solamente el término “remuneración” por ser una expresión genérica que abarcaba las distintas “especies” que la integran (jornal, sueldo, salario, pago en uso de habitación, comisiones, participación en los beneficios, etc.).

Finalmente, para Ramírez Gronda contrato de trabajo será “una convención por la cual una persona (trabajador, empleado, obrero) pone su actividad profesional a disposición de otra persona (empleador) en forma continuada a cambio de una remuneración”⁶.

Cabe recordar que para este autor la nota de “dependencia” debía estar acompañada de la “profesionalidad” y de la “continuidad”, para distinguir el contrato de trabajo de la locación de servicios, pues entendía que la “dependencia” era un dato que podía aparecer en la locación de servicios. Esta figura es un contrato civil por el cual una parte se compromete a prestar el servicio y la otra a pagar una suma determinado de dinero, sin otro dato.

Por lo tanto, la definición de la “dependencia” estaba caracterizada por la expresión “poner su actividad a disposición de otra”, pero no era suficiente, por la similitud que podría confundirse con la locación

⁴ ANASTASI citaba a PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. 11, p. 6.

⁵ Anastasi en nota bibliográfica al libro *Naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo*, de Antonio F. Cesarino Junior, en L. L. t. 14, p. 4.

⁶ RAMÍREZ GRONDA, Juan D., *El contrato de trabajo*, en DEVEALI, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. I, p. 436.

de servicios. Aparece como dato la “profesionalidad” que estaba dada por “actividad profesional”, y la “continuidad” expresada de manera directa “forma continuada”. Además de destacar a los sujetos obligados, “prestación de una actividad profesional” (trabajador) y pago de la “remuneración” (a cargo del empleador) en un sentido amplio del término.

Para Ramírez Gronda⁷, la relación laboral casi siempre se origina en un contrato de trabajo, la que el autor denomina: “contractualidad de la relación de trabajo”. Tal denominación se debe a la razón de la libertad imperante en dicho vínculo, en tanto se lo intenta diferenciar del trabajo forzoso. Es decir, existe libertad de los contratantes a fin de que la vinculación no venga impuesta o no sea ajena a la voluntad de las partes. Sin embargo, cuando de las condiciones laborales se trata, las normas heterónomas que orbitan por fuera de la voluntad de las partes restringen esa libertad, denominándolo “contrato de asunción” (*contratto di assunzione*). O sea, se establece que los términos del contrato quedan reducidos al simple acto de insertarse o enrolarse el trabajador en el organismo de la empresa⁸. Sin embargo, a pesar de tal acto de “asunción” como forma de expresión de voluntad contractual, ha servido también para negar la existencia de contrato; a pesar de los más variados argumentos, todos coinciden en negar la contractualidad sobre la base de la limitación de la autonomía de la voluntad⁹.

No obstante, la referencia a la contractualidad aparece en ese mínimo acto de adhesión como acto jurídico relevante, conociendo en el mundo jurídico la figura del contrato de adhesión siempre se verá la necesidad de protección a la parte que no tiene otro accionar que el de adherir a las condiciones impuestas por la otra parte¹⁰.

Con cita de George Ripert, Ramírez Gronda remata diciendo que “la libertad no es más que una apariencia de libertad cuando se debe contratar para vivir”¹¹.

⁷ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 407.

⁸ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 408, cita a BARASSI, Ludovico, *Diritto del Lavoro*, t. 1, p. 112.

⁹ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 408.

¹⁰ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 408, cita a PETRACCONI, en *Tratato di Diritto Corporativo*, diretto da G. Chiarelli, parte I, p. 400.

¹¹ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 410.

La primera preocupación que apareció a la hora de la aplicación de las leyes protectorias del trabajo fue saber a qué tipo de vínculo se estaba refiriendo, y por esa razón antes de todo fue la distinción entre la relación laboral y la locación de obra o de servicios. Como ejemplo cuando se sanciona la ley de accidentes de trabajo (9688, en el año 1915), los primeros debates fueron en torno a qué tipo de relación jurídica podría ser aplicable, y Anastasi diría: “para que haya reparación, como consecuencia del accidente, debe mediar una relación de patrono a empleado y obrero. El trabajador independiente, el empresario de su propia obra está excluido de la ley de accidentes”¹².

Es evidente que en los albores de la legislación laboral sus primeros escollos fueron precisamente a qué tipo de vínculos se referían esas normas protectorias, y la idea de la dependencia como elemento estructural determinante no resultaba el eje del debate.

Los autores tradicionales que han intentado definir al contrato de trabajo como una figura entre las conocidas aparecen con distintos argumentos, como por ejemplo Planiol, quien denominaba a ese vínculo como “locación del trabajo”, porque la cosa locada era “la fuerza del trabajo que reside en cada persona y que puede ser utilizada por otro como la de una máquina o de un caballo”. Hubo quienes encontraron en la compraventa una variante en el sentido de que el trabajador vende al patrono, mediante un precio, su esfuerzo físico o intelectual necesario para ejecutar determinadas tareas, sin embargo se la criticó porque en la compraventa existe una separación entre la cosa vendida y el vendedor, en cambio entre el trabajador y su trabajo no puede existir separación alguna. Carnelutti se enroló también en la idea de compraventa, aunque asimiló la relación al contrato de suministro de energía eléctrica, que no era de arrendamiento, porque el objeto del contrato no consistía en la fuente de energía, sino en la energía misma, y ésta no puede ser objeto de alquiler, porque el arrendatario no puede devolver la cosa arrendada, porque la energía se consume. A su vez, sostuvo que el hombre no puede ser objeto de contrato (como persona física) si su fuerza de trabajo, es decir su energía, no vuelve a él y

¹² ANASTASI, Leónidas, *La ley italiana como fuente de interpretación de la ley 11.729*, en T. S. y P. S., N° 2, p. 127, citado por RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 410.

puede ser objeto de compraventa. La energía humana sólo puede ser objeto de contrato en cuanto se objetiviza exteriorizándose al separarse del cuerpo humano, sin embargo tal reflexión no deja de explicar cómo se daría esa separación entre el cuerpo humano y la energía. También apareció la idea del contrato de sociedad recibiendo sus críticas porque dejaba, como las otras variantes, algunos puntos oscuros.

Todos esos ensayos concluyeron que en realidad estábamos frente a un contrato especial, un contrato *sui generis*, pero una delimitación conceptual especulaba en torno a un mismo problema: “el objeto de la prestación de trabajo, fuerza de trabajo, no es algo que pertenezca a su patrimonio”. Todas estas formulaciones rondan en asimilar la situación del trabajador como si fuera una cosa, cuando en realidad el Derecho de Trabajo se encarga de diseñar un mínimo de garantías, pero no para proteger cosas, sino personas, como dirá De la Cueva: “no tanto proteger la energía humana de trabajo, cuanto asegurar a cada hombre una posición social adecuada”. Si no fuera así dice el autor mejicano: “el Derecho del Trabajo no se distinguiría de las prácticas adoptadas por el campesino para obtener de sus bueyes el mayor rendimiento posible”¹³.

Por su parte, Fernández Madrid señala que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona física compromete su trabajo personal a favor de otra, física o jurídica, por cuenta y riesgo de esta última, que organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios mediante el pago de una retribución. Los sujetos del contrato, por tanto, son por una parte el empleador y por otra el trabajador dependiente. Este concepto no puede estar desvinculado del concepto de organización empresarial, porque es el ámbito en donde se desenvuelven las normas que lo rigen, por eso es necesario tener presente el concepto de empresa y establecimiento como el de organización y dirección empresarial. La ley emplea como sinónimos el concepto de empleador y empresario. Teniendo en cuenta organización empresarial como conjunto de elementos personales, materiales o inmateriales organizados y ordenados por el empresario para la explotación de una determinada actividad

¹³ DE LA CUEVA, Mario, *Derecho mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1943, t. 1, p. 379.

productiva¹⁴. Es determinante del carácter laboral la inserción del trabajador en una organización empresaria ajena.

El locador de servicios, el de obra, el mandatario no se integran físicamente a una unidad laboral ajena, mantienen la independencia de su conducta personal; el trabajador dependiente en mayor o menor grado se subordina al mecanismo de la empresa¹⁵. La condición de trabajador se vincula con la ubicación que se posea en la estructura de una empresa mediante el pago de una remuneración, quien pone su fuerza de trabajo al servicio de la empresa de otro que organiza su prestación, aprovecha los beneficios de la labor y corre con los riesgos consiguientes.

Un servicio personal que se traduce en un hacer infungible, a cambio del pago de una retribución por el trabajo recibido o puesto a disposición de la empresa de otro que organiza, aprovecha y asume los riesgos del negocio¹⁶.

Por su parte, Graciela González¹⁷ dice que es aceptado en doctrina y jurisprudencia que el “contrato de trabajo constituye una figura de naturaleza contractual especial que en virtud de sus características particulares, se encuentra regida por principios propios que han dado nacimiento al Derecho del Trabajo”. Esta autora establece como regla que “la realidad arroja como resultado que toda relación de trabajo está tutelada por las normas generales, salvo excepciones”. Y continúa diciendo que en tanto vínculo exige la existencia de una concertación bilateral que presupone un acuerdo de voluntades, con un objetivo en común tendiente a la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación dineraria.

Para Barassi¹⁸, el contrato de inserción laboral tendría la ventaja de no presuponer necesariamente la autonomía de las partes ni aun en

¹⁴ FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1990, p. 581.

¹⁵ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1965, t. VI-1, p. 104.

¹⁶ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 582.

¹⁷ GONZÁLEZ, Graciela A., en *Régimen de Contrato de Trabajo. Comentado*, dir. por Miguel A. Maza, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 349 y ss.

¹⁸ GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 420, cita a BARASSI, Ludovico, *Tratado de Derecho de Trabajo*, Alfa, Buenos Aires, 1953, t. I, p. 306.

la formación del contenido que, en cambio, aparece más frecuentemente conexas a la palabra contrato. El contrato no necesariamente es un acto jurídico bilateral productor de relaciones obligatorias entre trabajador y empleador, sino solamente un acto preliminar necesario tanto para la incorporación del trabajador en el organismo de la empresa como para su sujeción a aquel complejo de normas que forman su “constitución jurídica”; la limitación de su autonomía respecto de las cláusulas del contrato individual de trabajo no excluye, sin embargo, la importancia jurídica del hecho esencial de la adhesión.

La cultura germánica trajo como aporte el concepto de relación de trabajo, y como consecuencia de la misma, la integración del trabajador a la comunidad de trabajo.

La empresa fundada sobre una evidente solidaridad de intereses, constituye una comunidad organizada y jerárquica, cuyos miembros colaboran bajo la autoridad natural de su jefe¹⁹. La figura institucionalista rechaza el arrendamiento de servicios y pretende separarse de toda concepción económica en cuanto visualiza el vínculo laboral como contrato de cambio y destaca fuertemente el carácter personal de las relaciones laborales.

La postura “relacionista” planteada por Mario de la Cueva sostiene que la “prestación de servicios es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del Derecho del Trabajo”²⁰.

Con cita de Guibourg dice: “se trata simplemente de teorías construidas a partir de ciertas clasificaciones, y en la actualidad ya casi no se discute que las clasificaciones no son objetos naturales sino culturales, obra del hombre, según su propia elección y de acuerdo con su eventual y a veces cambiante conveniencia”²¹. La tesis contractualista parece más conveniente. No porque sea verdadera –ninguna

¹⁹ GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 355, cita a CAMERLINCK y LYON CAEN, *Derecho del Trabajo*, p. 263.

²⁰ GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 355, cita a DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del Trabajo* cit., t. I, p. 457.

²¹ GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 355, cita a GUIBOURG, Ricardo A., *Relación de trabajo y nulidad del contrato*, en L. T. XX-B-1045, quien a su vez recuerda a HUECK y NIPPERDEY, en *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, citado por GUIBOURG, ob. cit., p. 1049.

interpretación de la realidad lo es con exclusión de otras– sino por razones meramente pragmáticas.

Es posible entender que las transformaciones de las técnicas de producción capitalista puedan cambiar la concepción que se tiene del concepto jurídico de contrato de trabajo, pero lo que no se puede cambiar es lo que se entiende por trabajo humano, y su dimensión individual y social de la dignidad en el momento cultural de que se trate, que podrá variar según la correlación de fuerzas que se desaten socialmente, pero la resistencia a la opresión será una constante que determinará con mayor o menor intensidad, según el momento, cuál será la mayor o menor protección de la parte más débil de la relación que sólo se libera en lo colectivo.

En ese contexto resulta interesante el Mensaje de Elevación del proyecto de Ley de Contrato de Trabajo del año 1974. Allí se dijo que el Derecho entabla siempre un diálogo con la situación en la que se aplica. No se agota con la pura dimensión normativa. También es, y esencialmente, compromiso, creatividad instrumento de cambio. La Ley de Contrato de Trabajo constituirá entonces la normativa integral de una relación, que desde el punto de vista ético y del bien común no se reduce a un mero intercambio de prestaciones, sino a una problemática que tiene como centro al hombre que trabaja y a su contorno familiar (Mensaje de Elevación de la LCT al PEN, D. T. 1974-991). Así es que Graciela González recordaba a Krotoschin en cuanto afirmó que “El Derecho del Trabajo moderno se enfrenta con esa contradicción dialéctica entre desarrollo y el destino del hombre. En esa lucha la filosofía de la ley parece inclinarse a no desatender a ninguno de los dos polos opuestos y en particular a no despreciar al individuo sacrificándolo a un mecanismo organizativo absorbente”²².

En el contexto actual se ha dicho que el trabajo humano subordinado es conceptualizado como un derecho y como un deber, conectado con una función categóricamente social relacionada con los medios de los que dispone el conjunto de la sociedad para la consecución del bien común²³.

²² KROTOSCHIN, Ernesto, *Aspectos sistemáticos e ideológicos de la Ley de Contrato de Trabajo*, en D. T. 1974-853.

²³ Grupo de expertos en relaciones laborales, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 79.

IV. Relación de trabajo

Para Fernández Madrid²⁴ la relación de trabajo es la relación jurídica que surge entre el trabajador y el empleador por el hecho de la prestación de los servicios, con independencia del acto jurídico que ha originado dicha prestación. Cobra vida la relación aun cuando no exista contrato de trabajo o éste sea nulo o anulado. Con cita de Deveali afirma que no siempre la estipulación del contrato de trabajo coincide con la prestación del trabajo, puesto que no es infrecuente el caso de un contrato por el cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios solamente a partir de una determinada fecha futura. En este caso ya existe un contrato de trabajo, el cual importa obligaciones recíprocas para ambas partes, pero la relación de trabajo en sentido propio existirá recién desde el momento en que el trabajador comience a prestar su trabajo por cuenta del patrón y como consecuencia de esta prestación. Y anota que la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en sentencia de 29 de diciembre de 1953, ha precisado que para la existencia de un contrato de trabajo es necesario que medie prestación de trabajo por parte del empleado u obrero, no siendo suficiente la existencia de un convenio que no tuvo vigencia (Rev. D. T. 1954-541).

El contrato sin la relación de trabajo efectivizada carece de trascendencia para el Derecho del Trabajo. En nuestro Derecho así lo demuestra el artículo 24 de la LCT que remite al Derecho común los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, y sólo reconoce para dicho supuesto una indemnización mínima de un mes de sueldo. Es por esa razón que la ley reconoce que puede existir contrato sin relación de trabajo: Si no se llega a la realización de los actos comprometidos, por cualquier circunstancia, la cuestión se juzgará de acuerdo a las previsiones del Derecho Civil general.

En doctrina se discute si el contrato de trabajo es sólo uno de los presupuestos de la relación de trabajo, que se constituiría mediante la realización efectiva de la prestación del trabajador, o si el contrato, con exclusión de otro hecho o acto, es el único que puede originar

²⁴ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 602.

dicha relación de trabajo. Una opinión ecléctica de la que participo sostiene que la relación de trabajo es normalmente constituida por el contrato de trabajo, lo que no impide que en casos de excepción pueda haber contrato sin relación y relación de trabajo sin contrato²⁵. La insuficiencia de la tesis contractualista ha sido señalada por los seguidores de la teoría de la incorporación y los sostenedores de la doctrina institucional de la empresa.

Comenta Graciela González²⁶ que respecto del artículo 22 de la LCT, que si bien nuestro sistema es contractualista, la ley laboral tiene una norma propia del sistema relacionista del Derecho del Trabajo, lo que determinaría, según esta autora, que la LCT está prevista para todo supuesto en que el trabajador se incorpora (la autora dice “al seno de la empresa”); aunque ese dato no es del artículo 22 de la LCT, parece que aquí la comentarista se enrola en la teoría institucionalista que identifica al patrono o empleador con una organización (empresa ajena) y agrega que “aun en aquellos casos en que la causa de la vinculación no reconozca la concertación de un contrato de trabajo” y refuerza esta afirmación con el artículo 1º en cuanto a las fuentes de regulación del “contrato de trabajo y la relación de trabajo”, sin distinguir entre ambos. Es una herramienta de la que se vale el legislador para aplicar la LCT aun en aquellos casos en que las partes hayan pretendido en el acto que le da origen a esa relación, otorgarle una característica distinta de la que define la norma, con efectos similares a los que se dan en un contrato de trabajo²⁷.

Algo sí es cierto: la relación de trabajo coincide con la ejecución de la prestación y si esta acción no se realiza no hay contrato de trabajo (GG, p. 419). La importancia de la relación de trabajo estaba reconocida para la aplicación de la ley de accidentes de trabajo, para la que bastaba con que se demuestre la existencia de una relación de trabajo, aunque sujeta al requisito de que se demuestre “la relación de hecho que surge de una efectiva prestación de servicios a favor de

²⁵ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 603.

²⁶ GONZÁLEZ, en ob. cit., p. 418.

²⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 4.

quien, por ella, abona un salario y mantiene facultades de controlar y vigilancia”²⁸.

Es más, en los supuestos de nulidad o anulación del contrato de trabajo, la relación mientras se mantuvo genera el derecho a la percepción de los beneficios convenidos, ya se trate del pago de la remuneración, ya del cumplimiento del trabajo consumado (arts. 41, 42 y 44 de la LCT).

Avanza un poco más la autora asignándole el carácter de instrumento que da nacimiento al llamado “contrato realidad”, que es aquel que “atiende al contenido del cumplimiento de la obligación, confiéndole al mismo todos los efectos legales, con prescindencia de las formas que se adopten o convengan, entre las partes contratantes”. Es decir, se le da prevalencia a las situaciones de hecho, sobre lo que las partes estipulen o convengan. Es por esa razón, que la ley laboral al definir el contrato de trabajo, afirma que se considerará tal “cualquiera sea el acto que le dé origen”. Y Graciela González finaliza su comentario a la norma diciendo que el mentado enfrentamiento entre contractualistas y anticontractualistas ha sido superado, el sesgo del legislador eminentemente pragmático, previó que puede existir un vínculo jurídico-laboral independientemente de la existencia de un contrato, dándole plenos efectos, aun en casos de nulidad del contrato.

Por último, independientemente del carácter relativo asignado por Rodríguez Mancini al concepto de relación, cabe entender con Fernández Madrid que la utilidad práctica de la aplicación del concepto de relación de trabajo se da por la diferenciación que se efectúa entre contrato y relación de trabajo, lo que es útil para resolver la normativa aplicable en los supuestos de contratos nulos o de contrataciones forzadas en que no existe contrato sino un acto administrativo determinante de la vinculación²⁹.

V. Definición de relación de dependencia

Habíamos señalado que los autores tradicionales le daban al con-

²⁸ GONZÁLEZ, *Régimen de Contrato de Trabajo. Comentario* cit., p. 421, quien cita sentencia de la sala II publicada en D. T. 1950-172.

²⁹ FERNÁNDEZ MADRID, *ob. cit.*, p. 604.

cepto de “dependencia” mayor relevancia que a la noción de contrato de trabajo, porque como decía Deveali para la aplicación de la legislación laboral protectoria no interesaba ubicar un contrato de trabajo, le bastaba con ubicar una relación de trabajo que tenga por principal característica la noción de dependencia.

La palabra “dependiente” aparece en la legislación en el año 1933 con la sanción de la ley 11.729 (B. O. del 25-9-34), cuando se modificaron los artículos 154 a 160 del Código de Comercio. Tenía una función descriptiva de los “empleados de comercio” y se explicaba diciendo: “factores, dependientes, viajantes, encargados u obreros que realizan tareas inherentes al comercio”. Ser dependiente era una característica de la prestación y no un dato determinante del contrato de trabajo o la relación laboral.

La jurisprudencia se encargó de definir el alcance del concepto de “dependencia” luego apropiado para que fuese la característica más importante para deslindar y diferenciar otras formas de prestación. Numerosos fallos se encargaron de deslindar el concepto de dependiente, en el sentido de la ley 11.729, frente al contrato de mandato, al de la locación de obra y, en general, a las relaciones jurídicas que establezcan el llamado trabajador autónomo (independiente), para luego concluir que lo que caracteriza al contrato de trabajo es la subordinación o dependencia del trabajador con respecto al patrono y el derecho de éste de dirigir las tareas de aquél y de vigilar su ejecución. Se decía que a fin de determinar si existe subordinación “es innecesario pronunciarse por alguno de los criterios definidores (jurídico o económico), pues ha de estarse a las particularidades de cada situación teniendo en cuenta las razones de protección que han provocado el ‘dirigismo contractual’, con prescindencia de los enunciados teóricos que han pretendido abarcar, mediante fórmulas abstractas, todos los supuestos ofrecidos por la vida social. Es interesante también en tales apreciaciones que se llame grados de dependencia, porque cuanto mayor es la categoría del trabajador, tanto menos se hace sentir aquélla, concediéndose al empleado ciertas libertades en interés mismo del mejor desarrollo del negocio”³⁰.

³⁰ KROTOSCHIN, E. y RATTI, J. A., *Código del Trabajo, anotado*, Depalma, Buenos Aires, 1956, t. I, ps. 81 y 84.

Para Ramírez Gronda la subordinación no es nota exclusiva del contrato de trabajo, pues para él, en mayor o menor grado, aparece contenida también en la locación de servicios y en el mandato³¹. Es por esa razón que entendía el mencionado autor que no basta por sí sola (la subordinación) para caracterizar al contrato de trabajo, aunque le reconocía un valor relevante e inseparable, junto con otras dos notas más, la continuidad y la profesionalidad, como elementos determinantes para asignarle su propia individualidad jurídica.

También entendía que a la dependencia se la utilizaba junto a otros sinónimos que se les reconocía igual entidad como la “dirección” o “subordinación”, pues en el fondo aludían a la misma cuestión (para la doctrina italiana “subordinación”, para los franceses y belgas “dirección”, para los alemanes *Abhängigkeit* y para los españoles “dependencia”)³².

Sin embargo, Ramírez Gronda prefiere utilizar la expresión “subordinación” por ser –según él– más comprensiva de las características de la relación laboral que implica un “sometimiento”, lo cual recuerda aquel estado de “servidumbre” a que se veía sometido el esclavo en ciertas etapas de la historia humana, aunque lo rechaza como si fuese una etapa superada³³. Y agrega que en lugar de trabajar de una manera independiente o autónoma, lo hacen para otras personas, en forma habitual y continuada. Para este autor la clave sería: poner a disposición de otro la fuerza o energía de trabajo, que es lo que se entiende por subordinación. Ese otro asume el derecho de dirigir la tarea que realizará el empleado o el obrero. Remata diciendo que “la tarea en la cual participan varias personas debe ser dirigida, dispuesta, orientada, organizada, coordinada según alguna idea o plan de conjunto”. Esta noción se asemeja a la que muchos años después utilizara Fernández Madrid al referirse a la noción de “inserción en una organización empresaria ajena”, recabando los conceptos que nos suministran los artículos 5º y 6º de la actual Ley de Contrato de Trabajo. Un breve repaso de los conceptos dados por Ramírez Gronda en la década de los 60, nos permite reconocer algunas nociones recogidas en la Ley

³¹ RAMÍREZ GRONDA, *El contrato de trabajo* cit., t. I, p. 422.

³² RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 422, nota 29.

³³ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 423.

de Contrato de Trabajo, no solamente en la idea de empresa, empresario y establecimiento. Además, reconocemos la expresión: “toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla”, que ubicamos en el artículo 4º de la citada ley recogió los conceptos del citado autor.

Esa facultad de “dirigirla” tiene el límite que le imponen el contrato y la ley. Esos límites estarán dados por: 1) la profesión del trabajador; 2) las condiciones del contrato; 3) el orden público.

Esa acción de dirigir que se reduce en los actos de disponer y coordinar la actividad profesional, en la tarea se traduce en la facultad de dirigir y fiscalizar (controlar) la ejecución de la misma, son los dos polos en donde se asienta la idea de subordinación jurídica.

Ramírez Gronda, citando a Colin³⁴, de quien proviene la idea de “subordinación jurídica”, se pregunta: “¿existen otras formas de subordinación que no son jurídicas?”.

Explicaba Ramírez Gronda que tanto el esclavo como el siervo contaban con una regulación por lo que se podría decir que tal forma de sometimiento, con resignación completa de libertad, también era una forma jurídica reconocida a pesar de lo aberrante que puede hoy significar la esclavitud. Refiere el autor que la subordinación de hecho proviene más de la realidad contemporánea. Puede manifestarse como de carácter técnico, económico o social, aunque sabemos que desde el punto de vista técnico el trabajador (especializado) conoce mucho más los secretos de su oficio que el propio empleador, o que posea bienes materiales mayores que los de su empleador, o que pertenezca a una clase social distinta de la del dador de empleo. Citando a Colin dirá que “por subordinación jurídica entiéndase un estado de dependencia real, producido por un derecho, el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes, de donde surge para el empleado la obligación de someterse a sus órdenes”.

Agrega Ramírez Gronda que esta subordinación no está encajada en un ámbito físico o temporal determinado de validez. Ella consiste, para el dador del empleo, en algunos casos, en dar órdenes; en otros,

³⁴ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 424, cita a COLIN, A., *La détermination du mandat salaire*, 1931, p. 97.

en la sola posibilidad de darlas o de hacerlas cesar y siempre en la posibilidad de sustituir su voluntad a la del trabajador cuando lo creyera conveniente³⁵.

En el concepto de relación de trabajo, para no estar atado a la idea del contrato, la LCT dispone que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio a favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen. Es decir, no le interesa al artículo 22 de la LCT el acto jurídico que dio nacimiento al vínculo, sino que haya un accionar por parte del trabajador, voluntario, mediante un pago y principalmente aparece, al igual que en concepto de contrato de trabajo, la imputación de que exista entre las partes la subordinación (“bajo la dependencia”).

En las dos normas (arts. 21 y 22 de la LCT), la que define el contrato de trabajo y la que identifica la relación de trabajo, se habla de dependencia, pero no le dan el calificativo de “jurídica”, aunque como señala Rodríguez Mancini –citando a Vélez Sársfield en la nota al artículo 499 del Código Civil– las obligaciones que integran una relación jurídica tienen por origen la ley, el contrato y el cuasi contrato, en los casos que pueda existir una relación precaria a la que se ampara, inclusive, a fin de solucionar los posibles conflictos que pudieran suscitarse, y concluye diciendo que no tiene significado en la ley si no es con el calificativo “jurídica” acompañando a “relación”, porque según este autor, no hay relación jurídica en la relación de cambio de trabajo por remuneración que no haya sido creada por un contrato³⁶.

Tal reflexión nos lleva necesariamente a tener que distinguir entre las diferentes formas en que se puede presentar la “dependencia” en las relaciones laborales: 1) dependencia técnica, 2) dependencia jurídica y 3) dependencia económica.

Existe relación de dependencia laboral simplemente cuando una persona que necesita utilizar su capacidad de trabajo para participar en el sistema productor de bienes y servicios, realiza esa participación a través de una organización empresaria total o preponderantemente

³⁵ RAMÍREZ GRONDA, ob. cit., p. 426.

³⁶ RODRÍGUEZ MANCINI, *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada* cit., t. II, p. 4.

ajena que, a la vez, realiza su finalidad empresaria sobre la base de la libre disposición del producto elaborado o del servicio mismo³⁷.

Recordando a De Ferrari dice que al celebrarse el contrato de trabajo lo que hace el empleador es reservarse el derecho o más bien la posibilidad normativa de dirigir la actividad ajena. Después, el titular de ese poder hará o no uso del mismo, según las circunstancias y necesidades de cada momento, particularmente según el lugar de prestación del servicio o naturaleza de éste³⁸.

En ese trabajo dirigido la actividad del dependiente se normativiza a través de órdenes concretas, por lo menos al iniciar la relación. Es la posibilidad que tiene el empleador de reemplazar la voluntad del dependiente por la suya propia en la realización del trabajo e inclusive el de separarlo definitivamente de la organización empresaria. La dependencia jurídica no está condicionada a que el empleador ejerza en forma concreta durante el desarrollo del contrato la facultad de dar órdenes al dependiente.

Es la sujeción del trabajador a los poderes del empresario resultante de su inserción en la organización jerárquica de la empresa. Es por esa razón que no es relevante que falten elementos objetivos de los que usualmente se expresa el poder de dirección (dar órdenes, fijación de horarios, poder disciplinario).

La centralidad, o imputación jurídica del trabajo en la dependencia, hoy es un problema, porque deja muchos fenómenos de trabajo humano sin cobertura, si bien como estrategia de los sectores empresarios, la idea de la dependencia, como llave de entrada al contrato laboral protectorio está perdiendo muchos trabajadores, es indispensable para entrar a la protección. Sin embargo, habría que buscar un concepto amplio que abarque cualquier fenómeno donde haya trabajo humano, inclusive el trabajo no remunerado del hogar. Entiendo que el trabajo humano, en todas sus formas, es el que debe ser protegido y por ende la discusión de la dependencia pasaría a un plano menor, en todo caso, una discusión

³⁷ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 591, cita a PERUGINI, Eduardo R., *Algunas consideraciones sobre la dependencia laboral*, en D. T. 34-230, y *La dependencia laboral*, en D. T. 32-87.

³⁸ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 594, cita a DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 1961, t. I, ps. 366/367.

del pasado. Nuestra Constitución, en el artículo 14 bis, dice que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, sin aclarar si se está hablando de trabajo dependiente o de otra forma.

Claro que el tema sería quién se hace cargo de los costos que se deriven de esa tutela, más allá de que haya, además, contraprestación económica por el trabajo realizado. Es decir, discutir quién debe pagar es harina de otro costal, la cuestión es que lo que no se puede poner en tela de juicio es que el trabajo humano, cualquiera sea su forma, denominación, con lucro, sin lucro, benéfico, etcétera, merece protección.

Por ende, un criterio amplio del buen vivir, según la Constitución de Ecuador (o proyecto de vida digno, según los derechos humanos internacionales), exige de la comunidad proteger a todo ser humano que trabaja, porque de esa manera no solamente se protege al individuo sino también a toda la comunidad donde se desarrolla, dándole la posibilidad de progresar de manera autónoma, individual y colectivamente, que es en definitiva la idea más cercana al concepto de dignidad.

Si esa exigencia social implica un costo económico, o en otros términos, de recursos necesarios para satisfacer este bien común, no existe otro lugar de donde sacarlo que del capital, o de aquellos que lo detentan. Aunque éste es un tema político, no jurídico, por más que contenga connotaciones jurídicas. En consecuencia, es al que tiene el capital al que se le debe exigir que contribuya en la distribución de su riqueza, no existe otro lugar de donde sacar los recursos. Incluso en la hipótesis de la llamada “flexiseguridad”, que es la última gran movida tendiente a trasladar los riesgos económicos de las empresas a la sociedad, vía impositiva, pues en definitiva la cobertura que pudiera necesitar un modelo ultraflexible como sería la flexiseguridad (flexibilidad laboral con seguridad social) tendría que abastecerse de recursos. Éstos sólo pueden obtenerse vía impuestos, y obviamente tributará aquel que tenga recursos para pagarlos. Esta carga pública sería una forma de “sociabilizar” los costos del capitalista, con el solo objetivo de maximizar sus riquezas, a fin de esperar que por abundancia se “derrame” parte de sus ganancias vía inversiones, si es que al capitalista se le ocurre hacerlo y en dónde se le plazca. Sin perjuicio de que opino que es el peor modelo, es una opción política, pero cualquier

opción que se elija no puede perder de vista cuál es el bien jurídico protegido. En el Derecho del Trabajo es la persona que trabaja.

Por esa razón, no debe confundirse cuáles son las cuestiones macroeconómicas y de técnicas de la economía con los derechos de las personas. Entiendo que, de pensarse en un concepto abarcador de la idea de trabajo humano que merece protección, como centro de imputación, independientemente de la idea de lucro o de la de dependencia –porque éstos son conceptos resbaladizos frecuentemente eludidos–, debe, por cierto pensarse en el ser humano que interviene con su cuerpo (energía psicofísica) en una actividad productiva o de servicios, cualquiera que ésta fuese; debe nacer la idea de protección, sea por el vínculo subordinado en razón de la relación jurídica jerárquica (trabajo dirigido), sea por la relación subordinada por motivos económicos, sea en ambos con la puesta del cuerpo (psicofísico) a disposición de otro que sólo por esto último (poner el cuerpo) merece protección de quien obtiene un aprovechamiento económico.

Finalmente, Fernández Madrid recuerda que Krotoschin advertía que el derecho de dirección quizá cesará de ser criterio predominante para determinar la aplicación de las normas laborales, y la dependencia no se identificaría necesariamente con la obligación de cumplir órdenes. Seguramente esta obligación continuaría siendo un indicio importante, pero quizás habría que buscar las causas de la diferenciación preferentemente en otros signos, sacados de la situación social del prestador de los servicios, sea que éste se halle integrado a una empresa o no, y de la función protectora del Derecho aplicable. Esto conduciría probablemente, en algunos casos, a una revisión de los criterios de aplicación de las normas específicas del Derecho del Trabajo³⁹.

VI. Cambios en la configuración jurídica de la dependencia

Las figuras que han presentado conflictos, llamados también casos dudosos, no son más que un cúmulo de casos que por determinadas circunstancias han quedado atrapados por el Derecho del Trabajo o abandonados sin protección y se los ha denominado como figuras no

³⁹ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 594, cita a KROTOSCHIN, Ernesto, *Reflexiones sobre el concepto del trabajador*, en L. T. XIX-B-769.

laborales, como por ejemplo: religiosas profesas, concubinos; o figuras civiles y comerciales: locación de servicios, locación de obra, el mandato y otras más recientes como las llamas “pasantías” (creadas por ley 26.425).

Existen otras figuras, que también integran esta lista de casos “dudosos”, aunque suele la jurisprudencia inclinarse por el vínculo laboral, aunque con diferentes variantes. Esos casos dudosos de relación de dependencia como transportistas y fleteros, en principio genera entre las partes una relación comercial conforme al fallo plenario “Mancarella”⁴⁰, salvo que se demuestre la dependencia.

En los casos de los socios de cooperativas de trabajo, si bien integran la lista de los controvertidos, por haber sido utilizada la figura reiteradamente para configurar fraude laboral, niega la mayoría de la jurisprudencia la posibilidad de que estas personas reúnan el doble carácter de socio y de trabajador o empleado. Otros que se incorporan entre los dudosos son los corredores, que es otra figura que puede desempeñarse tanto en forma autónoma como en relación de dependencia (ver leyes 14.546 y 25.028). También cuenta con regulación especial el contrato asociativo de explotación tambera (ley 25.269). Además, no hay que olvidarse del vínculo de trabajo a domicilio (ley 12.713), que prevé el trabajo que se realiza en la vivienda del obrero o en un local elegido por él.

Una actividad que adquirió relevancia, después de las masivas expulsiones de trabajadores con la privatización de las empresas y la transformación del sistema productivo que llevó a una precarización del trabajo y un desempleo estructural (no reconocido), fue la de los choferes de autos de alquiler, llamados “remiseros y taxistas a porcentaje”, en estos casos la jurisprudencia tiende a considerar al remisero trabajador autónomo, sin embargo existe jurisprudencia que ha entendido que la directiva expresa del artículo 23 de la LCT dispone que el mero hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario, en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien utilice

⁴⁰ CNAT, 26-6-56, *in re* “Mancarella, S. c/Viñedos y Bodegas Arizu SA”.

el servicio, aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato⁴¹. En tanto que al taxista la jurisprudencia tiende a considerarlo como en relación de dependencia, aunque también dependerá de la casuística y de las pruebas con que se cuente, aunque suelen ser muy escasas y básicamente se apoyan en la testifical, con la relatividad que puede caracterizar este tipo de prueba.

Otros casos que han desatado bastante polémica son los relacionados con personal que desempeña cargos ejecutivos como los directores titulares, a los que según determinadas características se les reconoce la relación de dependencia. Dice Carcavallo⁴² que es frecuente constatar en la práctica la situación de personas que forman parte del directorio de una sociedad anónima y que, a la vez, ocupan cargos ejecutivos en la misma, desempeñando en tales condiciones funciones de carácter técnico-administrativas. Es lo que se ha dado en llamar el “director ejecutivo” de una empresa, situación que se diferencia de la de aquel que simplemente forma parte del directorio, pero que no lleva a cabo las aludidas tareas y funciones de carácter técnico-administrativas. El conflicto se presentó en cuestiones relacionadas con los organismos previsionales, que computaron al desempeño de funciones técnico-administrativas para la misma sociedad de la que era director, como elemento configurativo de un contrato de trabajo para con aquélla, criterio éste que fue luego avalado por los tribunales⁴³. Es por ello

⁴¹ CNAT, sala V, 6-12-2006, *in re* “Ventura, Guillermo SA c/Organización de Remises Universal SRL y otros”.

⁴² CARCAVALLO, Esteban, *Cargos ejecutivos, subtema “directores titulares”*. *Relación de dependencia*, en L. L. Online. Ver también al respecto autores como ACKERMAN, Mario y TOSCA, Diego, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. II, *La relación individual del trabajo – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005; FARINA, Juan M., *El director con vínculo laboral en la empresa. La función de director de sociedad anónima configura una relación jurídica extraña al contrato de trabajo. Remuneraciones suplementarias a los directores*, nota colab. en *Cuadernos del Segundo Congreso de Derecho Societario*, Mar del Plata, octubre de 1979, editado por la Cámara de Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1979; MARTORELL, Ernesto R., *La función de director de una sociedad anónima excluye la relación de dependencia*, nota colab. en *La Información*, t. 50, N° 655, julio de 1984; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I; ROUILLON, Adolfo, *Código de Comercio, comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

⁴³ CNAT, sala V, 30-4-73, “Pirichinsky, Simón c/Laboratorios Moretti SA”;

que por una necesidad de dar definición al tema se intentó establecer algunas pautas, como por ejemplo si podía admitirse que el director de una sociedad anónima sea a la vez empleado de la misma, ponderándose la manera en que podrían coexistir ambas condiciones. Por otro lado, si las funciones de un director pueden asimilarse a las de un trabajador dependiente de la sociedad.

La jurisprudencia ha dicho que cuando el trabajador no prueba que haya estado bajo dependencia del demandado, que haya recibido de él sus remuneraciones ni que aquél ejerciera o pudiera ejercer a su respecto las facultades de organización y dirección típicas de la empresa conforme lo disponen los artículos 21, 22 y 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, es decir no prueba que la remuneración, el horario y los francos entre otros aspectos de la relación laboral no eran fijados por el demandado en forma personal no existe contrato de trabajo⁴⁴. Es evidente que esta manera de analizar el caso desvirtúa las formas que el legislador ha diseñado para llegar a la verdad objetiva. Digo esto porque si no se probaron los elementos necesarios que constituyen el concepto de contrato de trabajo, no parecería útil para la resolución del caso citar el artículo 23 de la LCT. Al hacerlo, se confunde cuál es la regla de la decisión y se podría pensar que los jueces exigen la “dependencia” para la aplicación de la presunción del artículo 23 de la LCT. Tal exigencia vacía de contenido la norma, porque de ser así, entonces, para qué el legislador se tomaría el trabajo de escribir además los artículos 21 y 22 de la LCT. Éste es uno de los mayores problemas que se presentan a la hora de analizar los casos, que no mantienen coherencia.

En otro caso, por el contrario, se puntualizó que había existido una relación laboral y no un contrato de locación de servicios si de los testimonios aportados a la causa puede colegirse que el actor se encontraba bajo la dependencia técnica y jurídica de la demandada, en tanto prestó tareas a sus órdenes en un *call center* por un periodo

CFed.SS, sala II, 31-12-2007, “Macua, Alberto J. en rep. de Alberto Jesús Macua SA c/Dirección General Impositiva”, L. L. Online del 24-10-2006; TFN, 22-9-2005, sala A, “Luis Guillon SA”, L. L. Online del 24-10-2006.

⁴⁴ CNAT, sala IX, 30-12-2004, “Russo, Savino c/Carpentieri, Juan A.”, D. J. del 22-4-2005, p. 1066; L. L. Online.

continuado de tiempo contra una retribución periódica, y debía reportarse a su jefe y cumplir un horario y jornada de trabajo fijas, no obstante a ello el hecho de que percibiera esa retribución bajo la denominación de honorarios⁴⁵. Aquí no importaron tanto las cuestiones formales como la denominación de “honorarios” a lo que se le pagaba al trabajador, la realidad se impuso.

En contextos de cambio una reforma del artículo 2º de la LCT eliminó la exclusión de las personas que se desempeñan en casas particulares, y la exclusión aquí era una situación bastante injusta, porque a pesar de tener demostrada la relación de dependencia, igualmente, por decisión del legislador se excluía al personal llamado en el régimen anterior “doméstico”. Es interesante recorrer un poco la jurisprudencia para observar cuál fue la explicación de los jueces, que por mayoría insistían que esa exclusión no era inconstitucional, a pesar de que la constitución manda proteger cualquier tipo de trabajo. Con la sanción de la ley 26.844 se crea el “Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares”. Esta norma puso fin a muchos años de injusticia y de trato diferenciado a personas que por ubicarse en una situación de hecho determinada se la estigmatizaba a un tipo de relación, que por sus características especiales, inexplicablemente, se la excluía del régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo, pues la Constitución ordena proteger al trabajo en sus diversas formas, y las labores en casas particulares sin fines de lucro no deja de ser un trabajo que merece protección.

Los jueces no se animaron a avanzar en una declaración de inconstitucionalidad de un régimen dictado por una dictadura que se sustentaba en los ideales del ultraliberalismo conservador; definitivamente el poder constituido a través del Poder Legislativo hizo realidad el mandato constitucional que ordena garantizar al trabajo en todas sus formas (art. 14 bis, CN).

El único que sí entendió el criterio constitucional de manera correcta fue el doctor Capón Filas que en minoría sostuvo, respecto del anterior decreto 326/56⁴⁶, hoy derogado por la ley 26.844, que correspondía

⁴⁵ CNAT, sala I, 30-6-2009, “Toso, María Angélica c/Superintendencia de Riesgos del Trabajo y otro s/Despido”, L. L. Online.

⁴⁶ Para una búsqueda acabada sobre el régimen anterior puede consultarse: BER-

declarar la inconstitucionalidad de la exclusión contenida en el inciso b, del artículo 2º de la LCT y establecer que a los trabajadores del servicio doméstico les corresponde el Régimen de Contrato de Trabajo, con lo cual el régimen especial de que se trate debe ser compatibilizado con el régimen general, al igual que cualquier otro estatuto profesional. La inconstitucionalidad del referido artículo fue manifiesta por cuanto discriminaba a los trabajadores domésticos y los excluía de las estruc-

MÚDEZ, Rosanna E., *La cobertura previsional del servicio doméstico. Su actual tramitación administrativa*, en D. L. y S. S. 2011-B-183; CAPÓN FILAS, Rodolfo E., *Servicio doméstico y Mercosur*, en D. T. 2000-A-788 a 794; CORREA, Karina A., *Prescripción bianual de las acciones derivadas de la aplicación del estatuto del servicio doméstico*, en D. T. 1998-B-1839 a 1840; CURUTCHET, Eduardo E., *Control de constitucionalidad del régimen del servicio doméstico*, nota a fallo, en D. L. y S. S. 2010-B-1253; ELMELAJ, María Laura, *La desprotección de los protegidos. Paradoja del servicio doméstico con especial énfasis en lo que acontece en la Provincia de Mendoza*, en D. L. y S. S. 2010-B-1798; LÓPEZ OLEAGA, María Laura, *Estatuto del servicio doméstico*, en D. L. y S. S. 2010-B-2176; MACHADO, José Daniel, *Acceso al ámbito de protección del decreto 326/56 para trabajadores del servicio doméstico*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2003-2, *Estatutos y otras actividades especiales – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 277 a 319; MARTÍN YÁÑEZ, María Teresa, *El régimen especial para el personal del servicio doméstico de la ley 25.239*, en D. L. y S. S. 2011-A-565; PEDRINI, Lucrecia, *Servicio doméstico y Ley de Contrato de Trabajo: algunas reflexiones*, en D. L. y S. S. 2009-B-1784; PEÓN, Rodolfo A., *La problemática de los trabajadores del servicio doméstico*, nota a fallo: CFed.SS, sala 1, 7-6-2004, “Garetto, Yolanda S. c/Administración Federal de Ingresos Públicos Dirección General Impositiva”, en D. L. y S. S. 2004-B-1448 a 1454; PINOTTI, Mónica, *Capacidad y minoridad en el servicio doméstico*, en J. A. 2009-II-1332; POSE, Carlos, *Sobre el régimen de prescripción liberatoria, aplicable al campo del servicio doméstico*, nota a fallo: CNCiv., sala K, 30-6-2003, “Hernández, Mirta S. c/Ruival, Heraclio y otro”, en *Doctrina Laboral*, Errepar, Buenos Aires, vol. XVII-220, ps. 1184 a 1186; PRANDONI, Enrique A. y VIRGILI, Claudio S., *La desprotección de la maternidad en el estatuto del servicio doméstico*, en *Doctrina Laboral*, Errepar, Buenos Aires, 2003, vol. XVII-212, ps. 330 a 337; PRECEDO, Enrique, *El servicio doméstico y el contrato de trabajo*, en L. L. 2010-A-285; SALUDJIAN, Mariano, *Servicio doméstico: requisitos y exigencias probatorias para los empleados del servicio doméstico. Primera parte*, en D. L. y S. S. 2009-A-184; *Servicio doméstico: requisitos y exigencias probatorias según lo establecido en la circular ANSeS 57/2008. Segunda parte*, en D. L. y S. S. 2009-A-372; TOSCA, Diego M., *Los trabajadores dependientes que se desempeñan en el servicio doméstico y que no se hallan alcanzados por el ámbito de aplicación personal del decreto ley 326/56*, en D. T. 2003-B-1805 a 1810. *Boletín Temático de Jurisprudencia “Servicio Doméstico”, Oficina de Jurisprudencia de la CNAT.*

turas básicas protectoras del Derecho Laboral sin razón objetiva alguna. Como lo ha receptado la conciencia ética de la humanidad y lo ha expresado en la Carta Internacional de Derechos Humanos: todo ser humano, en igual situación, debe ser tratado de igual manera⁴⁷.

La nueva ley sustituye el párrafo del inciso b del artículo 2º de la LCT (ley 20.744) por el siguiente texto: “Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente” (art. 72 de la ley 26.844).

De esta manera se lo protege especialmente, si bien se consagra la aplicación del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, en las condiciones allí previstas (art. 1º, párrafo 2º), se establece como ámbito de aplicación territorial del régimen “especial” a todo el territorio de la Nación. Los empleados y empleadas que presten trabajos en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importe para el empleador lucro o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados para tales labores. De esta manera se puso fin a la controversia que existía en el viejo decreto 326/56 para encuadrar a una persona que se desempeñase en casas de familia. Son innumerables los fallos que han hecho hincapié en el requisito del mínimo horario, pues se ha dicho que si se desempeñaban tareas domésticas en el domicilio del demandado, por un lapso de dos horas diarias durante cuatro días a la semana y a cambio de tales servicios el accionado le proporcionaba una habitación, se encuentra excluida del Estatuto del Servicio Doméstico, por cuanto el tiempo de prestación es inferior al que establece el decreto 326/56. Más grave aún resultaba que los jueces tampoco encuadraban dichas tareas en la LCT (art. 2º). En consecuencia, entendieron que no correspondería aplicar al caso lo dispuesto por el artículo 11 de la LCT y por aplicación de la regla *iura novit curia* en conjunción con el

⁴⁷ CNAT, sala VI, expte. 9554/97, sent. def. 52.364 del 20-12-99, “Martínez Acosta, Agustina c/Lamarca de Colombato, Estela y otro s/Despido” (Capón Filas, Fernández Madrid, De la Fuente).

artículo 16 del Código Civil, aplicaban la relación como autónomo, regulado por el contrato de locación de servicios propio del ámbito civil que, al romperse, genera la reparación de daños y perjuicios⁴⁸. También se sostenía con el régimen antiguo que las tareas domésticas, cuyo tiempo de prestación fuese menor a cuatro horas diarias, se encontraban excluidas del decreto 326/56 como así también de la LCT (art. 2º, inc. b). Sin embargo, el encuadramiento del caso debe hacerse a la luz de lo que fija el artículo 11 de la LCT, no porque dicho plexo normativo resulte aplicable, sino porque en el mismo se plasma un principio general de interpretación y aplicación de la ley que debe regir todos los casos en los que hay prestaciones de carácter laboral, más allá de que dichas relaciones se encuentren comprendidas por la ley. En ese sentido los componentes salariales de la condena no ofrecen ningún problema porque las deudas salariales deben abonarse cualquiera sea la regulación que se elija. La indemnización por antigüedad y sustitutiva del preaviso será la que fija el estatuto aludido y no resultarían aplicables en la especie las sanciones de los artículos 8º y 15 de la ley 24.013⁴⁹. De esa manera se encontraba una disparidad de criterio que no contribuía en nada a la realización de los derechos que reconoce el artículo 14 bis de la CN. De tal manera que esta ley pone fin a ese debate y deja claro que todos los que presten tareas en casas de familia, sin importar el horario y la cantidad de días de la semana, están dentro de su régimen especial, aplicándose subsidiariamente el régimen general (LCT).

La ley cambia la denominación de esta especial prestación de servicios, derogando el decreto 326/56 que los nombraba como “domésticos” (ver art. 75 de la ley 26.844) y ahora llama a esas tareas como “trabajo en casas particulares”. La ley entiende por trabajo en casas particulares a toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Dentro del concepto “otras actividades típicas del hogar” aparecen todos aquellos casos dudosos que llevaron a la jurisprudencia a innumerables

⁴⁸ CNAT, sala X, expte. 8515/2001, sent. 11.669 del 28-4-2003, “Maya Salinas, Raidelinda c/Catalano, Alfredo s/Despido” (Simon, Corach, Scotti).

⁴⁹ CNAT, sala X, expte. 8515/2001, sent. 11.669 del 28-4-2003, “Maya Salinas, Raidelinda c/Catalano, Alfredo s/Despido” (Simon, Corach, Scotti).

fallos que debatían acerca de encuadrar o no a determinadas tareas que se daban en el ámbito del hogar pero que no eran específicamente las de limpieza. Por ejemplo: si la tarea que desempeñaba el trabajador consistía en el cuidado, limpieza y mantenimiento de una quinta en la Provincia de Buenos Aires, propiedad del demandado, la relación entre las partes cae dentro de la órbita del decreto 326/56, que regulaba al personal llamado en ese entonces “servicio doméstico”⁵⁰. También se encuadraba en esa regulación a quien realizaba en el domicilio del demandado tareas de mantenimiento y limpieza del hogar y una prestación complementaria o paralela como dama de compañía, toda vez que la tarea preponderante giraba en torno al mantenimiento del hogar⁵¹. En caso de que hubiera prestación de servicios vinculados a la actividad mercantil o profesional del empleador a la vez que prestación de tareas dentro de la vida doméstica, la caracterización del contrato según la jurisprudencia dependía de la actividad predominante⁵². En esa línea también se incluía la vinculación en la que la trabajadora además del mantenimiento y limpieza del hogar, realizaba tareas de cuidado de un niño y pagos en algún banco, pues no cambia el régimen jurídico la circunstancia de que la empleada realice actividades complementarias toda vez que la vida en el hogar lleva a concluir que cualquiera de dichas actividades constituye una extensión del servicio “para la casa”⁵³. Es decir, la asistencia personal y acompañamientos prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad. En el régimen anterior la relación entre

⁵⁰ CNAT, sala III, expte. 15.825/94, sent. def. 69.499 del 31-5-95, “Estigarribia, Reinaldo c/Licovsky, Abel s/Despido” (Guibourg, Eiras).

⁵¹ CNAT, sala VI, expte. 9297/95, sent. int. 18.436 del 28-2-97, “Pazos, Noemí c/Taboada, Jorge y otro s/Despido”. Doctrina extraída del dictamen del fiscal general 29.096 del 19-2-96 al que adhirió la sala.

⁵² CNAT, sala III, 16-10-98, “Velázquez González, Walter C. c/Cirio, Orestes R. y otro”, D. T. 1999-A-250. En el mismo sentido: CNAT, sala IV, expte. 5459/2011, sent. def. 95.593 del 15-7-2011, “Guaraz, Ramona del Carmen c/Ivalle Rastelli, María Luisa y otro s/Despido” (Guisado, Pinto Varela).

⁵³ CNAT, sala VI, expte. 9554/97, sent. def. 52.364 del 20-12-99, “Martínez Acosta, Agustina c/Lamarca de Colombato, Estela y otro s/Despido”, del voto del doctor Fernández Madrid, en mayoría (Capón Filas, Fernández Madrid, De la Fuente).

la trabajadora y el demandado a quien cuidaba la primera mientras estuvo enfermo, aunque no en forma exclusiva, sino que también hacía la limpieza de la casa, cocinaba, lavaba, planchaba, etcétera, comprende las relaciones de trabajo que los empleados de ambos sexos prestan dentro de la vida doméstica y que no importen para el empleador lucro o beneficio económico. Vale decir que se trata de servicio prestado en la casa en el significado de hogar; en suma, el que se realiza en la sede de la vida familiar. De esa manera habían sido notas tipificantes de la relación regulada por el sistema anterior: a) prestación de tareas inherentes al hogar; b) la convivencia, y c) la falta de lucro. Para el actual régimen basta con la prestación de tareas para el hogar⁵⁴.

El cambio normativo despeja también el criterio muchas veces utilizado para descartar la aplicación de la LCT de que el empleador del personal doméstico carece de una organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección con la finalidad de producir bienes o prestar servicios, como se dijo en el caso “Maquera” de la sala X⁵⁵. Así se interpretaba con el régimen anterior a fin de la aplicabilidad o no de la LCT, criterio que debe dejarse de lado pues la presunción del último párrafo del inciso f del artículo 3° de la ley 26.844 se inclina por un régimen único, y por esa razón la solución para un caso similar será por la regla de la LCT y en su defecto se aplicará el régimen de la ley 26.844.

De esta manera se amplió el ámbito de aplicación de la cobertura en cuanto a las pautas tomadas con el sistema anterior respecto a la definición que ensayaba el fallo que comentamos, pues la definición de empresa del artículo 5° de la LCT respecto de la organización de medios no dice que la finalidad sea la de “producir bienes o prestar servicios” (como dijo el fallo que citamos en la nota anterior), sino que la norma mencionada dice expresamente: “ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos” y al empleador le basta reconocerlo a partir de requerir “los servicios de un trabajador” (art. 26 de la LCT). Es decir que la finalidad de lucro o la producción

⁵⁴ CNAT, sala III, expte. 8770/2006, sent. def. 90.643 del 27-2-2009, “Zalazar, Lucila c/De Achaval, Fernán y otro s/Despido” (Porta, Guibourg).

⁵⁵ CNAT, sala X, expte. 36.702/2009, sent. def. 17.439 del 30-4-2010, “Maquera Condori, Elena c/García Laredo, Jorge David y otro s/Despido” (Stortini, Corach).

de bienes no son determinantes, sea para un régimen u otro, pues no son datos significativos que sirvan para caracterizar uno u otro sistema.

Cabe tener presente además la situación del personal que realiza el cuidado de personas ancianas, enfermos, y aquel artículo 2º de la nueva ley 26.844 amplía ese ámbito.

Antes, si había tareas de limpieza y mantenimiento de la casaquinta perteneciente al demandado, dicha relación quedaba acaparada por el régimen especial anterior, especialmente porque se hacía hincapié en la falta de fines de lucro⁵⁶. En esa línea, es importante el lugar en donde se presta el servicio en actividades típicas del hogar y por cierto que las de jardinería están incluidas y no hace falta tener que examinar como se hacía de recurrir a la escala salarial del decreto reglamentario para entender que se estaba dentro del régimen de domésticos, con formulaciones verbales poco usuales al lenguaje común como era la utilización del término *domus*, ahora basta con saber que la persona física prestó servicio en una casa particular o en el ámbito de la vida familiar y que no importe, para quien contrata, lucro o beneficio económico. Creo que tal vez la disyuntiva “beneficio económico” es una expresión poco feliz, porque en ese sentido, para la aplicación de la LCT, tal finalidad es indiferente y también debiera serlo para este tipo de actividades.

Una persona fue contratada para el cuidado del jardín que el empleador posee en su domicilio particular, por lo que es claro que su actividad resulta exclusivamente dirigida a mantener en condiciones el parque ubicado en esa vivienda, que consistía en cortar el césped, podar y plantar plantas y mantener el parque libre de hojas y suciedad. Tales circunstancias fácticas son claramente trabajo, pero cuando se le atribuyen condiciones especiales al rol o figura del empleador, la cuestión parece poner un manto de dudas. Es importante tener en cuenta que lo que interesa es encontrar que la norma proteja el trabajo (en sus diversas formas) y en consecuencia el análisis de la figura del empleador es secundario o colateral del trabajo que debe contar con esas herramientas protectorias. El debate del encuadre (si está afuera o no de la LCT) ha sido superado por este nuevo régimen.

⁵⁶ CNAT, sala VII, expte. 10.425/2009, sent. def. 43.228 del 30-12-2010, “Cuadros García, Yanet c/Álvarez Equileta, Teodoro Francisco s/Despido” (Ferreirós, Rodríguez Brunengo).

En definitiva, en caso de no tratarse de una prestación susceptible de quedar encuadrada en la regulación legal del “contrato de trabajo”, con la presunción que emana del artículo 23 de la LCT, escapa al ámbito de aplicación propio del régimen destinado a reglarlo allí⁵⁷ y se regulará por la ley 26.844. Entendemos que igualmente existe una ampliación del ámbito de aplicación del régimen especial, porque la jurisprudencia dejaba afuera el caso de cuidado de personas ancianas, enfermos, y aquel artículo 2º amplía ese ámbito y los incluye.

La norma también vino a traer mayor claridad acerca de los excluidos del régimen especial de casas particulares. Tal vez con la finalidad de evitar la proliferación de litigiosidad y a riesgo de ser detallista, la nueva ley provee herramientas claras de interpretación de aquellos casos que pueden producir conflicto de encuadre y para ello establece las exclusiones específicas del régimen (art. 3º de la ley 26.844). De esa forma quedarán excluidas: “a) Las personas contratadas por personas jurídicas para la realización de las tareas a que se refiere la presente ley”. Este inciso diseña una forma por la cual resulta necesario determinar el tipo de persona que contrató al trabajador. La forma que eligió el legislador para desplazar de su aplicación a este tipo de contratos puede generar alguna controversia en los casos de personal que es contratado por personas físicas para este tipo de tareas pero para desempeñarse en establecimientos comerciales o fabriles. Sin embargo, tal duda queda totalmente despejada porque a esta condición de persona física que *a contrario sensu* dispone el inciso a, del artículo 3º, debe sumarse las que establece el artículo 1º de la ley, es decir que además se trate de casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importe para el empleador lucro o beneficio económico directo. La jurisprudencia había descartado del régimen especial a las tareas de planchadora que realizaba la trabajadora cuando eran llevadas a cabo en un establecimiento comercial –lavadero– explotado con fines de lucro⁵⁸. En otro caso en que se trataba de tareas de limpieza, preparación de alimentos e infusiones para los empleados,

⁵⁷ CNAT, sala II, expte. 13.491/2008, sent. def. 98.810 del 16-12-2010, “González Flores, Anselmo c/Jackson, Juan Pedro y otro s/Despido” (Pirolo, Maza).

⁵⁸ CNAT, sala X, sent. 9337 del 27-3-2001, “Cafaro Aguirre, Betina c/Palmadessa, Gustavo s/Despido” (Corach, Simon).

etcétera, realizadas en un establecimiento perteneciente a una sociedad mercantil, no pueden ser encuadradas en el estatuto especial⁵⁹. Tampoco se encuadró al personal de “caseros” que si bien se desempeñaba dentro del inmueble del demandado, éste lo había alquilado a una empresa para la realización de grabaciones de un programa de televisión, por no realizarse esa tarea “dentro de la vida doméstica”⁶⁰. Con igual exclusión se trató a quienes prestaban tareas administrativas en el taller mecánico de la demandada y que fue vista también realizando tareas de limpieza en dicho lugar, pues los empleados que presten servicios vinculados a las actividades mercantiles o profesionales del empleador, en forma preponderante por no estar comprendidos en dicho ámbito, se los encuadró en la relación habida entre las partes dentro de la LCT⁶¹. Tampoco pueden encuadrarse en dicho ámbito las labores desempeñadas por un trabajador en el ámbito de un crucero (ya sea amarrado en puerto o de viaje), porque quedarían reguladas por las normas de la LCT, decisión que se basó en que se trataba de tareas realizadas fuera del ámbito del hogar familiar, al que no puede asimilarse un yate, por más que sirviera de alojamiento temporal los fines de semana. Ello porque sólo se comprende en ese ámbito a las relaciones de trabajo que los empleados de ambos sexos prestan dentro de la vida doméstica y que no importen para el empleador lucro o beneficio económico⁶². Otro supuesto de exclusión del régimen son aquellas personas que “b) [...] emparentadas con el dueño de casa, tales como: padres, hijos, hermanos, nietos y/o las que las leyes o usos y costumbres consideren relacionadas en algún grado de parentesco o vínculo de convivencia no laboral con el empleador”. El fallo

⁵⁹ CNAT, sala III, expte. 9582/2001, sent. def. 84.738 del 21-4-2003, “Herrera, Catalina c/Expreso Angélica SA s/Despido” (Porta, Eiras), en sentido análogo sent. del 30-4-56 el registro de esta sala, L. L. 92-14.

⁶⁰ CNAT, sala I, expte. 15.825/2001, sent. def. 82.505 del 6-4-2005, “Olguín, Ena c/Rodríguez Alcobendas, Mariano y otro s/Accidente” (Vilela, Puppo).

⁶¹ CNAT, sala III, expte. 30.473/2007, sent. def. 90.772 del 31-3-2009, “Dure, Emilce Edith c/Andrada, Nancy Soledad s/Despido” (Porta, Guibourg). En sentido análogo sent. 84.738, 21-4-2003, en autos “Herrera, Catalina c/Expreso Angélica SA s/Despido”, sala III.

⁶² CNAT, sala III, expte. 14.233/95, sent. def. 77.588 del 16-10-98, “Velázquez González, Walter c/Cirio Orestes, Ricardo y otro s/Despido” (Porta, Guibourg).

plenario 133 había establecido doctrina respecto de la interpretación dispar que generaba la antigua redacción del decreto hoy derogado, en esa oportunidad se había sentado que “Las personas emparentadas a que se refiere el artículo 2º del decreto-ley 326/56, son únicamente los ascendientes, descendientes, hermanos y afines en línea recta”⁶³, ahora la norma es más clara y establece quiénes son las personas emparentadas; sin embargo por el tipo de redacción que se utiliza en la nueva norma es evidente que se incluyen otras que no son parientes. Aparece una nueva figura que no se involucra con la expresión “emparentada” y son aquellas que tengan “vínculo de convivencia no laboral con el empleador”; son las personas que conviven y pueden mantener una relación de amistad o afectiva que de alguna manera cohabitan en un mismo techo, pero que no prestan servicios de índole laboral. También quedan excluidas quienes fuesen profesionales especializados en el cuidado de personas. En el viejo régimen se descartaba expresamente a las personas contratadas exclusivamente para cuidar enfermos.

La excepción ahora es para: “Las personas que realicen tareas de cuidado y asistencia de personas enfermas o con discapacidad, cuando se trate de una prestación de carácter exclusivamente terapéutico o para la cual se exija contar con habilitaciones profesionales específicas...” (inc. c). Quedan afuera quienes fuesen contratados para realizar tareas “exclusivamente terapéuticas” o que por la índole de la prestación se requiera de habilitación profesional. El legislador hizo una distinción importante porque incluye dentro del régimen a quienes realicen tareas de cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad (art. 2º de la ley 26.844).

En los supuestos en que la persona que prestaba servicios además de realizar las tareas típicas de la casa particular (cocina, limpieza, etc.) acompañaba también a “eventos sociales”, es decir como “dama de compañía”, realizaba tareas que llama de “administradora” (cobrar la jubilación de su empleadora, retirar dinero de una cuenta bancaria para solventar gastos del hogar, administrar esos gastos, pago de ser-

⁶³ CNAT, plenario 133, “Vidal, Ana Elisa”, del 14-7-70, L. L. 139-360, D. T. 1970-654.

vicios y facturas), queda incluida puesto que también son tareas domésticas. Cabe advertir que las relaciones de personal de casas particulares comprenden todas las actividades inherentes al normal funcionamiento de la vida interna de una familia y referidas a los trabajos propios de los servicios de una morada. Tal conclusión no se podría ver enervada por la tangencial alusión al “cuidado personal de un cuñado con discapacidad” que vivía en el domicilio de su empleadora, pues el estatuto excluye a las personas “exclusivamente contratadas para cuidar enfermos...”, mientras que, en el caso, la accionante no invocó haber realizado tareas paramédicas, como colocar inyecciones, practicar curaciones, realizar controles de rutina, etcétera, sino las propias de una dama de compañía, figura ésta que no se identifica con la del cuidador de enfermos y, por otro lado, faltaría la nota de exclusividad si se realizan múltiples tareas domésticas⁶⁴.

Otra exclusión del sistema es el caso de las personas contratadas para conducir vehículos, si bien el régimen anterior no decía ni aclaraba en qué condiciones la norma agrega dos: “Las personas contratadas únicamente para conducir vehículos particulares de la familia y/o de la casa” (inc. d). Es decir, en el texto derogado no se aclaraba qué tipo de vehículos y si éstos podían tener algún tipo de relación diferente a la del hogar; en cambio ahora, el encuadre del vínculo laboral queda sujeto a que el vehículo sea “particular de la familia y/o de la casa”, es decir que el vehículo no debe tener algún otro tipo de afectación. También quedan afuera del régimen las personas que convivan en el alojamiento con el personal de casas particulares y que no presten servicios de igual naturaleza para el mismo empleador (inc. e). La norma encontró una redacción más clara que la anterior, estableciendo una pauta general sin detalles que pudieran conducir a confusión, pues requiere “que no presten servicios de igual naturaleza”. Es decir que lo determinante sería que si prestan servicios en la casa se aplicaría

⁶⁴ CNAT, sala IV, expte. 29.092/2007, sent. def. 93.910 del 26-2-2009, “Lastra, Juana del Tránsito c/Clancy, Liria Marta Isabel y otros s/Despido” (Guisado, Zas). En el mismo sentido, sala IV, expte. 26.261/2006, sent. def. 94.279 del 31-8-2009, “Achinelli Cardozo, Mirta Beatriz y otro c/Young & Rubicam SA y otro s/Despido” (Guisado, Ferreirós), y sala IV, expte. 2834/2008, sent. def. 95.633 del 5-8-2011, “Prina, María Esther c/Vitta, Dora Mabel s/Despido” (Guisado, Marino).

el artículo 5º de la nueva norma. Allí se dispone que en caso de contratarse más de una persona de la misma familia para prestar servicios a las órdenes de un mismo empleador, la retribución deberá convenirse individualmente con cada uno de ellos.

Otro supuesto interesante es el caso de la prestación de tareas múltiples que son las que además de realizar tareas de índole doméstica deban prestar otros servicios ajenos a la casa particular u hogar familiar, con cualquier periodicidad, en actividades o empresas de su empleador, supuesto en el cual se presume la existencia de una única relación laboral ajena al régimen regulado por la ley 26.844. Anteriormente, la jurisprudencia entendía que si hubiera prestación de servicios vinculados a la actividad mercantil o profesional del empleador a la vez que prestación de tareas dentro de la vida doméstica, la caracterización del contrato dependía de la actividad preponderante⁶⁵. Ahora directamente se resuelve con una presunción a favor de la aplicación del régimen general de la LCT. Aclaremos que la norma dice “relación laboral ajena al régimen regulado por esta ley”. La norma no dice expresamente que se regulará por la LCT, no obstante, al decir “relación laboral”, la única regulación posible es la ley 20.744 y sus modificaciones. Esta presunción de la nueva ley es *iuris tantum*, no obstante bastará con demostrar que existe una tarea distinguida de la del servicio prestado a la casa particular de índole doméstica para que opere la presunción. Esta presunción da una buena solución al régimen especial, pues el reclamo tramitará en sede laboral y se aplicará la LCT. Es por eso que conforme el artículo 2º de la ley 26.844, comprenden todas las prestaciones que se realicen en el hogar aunque sean de asistencia personal y acompañamiento, siempre que no sean llevadas a cabo por personal profesionalizado, según establece como excepción el artículo 3º, inciso c.

En el régimen anterior la jurisprudencia descartaba las tareas de cuidado de niños y la realización de tareas generales en el hogar de los demandados. La doctrina jurisprudencial acuñó el término *domus*

⁶⁵ CNAT, sala III, 16-10-98, “Velázquez González, Walter C. c/Cirio, Orestes R. y otro”, D. T. 1999-A-250. En el mismo sentido, CNAT, sala IV, expte. 5459/2011, sent. def. 95.593 del 15-7-2011, “Guaraz, Ramona del Carmen c/Ivalle Rastelli, María Luisa y otro s/Despido” (Guisado, Pinto Varela).

para singularizar las labores en el hogar. Se había señalado en la jurisprudencia⁶⁶ que resulta innecesario producir prueba para concluir que las labores se habían desarrollado en el ámbito del hogar (lo que llevaría a excluirlo de la LCT, art. 2º, inc. b), y a su vez el receptor del trabajo no tenía fines de lucro, ni beneficio económico. Tales pautas ahora ya no son necesarias en virtud del nuevo artículo 2º de la ley 26.844, porque según vimos también se incluye el cuidado de niños. Cuando concurren tareas domésticas y de dama de compañía, también estarían incluidas en el régimen especial conforme el artículo 2º de la ley 26.844 y no sería encuadrable en el artículo 3º, inciso f. Igualmente ya la jurisprudencia, aun con el régimen anterior enmarcaba dentro del estatuto del servicio doméstico a quien realizaba en el domicilio del demandado tareas de mantenimiento y limpieza del hogar y una prestación complementaria o paralela como dama de compañía, toda vez que lo preponderante giraba en torno al mantenimiento del hogar⁶⁷.

Las “tareas típicas del hogar”, como sería por ejemplo el cuidado de niños, la de los pagos en algún banco, pues no cambia el régimen jurídico la circunstancia de que la empleada realice actividades complementarias toda vez que la vida en el hogar lleva a concluir que cualquiera de dichas actividades constituye una extensión del servicio “para la casa”⁶⁸. Parece que la jurisprudencia fue la que dio una caracterización del servicio doméstico por el lugar en donde se realice la tarea, es decir el hogar y no la índole de la prestación⁶⁹. Las tareas

⁶⁶ CNAT, sala IV, expte. 10.764/2002, sent. def. 88.067 del 16-7-2002, “Cajal, Yolanda c/Capria de Cantarini, Mercedes y otro s/Despido” (L - M). En igual sentido se resolvió una causa en la que la actora se desempeñó como dama de compañía y realizaba tareas generales en el domicilio de una anciana. CNAT, sala IV, expte. 18.883/2001, sent. int. 40.545 del 30-8-2002, “Suárez, Yolanda c/Belda, Jorge s/Despido” (Guthmann, Moroni). Del dictamen del fiscal general 34.252 del 5-7-2002, al que adhiere la sala.

⁶⁷ CNAT, sala VI, expte. 9297/95, sent. int. 18.436 del 28-2-97, “Pazos, Noemí c/Taboada, Jorge y otro s/Despido”. Del dictamen del fiscal general 29.096 del 19-2-96 al que adhiere la sala.

⁶⁸ CNAT, sala VI, expte. 9554/97, sent. def. 52.364 del 20-12-99, “Martínez Acosta, Agustina c/Lamarca de Colombato, Estela y otro s/Despido” (Capón Filas, Fernández Madrid, De la Fuente). Del voto del doctor Fernández Madrid, en mayoría.

⁶⁹ CNAT, sala X, expte. 27.206/95, sent. 7859 del 24-3-2000, “Rivas Segovia, Felicitas c/Fiore de Travaglio, Susana s/Despido” (Scotti, Simon).

acesorias estaban incluidas en el régimen anterior, como las efectuadas entre los días lunes y viernes en la casa del demandado: se ocupaba del mantenimiento y arreglo de jardines, lavado de automotores existentes en dicha propiedad e incluso algunas otras en su oficina laboral. La principal prestación que la actora cumplía para el demandado era en el ámbito doméstico, y su colaboración en la oficina profesional del demandado efectuada sólo los días sábados denota que lo hacía de una manera “secundaria” o “accesoria” por lo que no puede concluirse que estuviera inserta como *medio personal* en la organización empresaria de aquél⁷⁰. Con el actual régimen, conforme el inciso f del artículo 3° de la ley 26.844, dicho supuesto sería encuadrable en la presunción legal de la existencia de una única relación y por ello sería aplicable el régimen general y no el de servicios en casas particulares. En el encuadre del régimen anterior se resolvió que la circunstancia de que las actoras recibiesen periódicamente sobres con dinero para pagar los sueldos del personal doméstico y de vigilancia de la casa del codemandado (quien era el presidente del directorio de la sociedad que también se demanda en las presentes actuaciones), como así también otros gastos imputables a la vida familiar de aquél, que hayan tenido que firmar los remitos que en cada sobre se incluía y que tuvieran que archivarlos en una carpeta no pueden ser considerados trabajos en beneficio de la empresa codemandada aun cuando tales sobres hayan sido acercados por personal de ésta y la papelería empleada correspondiese también a dicha sociedad, pues es claro que esas tareas estuvieron vinculadas con los servicios domésticos prestados por las accionantes en la casa del citado codemandado y ninguna relación podría establecerse entre ellas y la actividad de la sociedad comercial. Es más, las sumas de dinero mencionadas, con las que eran incluso cancelados los sueldos de las actoras, correspondían al presidente del directorio de la empresa, quien seguramente en virtud del alto cargo que desempeñaba, se tomaba la libertad de utilizar los recursos humanos y materiales de ésta (el personal que preparaba los sobres, los cadetes que los llevaban y la papelería utilizada) para enviar dichas cantidades

⁷⁰ CNAT, sala VIII, expte. 31.875/2006, sent. def. 35.622 del 31-10-2008, “Samaniego, Miguelina Sara c/Hillman, Norberto Antonio s/Despido” (Vázquez, Catar-do).

a su casa⁷¹. Adviértase que la jurisprudencia tenía como indicador el criterio de la actividad principal y ahora tales parámetros no pueden ser utilizados con el nuevo sistema, sino que la presunción será en favor de la aplicación del régimen general de la LCT, pues el inciso f, del artículo 3° de la ley 26.844 establece como supuesto de exclusión cuando concurrieran tareas distintas a la índole doméstica como en el ejemplo del caso en que se administran sumas de dinero.

En el caso “Guaraz” los jueces sostuvieron que la trabajadora realizaba la “limpieza de la vivienda/consultorio” dentro del espacio físico del *domus* y, por lo tanto, era ajena al régimen de la LCT por contar con una regulación específica. Destacaron que la actividad estaba en la misma casa donde estaba situado el consultorio de uno de los demandados, pues es claro que ésta tenía allí su residencia personal particular, lo que es determinante a los efectos de que se trata. Lo mismo cabe resaltar de la tarea de “realizar compras”, pues las relaciones domésticas comprendían todas las actividades inherentes al normal funcionamiento de la vida interna de una familia y referidas a los trabajos propios de los servicios de una morada —o lugar que haga sus veces— como, por ejemplo, la adquisición de alimentos⁷².

Tampoco escapan al ámbito doméstico las funciones de abrir la puerta, hacer pasar a los visitantes o atender el teléfono. Sólo parecería estrictamente ajena a ese ámbito la tarea de “programar turnos para los pacientes”⁷³; con el régimen actual este tipo de actividad encuadraría perfectamente en el supuesto que expresa el inciso f del artículo 3° de la ley 26.844. Pues en el caso “Guaraz”, no importó que realizara esta actividad para el consultorio médico de su empleador, porque la sala IV de la CNAT tuvo en cuenta que no se había invocado que esta actividad revistiera carácter predominante o insumiera una parte importante de su tiempo de trabajo. En definitiva, si este caso hubiese

⁷¹ CNAT, sala IV, expte. 26.261/2006, sent. def. 94.279 del 31-8-2009, “Achinelli Cardozo, Mirta Beatriz y otro c/Young & Rubicam SA y otro s/Despido” (Guisado, Ferreirós).

⁷² BRITO PERET, José I., en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dir. por Vázquez Vialard, t. 6, p. 1147.

⁷³ CNAT, sala IV, expte. 5459/2011, sent. def. 95.593 del 15-7-2011, “Guaraz, Ramona del Carmen c/Ivalle Rastelli, María Luisa y otro s/Despido” (Guisado, Pinto Varela).

sido analizado bajo la nueva ley 26.844 seguramente habría quedado encuadrado en la LCT precisamente por el criterio de una “única relación” ajena al régimen especial. En esa línea debe entenderse también fuera del régimen de casas particulares el personal de “caseros” que si bien se desempeñaba dentro del inmueble del demandado, éste lo había alquilado a una empresa para la realización de grabaciones de un programa de televisión⁷⁴.

Tal como lo ha señalado la doctrina, en el desenvolvimiento de la actividad doméstica puede darse “la mezcla de labores propias y ajenas a las necesidades estrictamente personales de un mismo empleador y proveniente de un solo contrato, aspecto que lleva a ponderar los distintos elementos referenciales a fin de poder establecer el grado de prevalencia e intensidad en las distintas tareas cumplidas”⁷⁵. En otras palabras, con el régimen anterior hoy derogado “la circunstancia de que el dependiente ejecutara otros trabajos distintos de los que fueron habituales dentro de una vivienda, no resultaba suficiente para poder asignar una calificación distinta a esa vinculación laboral, en la medida en que dichos servicios, por su intensidad, no revistan caracteres preponderantes. Por consiguiente, planteada la diversidad de ocupaciones en cierto modo diferente y excluyente, era menester optar, por lo cual no parecía dudoso que la pertinente opción, de conformidad con lo expresado, debía observar el principio de la preponderancia”⁷⁶. En cambio, ahora con el nuevo régimen bastará aplicar la LCT según el artículo 3º, inciso f, que establece una presunción preferente para cuando haya tareas múltiples. Este principio de la preponderancia de tareas ha quedado superado ahora que impera el criterio de la “única relación laboral”, y en caso de tareas múltiples se presume regida por la LCT.

Por último, el inciso g, del artículo 3º de la ley 26.844 establece también como excluidas del régimen especial a las personas empleadas por consorcios de propietarios conforme la ley 13.512, por clubes de

⁷⁴ CNAT, sala I, expte. 15.825/2001, sent. def. 82.505 del 6-4-2005, “Olguín, Ena c/Rodríguez Alcobendas, Mariano y otro s/Accidente” (Vilela, Puppo).

⁷⁵ BRITO PERET, en *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. 6, p. 1147.

⁷⁶ CNAT, sala IV, expte. 5459/2011, sent. def. 95.593 del 15-7-2011, “Guaraz, Ramona del Carmen c/Ivalle Rastelli, María Luisa y otro s/Despido” (Guisado, Pinto Varela).

campo, barrios privados u otros sistemas de condominio, para la realización de las tareas descritas en el artículo 2° de la ley 26.844, en las respectivas unidades funcionales. La norma establece una excepción, la cual pone en duda lo dispuesto en el artículo 1° en cuanto allí se establece que debe ser para la prestación de casas particulares o en el ámbito de la vida familiar. El motivo estaría en que esos condominios pueden ser reconocidos como personas diferentes: la de cada una de las viviendas que se nuclean en él, y por ello genera cierta hesitación, por lo que debe entenderse como una excepción del ámbito de aplicación del artículo 1° de la ley 26.844, pues en los casos de condominios resulta claro que los consorcios o condominios en el que se involucren casas de familias suelen no tener lucro, y sin embargo estos datos no son determinantes para esta exclusión dispuesta en dicho inciso g. En concreto, la norma destaca la figura de la persona que contrata, aunque no se refiera para qué ámbito se desempeñará el/la trabajador/a. Entendemos que quedan excluidos tanto los que fuesen contratados para realizar tareas en espacios funcionales o pertenecientes al condominio, o que contratados por el consorcio realizan tareas en las unidades exclusivas de los integrantes del condominio, porque lo determinante sería que son contratados por una persona jurídica, y en este caso sería coherente con el inciso a, del referido artículo 3°. No obstante, cabría distinguir a los que fuesen contratados por la masa hereditaria que provisoriamente ejerce un condominio respecto de los bienes del causante, porque podría ser contratado por la masa hereditaria o un heredero del causante en nombre de ella para realizar tareas en las casas particulares, en la que todavía no se realizó la distribución de los bienes del causante conforme la declaratoria de herederos. En tal caso, parece un despropósito pensar que la norma quiera excluir del régimen especial a quienes fuesen contratados circunstancialmente de esta manera para realizar tareas en el hogar. Razón por la cual entendemos que la exclusión del inciso g del artículo 3° no alcanza a estos últimos.

Un sistema muy antiguo que ha dado más de una discusión, referido tanto a la figura laboral dependiente, como a la imputación de contrato de trabajo a la relación del trabajador a domicilio, es el regulado por la ley 12.713 que estatuye el “Régimen de Trabajo a Domicilio por Cuenta Ajena”. Esta ley sancionada en el año 1941 (B. O. del 12-11-41,

decreto reglamentario 118.755/42) deroga la ley 10.505 (art. 2º) e introduce el ámbito de aplicación territorial en toda la República; en líneas generales trata sobre el trabajo y el contrato de trabajo a domicilio, la obligatoriedad de la libreta de trabajo y las condiciones de higiene y seguridad del trabajo, como también la comisión encargada de la fijación de la remuneración. La norma define en el artículo 3º el trabajo a domicilio, sometiendo a las disposiciones de la ley a: “las personas, en el carácter y modalidad que la misma determina, que intervengan en la ejecución de un trabajo a domicilio por cuenta ajena, entendiéndose por tal el que se realiza: a) En la vivienda del obrero o en un local elegido por él, para un patrono, intermediario o tallerista, aun cuando en la realización del trabajo participen los miembros de la familia del obrero, un aprendiz o un ayudante extraño a la misma; b) En la vivienda o local de un tallerista, entendiéndose por tal el que hace elaborar, por obreros a su cargo, mercaderías recibidas de un patrono o intermediario, o mercaderías adquiridas por él para las tareas accesorias a las principales que hace realizar por cuenta ajena; c) En establecimientos de beneficencia, de educación o de corrección, debiendo la reglamentación establecer en estos casos el modo de constituir fondos de ahorro para los que realicen el trabajo”. El decreto reglamentario⁷⁷ define a cada sujeto que interviene en esta particular relación externa: *Trabajo a domicilio*: es el que se realiza en la vivienda del obrero, o en el local elegido por él, o en vivienda o local de un tallerista, para un patrono intermediario o tallerista. *Patrono*: es el que se dedica a la elaboración o venta de mercaderías, con fines de lucro o sin él, y que encarga trabajo a un obrero a domicilio, tallerista o intermediario. *Intermediario*: es el que por encargo de un patrono hace elaborar mercaderías a talleristas u obreros a domicilio. *Talleristas*: es el que participando o no en las tareas, hace elaborar con obreros a su cargo, en una habitación o local, mercadería recibida de un patrono o intermediario, o mercadería adquirida por él para elaborar por encargo de los mismos si esta operación se realiza como actividad accesorio de la anterior. *Tallerista-intermediario*: es el que actúa, a la vez, como tallerista y como intermediario. *Dador de trabajo a domicilio*: es el

⁷⁷ Art. 2º del decreto 118.755/42, dictado el 29-4-42 (B. O. del 11-5-42, modif. por decreto 6458/44).

patrono, intermediario, tallerista o tallerista-intermediario. *Obrero a domicilio*: es el que bajo su propia dirección ejecuta en una habitación o local elegido por él, tareas destinadas a elaborar mercaderías por encargo de un patrono o intermediario, aun cuando se haga ayudar en su trabajo por miembros de su familia y/o por un solo aprendiz o ayudante extraño que trabaje a su lado. *Miembros de su familia*: son las personas vinculadas por los siguientes parentescos: ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos. Quedan también asimilados a estos términos los incapaces sometidos a tutela del obrero y demás parientes hasta el cuarto grado, siempre que reciban alojamiento y comida del obrero a domicilio. *Aprendiz de obrero a domicilio*: es el que, siendo mayor de 14 años y menor de 18, esta adquiriendo el conocimiento y experiencia del oficio durante el curso de la producción y bajo la dirección de obreros calificados. *Ayudante de obrero a domicilio*: es el que, no reuniendo las características del aprendiz, trabaja junto al obrero a domicilio en la elaboración de la mercadería recibida por éste del dador de trabajo. *Artículo elaborado a domicilio*: es todo aquel que ha sido materia de trabajo a domicilio.

En concreto la ley sigue un criterio casuístico vinculado con algunas modalidades del trabajo a domicilio; ha sido catalogada de “incongruente” y hasta fue motivo de debate parlamentario la alternativa –luego rechazada– de la supresión del texto normativo de los vocablos “ayudante” y “aprendiz” porque rompían la estructura sistemática de la ley⁷⁸. Al ser un estatuto completo, con pretensiones de regir acabadamente todo tipo de vínculo de trabajo a domicilio, la norma especial protege toda clase de vínculo, es decir que para la aplicación de sus normas no se requiere de la prueba de la relación de dependencia. Sin embargo, la evolución del Derecho del Trabajo y la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo, que introdujo mejoras notables para los trabajadores, planteó algunas dudas, al poner el centro de imputación en la dependencia y puso en cuestión algunas de las afirmaciones que la doctrina más reconocida había desarrollado con anterioridad, como por ejemplo la postura de Deveali, para quien no se daban circunstancias reveladoras de casos de su-

⁷⁸ PÉREZ, Benito, *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 610.

bordinación laboral, por la inexistencia de horario, retribución por piezas o medida sin vínculo con el horario, lo que situaba la relación entre las actividades autónomas⁷⁹. Entendía que se daban tres posibilidades con la aplicación de la ley 12.713, a saber: 1) excluía la aplicación de leyes análogas de carácter general; 2) quedaba sólo para trabajos autónomos y el subordinado es regulado por la ley común; 3) por regla se excluye la ley general y ésta sólo se aplica en los puntos no contemplados por la norma especial.

Fue a través del fallo plenario 34 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (que de alguna manera ratifica el anterior plenario N° 11 de la CNAT)⁸⁰ que consideró que la citada relación no se rige de suyo por la norma laboral común; sólo lo hace cuando se acredita la “relación de dependencia” (en el caso, subordinación jurídica y económica), si no se da esta última circunstancia, se trataría de una relación autónoma que el legislador protege de acuerdo con sus características⁸¹. Se planteaba así la existencia de una dualidad⁸², rigiendo la ley especial 12.713, las relaciones emergentes del trabajo a domicilio no están sujetas a la Ley de Contrato de Trabajo, pero, probada la relación de dependencia corresponde la aplicación de la ley general. El tema quedó zanjado por el artículo 2° de la LCT en cuanto sus normas se aplican si son compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el especial régimen jurídico a que se halle sujeta.

⁷⁹ DEVEALI, Mario, *Trabajo a domicilio y contrato de trabajo*, en D. T. II-103.

⁸⁰ CNAT, plenario 34, *in re* “García de Vila Palmira c/Alegría y Cía, SRL”, del 24-7-56, dispone que “Para regir las relaciones entre las partes en el llamado ‘trabajo a domicilio’, no es de aplicación la ley 11.729; en cambio, probada la relación de dependencia, son de aplicación las disposiciones del decreto 33.302/45 (Cap. CXV, ley 12.921). El tallerista y el intermediario no pueden invocar los beneficios de las referidas leyes”, en D. T. XVI-581. El plenario 11, *in re* “Stortini de Miami, Emma c/Grandes Almacenes Ciudad de México”, del 3-6-52 estableció: “Los trabajadores que realizan su deber bajo las condiciones que en Derecho se denomina ‘trabajo a domicilio’, no se encuentran amparados por la ley 11.729, en caso de ruptura de la relación contractual indemnizable tienen derecho a los resarcimientos previstos en el decreto 33.302/45 (Cap. CXV, ley 12.921)”, en D. T. XII-423.

⁸¹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 2, p. 87.

⁸² VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, t. 6, p. 1036.

El problema se plantea con aquellos trabajadores a domicilio que no han podido demostrar su relación de dependencia frente a los supuestos, por parte del dador de trabajo, de reducción, suspensión o supresión de tareas y sólo quedan vigentes las multas dispuestas en el artículo 32 del estatuto, que no han sido actualizadas. La delimitación conceptual desde el punto de vista jurídico tiende a trazar líneas divisorias que de alguna manera no abarcan todos los supuestos de modalidades utilizadas en estas formas no regulares de trabajo. Estos tipos de vínculos, como el trabajo a domicilio, son los que la doctrina ubica en los límites de la dependencia (jurídica) y se torna dudosa en la medida que observemos la vinculación desde una visión circunscripta por los caracteres que se han aceptado sin crítica, como reveladores del trabajo dirigido (sujeción a órdenes, sanciones disciplinarias, horarios, infungibilidad de la persona que presta el servicio, etc.), sin embargo el examen de este tipo de vínculos como de otros propios de prestación de servicios personal para otro que se beneficia económicamente invita al cuestionamiento de aquel esquema práctico en el que estamos acostumbrados a encuadrar una relación laboral.

Cabe recordar que Krotoschin⁸³ planteaba que no tiene objeto definir si esta modalidad de trabajo exterior a la fábrica o comercio es una locación de obra o un contrato de trabajo, pues entiende que esta disputa no tiene objeto partiendo del concepto mismo de trabajador dependiente, porque no es un trabajador autónomo, existe una marcada dependencia económica junto a la imposibilidad de permutarla por una situación de independencia, si no califica del todo como trabajador dependiente tiene elementos suficientes para asimilarlo como tal. Es por otro lado, muy significativo que el legislador desde temprana época haya intentado buscar formas de protección por la característica propia de la actividad. Señala el maestro que la particularidad de su situación y de su trabajo ha hecho necesaria una regulación especial que tenga en cuenta las grandes posibilidades de abuso que este trabajo lleva consigo, precisamente por la falta de incorporación del trabajador a la empresa, sometida a las prescripciones que con fines de protección se han dictado con respecto a la duración del trabajo, higiene del lugar de trabajo, etcétera. La falta de

⁸³ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho de Trabajo* cit., t. 1, p. 136.

incorporación importa también cierto aislamiento del trabajador frente al dador del trabajo, propicio para actitudes que no se concilian con los principios de protección al económicamente débil en general⁸⁴. Sin embargo, no tiene empresa, no es un empresario y no sólo ejecuta el trabajo por cuenta ajena sino que, por toda regla, carece en absoluto de los medios adecuados para poder dedicarse a un trabajo autónomo⁸⁵. En la medida que se toma la tarea aisladamente de la actividad económica en la que se halla ubicada y que en realidad es una eslabón indispensable del diseño o estrategia empresarial donde existe sin lugar a dudas una dependencia económica del trabajador a domicilio que lo diferencia de quien realiza la misma tarea en forma autónoma, pues si se dejara al trabajador a domicilio sin defensa frente al empresario, no habría ninguna garantía de que no quedara expuesto a toda clase de abusos y que bajara a un nivel social intolerable⁸⁶.

Es por ello que se ha dicho con todo énfasis que el trabajo a domicilio “es un auténtico contrato de trabajo, su objeto es, de un lado, una prestación de trabajo voluntario por cuenta ajena y dependiente, y de otro, una prestación retributiva”⁸⁷. En definitiva, el debilitamiento en las notas típicas de la dependencia no debe cegarnos en la finalidad de la norma tuitiva, pues: “...el hecho de que el trabajador a domicilio no esté físicamente en el centro de trabajo o establecimiento empresarial, no significa que se halle fuera del círculo organizativo y disciplinario del empresario”⁸⁸. Tanto al momento de la entrega de los materiales para la realización de la labor como al momento del retiro del producto terminado se dan características típicas de control y un eje dominante en una de las partes de la relación, es decir los controles inicial y final que muestra la sumisión del obrero, como así también una ajenidad en el riesgo, pues es un trabajo por cuenta ajena donde el trabajador a domicilio no participa de las desventuras de la comer-

⁸⁴ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 138.

⁸⁵ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 137.

⁸⁶ VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., p. 1012, nota 1680, cita a Ernesto Krotoschin.

⁸⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 521, citado por CANTARD, Albor Ángel, *Trabajo a domicilio*, en AA. VV., *Estatutos y otras actividades especiales I*, en *Revista de Derecho Laboral*, Año 2003-2, p. 326.

⁸⁸ MONTOYA, ob. cit., por CANTARD, ob. cit., p. 326.

cialización del producto, y no es determinante que el dador de trabajo lo rechace porque es una suerte de poder de mando y el reproche frente a los daños producidos, asimilable a la figura prevista en el artículo 76 de la LCT, aunque habría que entenderse en el marco de los artículos 131 y 135 de la LCT.

Por su parte, el propio Krotoschin explica que "...por lo general, estos mismos dadores de trabajo [empresario, 'intermediario' o 'tallerista'] facilitan al trabajador la materia prima y otros materiales necesarios. En el caso contrario, cuando el mismo trabajador se procura por sus medios esos materiales, habrá que examinar circunstanciadamente la situación, sobre todo en el sentido de establecer si el trabajador realiza utilidades especiales sobre el valor de esos materiales (fines especulativos) o si únicamente percibe una remuneración por su trabajo personal en la cual no entra elemento de lucro alguno que no fuera del trabajo realizado. Recibiendo el material del dador del trabajo, el trabajador a domicilio sólo asume ciertos riesgos inherentes al trabajo mismo (pérdida o inutilización del material por su culpa, defectos de la mercadería elaborada por él), que ciertamente pueden influir en su remuneración, pero no toma para sí ningún riesgo en cuanto a la venta y colocación de la mercadería encargada"⁸⁹. Otro dato a tener en cuenta es que no se hace participar al obrero de las ganancias económicas de la comercialización del producto elaborado, si bien se retribuye a destajo no hace a la determinación jurídica de la relación laboral que no se supone gratuita: la falta de control horario y la libre disponibilidad del tiempo para la realización de la tarea encomendada no excluyen el mandato expreso de que el trabajo debe ser entregado en un plazo determinado y la sujeción a este término da cuenta de la obligación asumida a las directivas de otro que requiere el trabajo terminado en un momento prefijado y no cuando al obrero se le antoje.

En este debate no podemos dejar de señalar que la permanente evolución de las relaciones laborales, con una marcada tendencia a la elusión de las normas protectorias del trabajo, además de las impositivas, y el conjuro de la externalización y descentralización del sistema productivo, tiene un amplio campo de acción en esta modalidad del

⁸⁹ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 137.

trabajo a domicilio, que en algún momento se pensó hasta prohibirlo por la marcada explotación en un ámbito físico espacial donde lo público tiene acceso restringido. También existe una marcada tendencia a circunscribirse al análisis de la letra de la ley sin hacerse cargo de la finalidad protectoria de las normas laborales, pues se debe ser consciente de que al excluir un vínculo determinado de ellas se estará desamparando a quien necesita protección. En tal sentido, la fórmula constitucional que diseña con suma amplitud que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes” (art. 14 bis, CN) es una herramienta ineludible a la hora de examinar los textos de rango inferior. La expresión “el trabajo en su diversas formas” tiene una formulación amplia e involucra a toda persona que trabaja y que por circunstancias caracterizadas por una dependencia económica que demande garantías mínimas deba sujetarse al marco protectorio.

Todo este tipo de relaciones de trabajo, en las que se intenta sacar fuera de la empresa el contrato de trabajo, el trabajador o algunas actividades laborales de la empresa, siempre cuenta con características especiales, precisamente, pretenden ubicarlas en zonas dudosas, en realidad no quieren que alcancen a ellas las normas protectorias, pues si se analizan los contenidos del contrato laboral y la relación de trabajo definidos por la LCT encontraremos las notas tipificantes de “voluntariedad, onerosidad, el trabajo por cuenta ajena y la dependencia (aunque de manera atenuada)”⁹⁰, con lo que podemos concluir en la existencia de un contrato de trabajo. Como bien se ha señalado, no es posible considerar autónomos a estos trabajadores externos de la empresa, después del dictado de la LCT, toda vez que este cuerpo normativo los menciona expresamente en cuanto dispone que “Los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo regularán las condiciones que debe reunir el trabajador y la forma de cálculo del salario en el caso del trabajo a domicilio” (art. 171, LCT)⁹¹.

Un nuevo fenómeno de las actividades modernas es la proliferación de las vinculadas con los servicios, una de ellas son los profesores personales, actividades propias de las sociedades modernas, donde fue-

⁹⁰ CANTARD, ob. cit., p. 328.

⁹¹ CANTARD, ob. cit., p. 328, quien cita a PASSINI, Paula, *Trabajo a domicilio*, en L. T. XXIX-498 y ss.

ron desapareciendo los clubes deportivos de barrio, y los pocos que han quedado no tienen las actividades sociales, deportivas y culturales de otras épocas. Se suman a ello los actuales clubes, privados, que en realidad de “club” sólo el nombre tienen, porque poseen más fines de lucro que otra cosa. En el caso “Quiroga”⁹² se trató de la actividad de un profesor de golf en un barrio privado, denominado “Club de campo”. En este trámite la sentencia tuvo en cuenta que el trabajador convenía con sus alumnos no sólo el día y horario de sus clases de golf sino, fundamentalmente, el precio de aquéllas; que el dinero abonado por los alumnos en tal concepto era percibido directamente por el accionante; que a diferencia de lo que sucedía cuando se pagaban prestaciones brindadas por la demandada, el actor no entregaba recibo alguno a sus alumnos por las sumas oblatas en concepto de las clases; que el actor explotaba un espacio dentro del club en el cual ofrecía artículos de golf a valores por él fijados y sin entregar comprobante alguno por tales ventas y que, incluso, se debía recurrir al actor a efectos de contratar los servicios de los *caddies*, siendo el actor quien fijaba la suma a percibir por tal concepto y quien, también, la cobraba. Evidentemente, este sumario destaca algunos datos negativos de cuestiones que por opuestas a la dependencia se concluyen por el rechazo, más allá de la técnica discursiva utilizada, en realidad no se creó un esquema diferenciado de la tradicional forma inclusiva/excluyente de la “dependencia” para el examen de un nuevo fenómeno.

Una situación particular se presenta con los profesionales de carreras universitarias o terciarias, como si la profesionalidad cambiara las condiciones o elementos constitutivos de lo que es una relación laboral. Sin embargo la jurisprudencia empezó a hacer esta distinción, sin demasiado vuelo jurídico, y por mero capricho dogmático se dijo que cuando los sujetos que prestan servicios personales son profesionales universitarios, la regla es la autonomía en el ejercicio de las incumbencias propias de sus especialidades y no la asunción de la calidad de trabajador dependiente mediante un contrato de trabajo⁹³. Éste es

⁹² CNAT, sala X, 23-5-2005, “Quiroga, Armando Oscar c/Club de Campo Armenia SA s/Despido”, L. L. Online.

⁹³ CNAT, sala VIII, 21-12-2004, “Mazzitelli, Patricia A. y otro c/A. C. A. R. A. Ente Cooperador Ley 23.283 y 23.412”, D. T. del 2005 (mayo), p. 677, L. L. Online.

el criterio de Morando, que en numerosos juicios sostuvo esta postura alejada de la normativa laboral, y con categorizaciones que no se corresponden con ningún elemento jurídico del Derecho del Trabajo definió un nuevo criterio que si bien no fue seguido por la mayoría de las salas resultó una nueva tendencia, ignorando lo que históricamente se ha venido conceptualizando respecto de la dependencia técnica, pero para diferenciarlo de la dependencia jurídica, este excamarista, ahora jubilado, tomó esa pauta para darle un matiz excluyente de la normativa protectoria, insisto, sin demasiado vuelo jurídico y con pauta meramente fáctica, sin que éstas fuesen exigidas por norma alguna.

Una de las actividades en que más contrato de locación de servicios hay, mayoritariamente profesionales, ha sido en el ámbito de la salud y en la contratación de profesionales médicos; son numerosos los fallos en uno y otro sentido, y en realidad no es fácil establecer una regla con ellos, no tanto porque no la haya, sino por el número y la cantidad de juicios que han suscitado lo que tal vez haya inclinado la tendencia a salirse del esquema de la presunción del artículo 23 de la LCT y empezar a exigir otras pautas, obviamente, más influenciados por el “contexto” que con el texto de los casos que se presentan. El tema debería ser de sencilla solución, pero claro, cuando es desde el propio poder político que se utilizan estas figuras, se hace muy difícil remar contra la corriente. Un ejemplo de ello son los médicos del PAMI, desde la época de la intervención militar del año 1976, que esa obra social de lo jubilados estableció una regla de contratación de médicos a través de la locación de servicios, cuando éstos realizaban tareas dependientes, al estar sujetos a horarios y a una organización “empresaria” (aunque sea una entidad sin fines de lucro). En uno de los tantos casos se había invocado la aplicación del artículo 23 de la LCT, y PAMI negó la existencia del contrato de trabajo y, en cambio, reconoció que contrató los servicios personales del accionante pero adujo que éstos los llevó a cabo en forma independiente. La decisión de la cámara laboral tuvo en cuenta el carácter *iuris tantum* de la presunción legal contenida en el artículo 23 de la LCT, y podía verse desvirtuada mediante la producción de prueba que determine que efectivamente la prestación de servicios no tiene como causa un contrato de trabajo. De esa manera se entendió que quedaba en cabeza del beneficiario de

los servicios acreditar que el hecho de la prestación de servicios estaba motivado en otras circunstancias, relaciones o causas distintas de un contrato de trabajo.

Otras de las figuras que aparecen como conflictivas son las que se dan en el mundo del espectáculo. Decíamos al comentar el fallo “Chessa”⁹⁴ que la ficción y la realidad en el trabajo realizado en el mundo del espectáculo daban los datos para rescatar la función equilibradora de los jueces del trabajo a través del principio de realidad. Comentábamos que en las relaciones laborales se encuentran expresadas, frecuentemente, la mayoría de las particularidades humanas y como aquéllas se caracterizan por reconocer una relación de poder de unos sobre otros, es que las normas laborales que las regulan intervienen para solventar esa dominación a través de técnicas que ponen límites al poder de la parte dominante en ese vínculo. El mandato constitucional es que esa relación de trabajo “en sus diversas formas” se regule con leyes protectorias. Es por ello que desde la óptica del Derecho del Trabajo importa la realidad, de tal manera que supere la ficción (o “formas” ficticias) creadas por quien es la parte opresiva en ese vínculo. En el mundo de la farándula y especialmente en el ámbito televisivo, la ficción y la realidad forman parte del escenario enmascarado en el cual los espectadores aceptan esa ilusión cómplices por el entretenimiento que los anima.

En el caso que comentábamos fue una sentencia de la sala I, de la CNAT, que hizo imperar la realidad, descubierta con el lente del Derecho del Trabajo superando con inteligencia la ficción. El voto de la doctora Pasten de Ishihara, con adhesión del doctor Vilela, sostuvo que la parte actora se agraviaba porque en primera instancia se rechazó el reclamo al considerar que entre las partes no existió un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Puntualizó que se realizó un incorrecto encuadre legal al ubicar la relación en un contrato de trabajo eventual conforme lo prescripto por el artículo 99 de la LCT. En su demanda la parte actora invocó la existencia de un contrato de trabajo en los términos de los artículos 21 y 22 de la LCT. Denunció que

⁹⁴ CNAT, sala I, sent. def. 87.966 del 15-8-2012, *in re* “Chessa, Luciano Martín c/Ideas del Sur SA y otro s/Despido”, c. 41.021/2009.

ingresó a trabajar a las órdenes de la demandada en enero del 2007 realizando tareas en calidad de personal de vigilancia que incluían el cuidado personal del señor Tinelli.

Los días y horarios de trabajo dependían de las necesidades y caudal de compromisos artísticos de la productora por lo que comenzaba su labor aproximadamente alrededor de las 18 horas. El pago quincenal por la prestación de servicios que efectuaba era realizado por un tercero, mediante retiro de un cheque en el Sindicato de Trabajadores del Espectáculo Público. Por su parte, la reclamada alegó que el actor prestó servicios como extra bajo el encuadre de las normas convencionales del Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público –SUTEP– (CCT 524/2007) por lo que entiende que la relación quedó enmarcada en la locación de servicios prevista por el artículo 1623 del Código Civil. Agregó que sus tareas fueron en calidad de extra y para cumplir servicios puntuales, controlando el orden del público que asistía a presenciar sus programas y/u obras teatrales, es decir como organizador de público, razón por la cual el vínculo en modo alguno fue de naturaleza laboral. Éste fue el debate y por cierto la solución pasó más por rescatar del principio de realidad los conceptos del Derecho del Trabajo, y de esa manera se reconoció la relación laboral dependiente; más allá de las formas importaron para la solución del caso los elementos fácticos que caracterizaban la aplicación de la presunción del artículo 23 de la LCT y el principio de realidad que subyace en toda relación laboral.

Hemos visto algunos ejemplos en los que la forma que se utiliza para eludir el contrato de trabajo es creando pautas para inducir a la creencia de la figura de la “locación de servicios”.

En este aspecto, me parece interesante señalar que en el citado caso “Chessa” la sentencia sostuvo que para que se configure la locación de servicios, debe existir un locatario con una organización o empresario independiente, con una estructura autónoma. También la sentencia exigió que en tales casos se debe acompañar el instrumento a través del cual habría formalizado el aludido contrato (conf. art. 1193 del Cód. Civ.). Al respecto, cabe apuntar que no nos podemos olvidar del texto constitucional argentino en cuanto ordena al legislador la protección constitucional del trabajo en sus diversas formas.

Reiteradamente se observa que en los reclamos laborales aparecen las empresas utilizando la figura de la locación de servicios para ocultar una relación laboral. La jurisprudencia de la Cámara Laboral a través de una de sus salas (VII), instaló el debate que merece ser atendido en cuanto ha señalado que “sostener que una persona puede con su trabajo ser objeto de una locación de servicios no es sólo dar muestras de un enorme atraso histórico y social sino que también es ‘cosificar’ al ser humano. Y para hacer frente a estas concepciones [...] la dignidad, concepto estrechamente ligado a los derechos humanos. En los tiempos que corren es de vital importancia tener en cuenta los textos internacionales de derechos humanos, que se destacan por haber puesto como eje de todo sistema de derechos, libertades y garantías, la dignidad del hombre, o si se quiere, el hombre según su naturaleza propia, según la esencia que le es propia”⁹⁵. Con cita de doctrina se agregó: “si bien el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del Derecho, si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que es principio implícito de nuestra Constitución que el trabajo no es una mercancía y que goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el artículo 14 bis. Luego de todo lo expuesto destaco que, si el trabajador, ya sea en el ámbito público o privado ha firmado un contrato de ese tipo corresponde sea considerado en la verdadera situación jurídica que le cabe. Prevalece el principio de primacía de la realidad y esa realidad muestra que es un trabajador en relación de dependencia, que es protagonista de un contrato de trabajo. La suscripción de esos contratos constituye un verdadero acto de fraude en el sentido técnico-jurídico de la figura y por tanto son firmados tratando de burlar el orden público laboral. Resultan por lo menos, inoponibles al trabajador debiendo ser desplazada la legislación que se pretende aplicar, por la legislación laboral que es la que verdaderamente corresponde”⁹⁶.

⁹⁵ CNAT, sala VII, sent. def. 40.738 del 29-2-2008, *in re* “Saferstein, Adrián Gabriel c/Fundación Iberoamericana de Estudios Superiores s/Despido”. En igual sentido, ver sala VII, sent. def. 40.853 del 28-4-2008, “Vertone, Andrea Fabiana c/Escuela Superior de Ciencias Deportivas SRL s/Despido”.

⁹⁶ FERREIRÓS, Estela Milagros, *El contrato de trabajo y la locación de servicios*, en *Doctrina Laboral y Previsional*, Errepar, Buenos Aires, N° 270, febrero de 2008.

Es claro que la figura de la locación de servicios es ajena al Derecho del Trabajo como señala la doctora Ferreirós en su trabajo de doctrina; agregamos que su mera invocación resulta violatoria de la Constitución Nacional en la medida que debemos entender que la expresión “el trabajo en su diversas formas” (art. 14 bis) involucra todo tipo de prestación o resulte simplemente una persona que trabaja (sea en el ámbito público o privado) y que por circunstancias caracterizadas por una dependencia económica que demande garantías mínimas deba sujetarse al marco protectorio.

La única manera posible para lograr una superación más eficaz de los valores expresados en principios jurídicos o en auténticos derechos subjetivos para un mejoramiento de la desigualdad que marca y tiende a evitar el mandato constitucional con garantías protectorias es, según dicen Joaquín Aparicio y Jesús Rentero⁹⁷, y que adherimos plenamente, “el juez no puede jugar un papel neutral”.

No es solamente con el poder político que se congregue recursos para satisfacción de necesidades o eliminación de desigualdades, sino que, agregan los citados catedráticos españoles, “el juez también está comprometido en la búsqueda de soluciones técnicas que sirvan para constituir esas garantías. Esto significa que el juez debe de hacer un juicio sobre la adecuación a los valores constitucionales en el momento aplicativo del Derecho”. Razonablemente el juez debe ser imparcial en esa labor y no depende de su subjetiva idea de lo que para él son los valores constitucionales. En su labor, no debe ser neutral, sino que debe aplicar tales valores con todo el bagaje de conocimiento técnico de que pueda abastecerse.

Esos principios constitucionales predominantes en vigor obligan a la intervención reequilibradora tanto por parte de la norma procesal como del propio órgano judicial actuante. Y agregan dichos catedráticos que el juez “debe intervenir activamente en el desarrollo del proceso, en cuanto sujeto que está implicado de modo efectivo tanto en el fortalecimiento del acceso a una decisión motivada sobre el fondo de

⁹⁷ APARICIO TOVAR, Joaquín y RENTERO JOVER, Jesús, *El juez laboral, imparcial pero no neutral*, en *Revista de Derecho Social*, N° 4, España, p. 55, quienes citan a LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª ed. española, Ariel, Barcelona, 1980, p. 204.

la pretensión ejercitada, como al mismo tiempo, obligado a la obtención final de la verdad material que sirva de substrato a la decisión final motivada, al proceso subsuntivo que la resolución judicial comporta...”

Hemos asistido en reiteradas oportunidades a una estrategia que no ha merecido en nuestro país un debate más claro y se dan por entendidas algunas cuestiones que merecerían una sincera discusión a fin de echar luz a lo que aparece como verdad revelada, sin reflexión sensata ni razonamiento alguno, pues se introduce la libertad de contratar en cualquier circunstancia, y eso confunde de tal manera que hasta parece normal contratar mediante locación de servicios o invocarla livianamente.

Es que se siguen manteniendo discursos decimonónicos sobre la base de derechos consagrados en el siglo XIX del pensamiento liberal sin hacerse cargo de la evolución de los derechos sociales. Esos fundamentos del pensamiento liberal se sustentan concretamente en la libertad de ejercer toda industria lícita (art. 14, CN), como si la progresividad de los derechos sociales constitucionales no hubiese ocurrido.

Desde antiguo la Corte vino a precisar el significado de tal expresión del artículo 14 de la CN, con tan singular adjetivo en cuanto se expresa: “ejercer toda industria lícita”. En *Fallos*: 98:56 sostuvo que el criterio constitucional para resolver si una industria es lícita no puede ser el de la utilidad y conveniencia de la misma, sino el de que ella no sea contraria al orden y a la moral pública o perjudique a terceros (art. 19, CN). En años posteriores la Corte señaló que, en todo caso, es un principio admitido que la libertad de industria debe ejercerse con arreglo a las disposiciones que se dicten con miras a preservar la higiene, la seguridad, o la moralidad pública (*Fallos*: 124:78)⁹⁸.

Del artículo 14 de la Constitución Nacional se consagra un derecho que no es absoluto porque se encuentra sujeto a las normas que reglamentan su ejercicio y advirtiendo la importancia del mandato el artículo 28 de la CN. Actualmente, de forma solapada se intenta introducir en ese artículo 14 la “libertad de contratar” como un derecho constitucional explícito que viene a sopesar los derechos laborales,

⁹⁸ GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *Curso de Derecho Constitucional*, Kraft, Buenos Aires, 1962, ps. 260 y ss.

cuando no existe allí, ni en ninguna parte de la Constitución, tal concepto. En todo caso, si de libertad hablamos podríamos entender que la libertad de contratar se puede interpretar que surge del artículo 19 y no del artículo 14 de la CN. Porque el artículo 19 consagra dicha libertad en el párrafo que refiere a “las acciones privadas de los hombres”. En tal caso, hay que hacer la advertencia de que aún situados en el siglo XIX, sin que se hubiese consagrado todavía el Derecho del Trabajo tanto constitucional como internacionalmente⁹⁹, esta norma limitaba la libertad aludida al señalar que las acciones privadas no debían ofender el orden ni a la moral pública, ni perjudicar a un tercero. En cambio, el artículo 14 bis ordena al legislador proteger sin auto-limitación alguna de la manera que lo hace el artículo 14, al menos desde el punto de vista del texto expreso de la Constitución.

En la relación intersubjetiva entre capital y trabajo, al ser humano que presta la labor se lo reconoce como al sujeto de tutela preferente (art. 14 bis, CSJN, *in re* “Vizzoti”); de todo ello es que se imponen deberes a los poderes públicos (los principios rectores de la política social y económica) para conseguirlo. Atender a “las necesidades esenciales para una vida decente”¹⁰⁰ es el fundamento que sirvió de base a los constituyentes para la redacción del tramo que reconoció el salario mínimo vital y móvil. Frente al reclamo de “libertad de contratar” que exigía el sector empresario para oponerse a que se le obligue pagar un piso mínimo, en ese mercado que lo llaman del trabajo, la Corte respondió que cuando entre en conflicto aquella libertad con “la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo”¹⁰¹.

En la misión de juzgar, el rol del juez laboral es fundamental en la construcción equilibradora del Derecho del Trabajo. Ante los embates flexibilizadores no debió ser su función acompañar el proceso de res-

⁹⁹ Cabe recordar que la primera constitución que consagra el Derecho del Trabajo es la de México en 1917 y que internacionalmente aparece con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919.

¹⁰⁰ ALIMENTI, Jorgelina F., *Las garantías constitucionales de retribución justa y salario mínimo vital y móvil*, en R. L. y S. S., 1995, N° 2, p. 165.

¹⁰¹ CSJN, “Pratico, Carmelo y otros c/Basso y Cía”, D. T. 1960-355.

tauración del sistema del Código Civil donde la autonomía de la voluntad rige plenamente, como la incompatible teoría de los actos propios en las relaciones laborales¹⁰².

Ese camino era imposible por dos razones fundamentales que el profesor Supiot describe claramente cuando respondía a su pregunta “¿Por qué un Derecho del Trabajo?”¹⁰³. Existen razones estructurales del porqué no el Derecho Civil. Ellas son la constricción física del trabajador y la necesidad de protección que de esa situación se deriva, y la subordinación jurídica del vínculo prestacional, donde la voluntad no se compromete, sino que se somete. En ese contexto también existen razones coyunturales en que los magistrados, en particular, no pueden contentarse con observar, pues ellos tienen el poder y la misión de decidir. Para ellos, la cuestión esencial es saber si la práctica de los textos permite dominar los cambios así observados y en ello el juez desempeña un rol esencial. El catedrático francés reconoce que en realidad siempre el juzgador: “ha jugado un papel capital en la construcción del Derecho del Trabajo, ora como motor, ora como ancla flotante, haciéndolo avanzar y limitando sus derivas. Así, se le debe –en ese orden– el principio de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad e higiene, la técnica de la suspensión del contrato, la noción de unidad económica y social, la técnica de la recalificación de los contratos precarios sucesivos (entre otros)”.

En la evolución de ese proceso de cambios reconoce que “...la calificación del contrato de trabajo es un cerrojo que el juez no podría abrir sin correr el riesgo de precipitar fuera de toda protección a miles de trabajadores...”¹⁰⁴ Pero no desconoce la realidad económica con sus influjos dominantes y responde: “...El rol del juez no es el de aplicar las leyes reales o supuestas de la economía; es el de aplicar las leyes y sólo las leyes. Y si ha de desempeñar y favorecer los cambios de

¹⁰² KESELMAN, Pedro J., *La doctrina del acto propio como arma contra el principio de irrenunciabilidad*, en rev. *La Causa Laboral*, Nº 2, 2001, ps. 6 y 7.

¹⁰³ SUPIOT, Alain, *¿Por qué un Derecho del Trabajo?* Coloquio “*Le Droit du Travail, un Droit à part*”, del 2-2-90, Escuela nacional de Magistratura y Asociación Francesa de Derecho del Trabajo, trad. de José Luis Gil y Gil, profesor titular interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Alcalá de Henares.

¹⁰⁴ SUPIOT, ob. cit., p. 27.

la sociedad en la que vive, debe vigilar para que las relaciones de trabajo continúen bajo el imperio del Derecho, es decir, y de modo conciso, para que continúen siendo relaciones civilizadas...”¹⁰⁵ Es por tal motivo que en esa relación de poder entre dominante y dominado la protección de la dignidad de este último impone la presencia de la norma heterónoma para el desarrollo humano con justicia social.

VII. La prueba de la dependencia

El material probatorio debe ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los distintos elementos aportados al proceso. Es suficiente la declaración de un testigo, aunque tenga juicio pendiente contra la empresa reclamada, porque en definitiva lo que se tiene que probar es un hecho y no necesita de una prueba extraordinaria, sino aquellos presupuestos que pongan en evidencia la relación de trabajo dependiente, de conformidad con lo normado por los artículos 21 a 23 de la LCT¹⁰⁶.

La existencia de una relación de trabajo o prestación de servicios hace presumir también que existe un contrato de trabajo según reza el artículo 23 de la LCT; ésta es la regla y la excepción la determinará la particular circunstancia del caso debidamente acreditada. En casos de duda se debe resolver a la luz del principio de primacía de la realidad y tomando en cuenta la presunción de relación laboral en los casos de prestación de servicios. La presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

En definitiva, la presunción del artículo 23 de la LCT, en realidad, es una regla mediante la cual se produce la carga del que recibe los servicios, de tener que probar qué tipo de relación jurídica unía a las partes. Entonces, no acreditada esta circunstancia, prevalece la existencia del contrato de trabajo frente al hecho de la prestación.

Probar la dependencia, por sí sola, no dice nada si no es en una

¹⁰⁵ SUPIOT, ob. cit., p. 28.

¹⁰⁶ CNAT, sala VII, 15-6-2012, *in re* “De Giovanni, Ana Carolina c/PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Despido”.

relación laboral, porque ese dato acreditado determinará la existencia del contrato y de esa manera el ingreso al paraguas protector. Es decir que el tema más importante es la existencia de una relación laboral, que en definitiva definirá que hay contrato de trabajo. Por esa razón, la prueba de la dependencia es para probar el contrato y el elemento más importante y excluyente será la prueba de la dependencia. La dependencia será el elemento determinante para la prueba de la existencia del contrato de trabajo, como éste será acreditado cualquiera sea la forma o denominación, junto a la presunción del artículo 23 de la LCT aparece el principio de la primacía de la realidad o de la verdad¹⁰⁷.

El principio de primacía de la realidad frente a las constancias formales es un principio general del Derecho que en la disciplina laboral presenta rasgos muy particulares. Su aplicación se presenta en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos; hay que dar primacía a la verdad de los hechos sobre las apariencias que presentan las formas. Cuando se evidencia una prestación de servicios que dio origen al vínculo, corresponde al principal demostrar “las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven” (art. 23, LCT). Prevalece la situación de hecho sobre la ficción jurídica. Este dato se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo, por ello debe ponderarse no solamente desde el punto de vista del Derecho de fondo sino también del Derecho Procesal¹⁰⁸. Resulta por esa razón importante destacar que el Derecho material protectorio del trabajo se encuentra engarzado de manera inescindible con el De-

¹⁰⁷ Mario Ackerman (*Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. I, p. 419) explica que el principio de primacía de la realidad se relaciona con la existencia de la verdad que, “a los efectos de este estudio concebimos [la verdad] como la adecuación entre el intelecto y la cosa. Y la expresión primacía de la realidad parece revelar un postulado directamente vinculado con un lugar, una función que, en esta disciplina, posee importancia nodal por cierto”.

¹⁰⁸ DUARTE, David, *La primacía de la verdad en el Derecho del Trabajo*, en D. J. del 19-11-2008, p. 2060; D. J. 2008-II-2060, VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., t. I, p. 88; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Principios de Derecho del Trabajo*, 3ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313; DEVEALI, Mario L., *La empresa y las relaciones del trabajo*, en D. T. p. 337; ACKERMAN, *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. I, p. 423, nota 384.

recho Procesal Laboral. Por tal motivo el juez de trabajo no puede permitir que en la contienda procesal el formalismo, la falta de acceso a la información, a los registros y documentos e inclusive la inferioridad instructiva o cultural, negocial del dependiente e inclusive y de los testigos, neutralicen los objetivos tuitivos del Derecho de fondo.

En el caso “Chessa” que comentamos, la Cámara admitió el reclamo del trabajador apoyándose acertadamente en el principio de primacía de la realidad y las normas de orden público que atañen a la materia en cuestión. Descartó de plano la existencia de un contrato de trabajo eventual, sencillamente por la inexistencia de un contrato por escrito en el que conste con precisión y claridad la causa que lo justifique (conf. arts. 90, incs. a y b, y 72, ley 24.013). Si bien el trabajador habría subscripto un instrumento, estipuló una figura contractual determinada, fue indispensable que la empresa promotora demostrara que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, justifiquen lo que se plasmó en el papel (inc. b, del art. 90 de la LCT). Ello después del desmoronamiento de la posición de la empresa en la contienda, con la que habría bastado para resolver el caso con la presunción del artículo 23 de la LCT, la Cámara Laboral entendió suficiente para probar la relación de trabajo con las declaraciones de los testigos de la que extrajo que el actor se desempeñó como vigilador en la emisión de distintos programas televisivos, ya sea controlando y observando a la gente que ingresaba, tanto al público espectador como a los artistas, cumpliendo funciones también en el desarrollo de los programas cuidando y poniendo orden en las plateas. También tuvo por acreditado que custodiaba personalmente al señor Marcelo Tinelli en el ámbito de la empresa demandada y en acontecimientos personales del mencionado conductor. Entonces, la ficción no pasaba por las actuaciones artísticas que no fueron probadas, sino precisamente porque se dijo que hacía “bolos” (RAE, “Bolo”: Actor independiente de una compañía, contratado sólo para hacer un determinado papel) cuando en realidad prestaba servicios como personal de vigilancia. En este caso “Chessa” la Cámara concluyó que la locación de servicios alegada por la empresa no quedó demostrada, en cambio, el actor demostró la existencia de las notas típicas de la relación de dependencia que se requiere para la configuración de un contrato de

trabajo en los términos de los artículos 21 y 22 de la LCT. Entre otras cuestiones también se demostró que no sólo realizaba la custodia de artistas sino también del público en general, mantenía el orden como así también fuera de dichos espectáculos cuidaba que nadie se acercara al señor Marcelo Tinelli, presidente de la sociedad demandada. A su vez destacó que la empresa no aportó mayores datos para determinar si las tareas del actor podían ser consideradas como de “extra” (bolo) pues únicamente se avino a señalar genéricamente que encuadraban en el CCT 524/2007, que en su artículo 3º contempla en el ámbito de aplicación personal que “...los extras que se desenvuelvan en la actividad de televisión abierta, quedando comprendidos como tales aquellos que forman parte de la puesta en escena artística de un programa, con o sin marcación de movimientos, sean comunes y/o especiales. También pertenecen [...] quienes trabajan detrás de cámara, formando parte de distintas exteriorizaciones –aplausos, risas– en forma individual o colectiva...” El segundo párrafo del artículo 3º refiere que “Resultan incluidas en esta actividad las personas cuyo desenvolvimiento está vinculado y cuenta con una conexidad directa con la actividad de los extras...” A lo cual se agrega la definición que contempla el artículo 8º, apartado 8.3. en el sentido de que se encuentran incluidos en la convención, y como extra, quienes “...desenvolviendo un rol de conexidad con el producto artístico que se lleva a cabo, resultan representados por el SUTEP...” Sin embargo, de acuerdo a las tareas cumplidas por el actor, tal relación no quedó acreditada. En el caso resultó importante que las actividades que realizaba en la productora el trabajador cumplieran adecuadamente con el objeto social (conf. art. 5º, LCT) brindando una mayor seguridad a las personas y bienes del lugar. Comenzaba su jornada a las 18 horas sin un horario fijo de salida, percibía una suma de dinero, retribución que no puede ser captada sino como una remuneración (conf. arts. 103 y 115, LCT) y sin que se le extendiera ningún tipo de recibo. Con la existencia de esa prestación de servicios es que los jueces entendieron que correspondía presumir la existencia de un contrato de trabajo en los términos de los artículos 21 y 22 de la LCT, sin que exista prueba que la desvirtúe (conf. art. 23, LCT). Principalmente porque alegaron el desempeño en calidad de “extra” y no pudieron acreditar tal extremo y menos aún que tal prestación

lo era en virtud de un contrato de locación de servicios en los términos del artículo 1623 del Código Civil.

En “Coronel”¹⁰⁹ habíamos comentado que en el caso se resolvió que existía relación laboral en un supuesto de los servicios prestados por el actor como *oficial trainner fight do* en un gimnasio. Ante la negativa de tareas, aquél emplazó al demandado a que aclarara la situación laboral, además de la debida registración, bajo apercibimiento de considerarse injuriado y despedido. El requerido negó todo vínculo lo que motivó a que el reclamante procediera a denunciar el contrato e iniciar el reclamo judicial. La pretensión fue admitida en primera instancia y confirmada por la sala IV de la CNAT. El argumento principal del demandado en su defensa, según describe el fallo, se apoyó en la prueba informativa de los organismos públicos de la que surgía que “no es titular del gimnasio” en donde se desempeñaba el actor. A su criterio, ese dato resultaba revelador de que no se encontraba demostrado el carácter de empleador en los términos del artículo 26 de la LCT y por lo tanto no era posible la aplicación al caso de la presunción del artículo 23 de la LCT. Sin embargo, los jueces tuvieron en cuenta la conducta procesal de las partes y la presunción hominis. En ambas instancias se citó como elemento determinante el artículo 163, inciso 5º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esta norma cuenta con dos partes que sirven de herramienta al juzgador a fin de aproximarse al conocimiento real de los hechos. La primera de ellas sienta el principio de la presunción hominis, distinguiéndose de las presunciones legales. La segunda es la conducta procesal de las partes y su corroboración con las pruebas.

En cuanto a la presunción hominis se ha señalado que se corre el peligro con el uso abusivo de este tipo de instrumentos procesales. Por esa razón es que el legislador la admite cuando se hallen reunidos ciertos recaudos mínimos. Por ello, en aquélla se dispone que “las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funde en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza

¹⁰⁹ DUARTE, *La primacía de la verdad en el Derecho del Trabajo* cit., p. 2060, comentario al caso “Coronel, Claudio Fabián c/Ferrario, Hugo Ricardo” de la CNAT, sala IV, del 17-4-2008.

del juicio, de conformidad con la sana crítica” (primer párrafo). La presunción es la acción y efecto de conjeturar mediante razonamientos (indicios o señales) la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos; a través de estas señales se forma un juicio para dar a conocer lo oculto. Es decir, el indicio y la presunción son nociones distintas pero que se complementan, pues la primera (indicio) es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia conocida que nos lleva a otra desconocida. La presunción conlleva una operación mental inductiva en cuanto establece un principio general a través de los hechos y deductiva en cuanto aplica ese principio general a los hechos en particular en virtud de que en circunstancias iguales, éstos se comportan de la misma manera. Es así que el indicio marca una relación entre hechos conocidos y los desconocidos, en tanto que la presunción es el procedimiento mediante el cual se establece dicha vinculación¹¹⁰.

El segundo párrafo de la norma mencionada en este acápite señala que “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”. Nos parece que surge implícito en el razonamiento desplegado en el pronunciamiento que la convicción de los jueces hizo baza más firme en este segundo párrafo del artículo citado que en el primero. En primer lugar porque existieron más pruebas directas que indiciarias a la hora de determinar la relación laboral y el único elemento de convicción relevante fue la conducta observada por el demandado en el proceso.

Si bien esta conducta desencadenó en que los jueces sancionaran por temeridad y malicia al demandado (art. 275, LCT) por la conducta procesal asumida al contestar la demanda, también condujo a generar convicción sobre los hechos alegados en el escrito introductorio. Reticencia del reclamado que se manifestó en el limitado desconocimiento de cualquier vínculo con el trabajador, ocultando la verdadera ocurrencia de los hechos, luego demostrados en la causa e inclusive sin explicar sinceramente cuál era su desempeño en el gimnasio si no era el de un mero empleador. Desde esa perspectiva, si el planteo es como

¹¹⁰ GIANGRASSO, Antonio José, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 193.

señala la sentencia, no se encuentra cuestionado “el hecho de la prestación de servicio” del trabajador en el gimnasio (art. 23, LCT), en consecuencia, esa circunstancia es la que generó una presunción legal de la existencia de contrato de trabajo. La estrategia defensiva fincó en la inexistencia de la figura del empleador, sin embargo esta negativa cerrada jugó las veces de trampa para quien la hizo, en la medida que evidenció su falencia en cuanto a la falta de una descripción clara sobre la función, tarea o simplemente la razón de su presencia en el gimnasio fuera de la que se imputó como empleador. En varios pasajes de la sentencia se hace hincapié en la adopción de una actitud pasiva sin explicación coherente sobre el rol del reclamado en el establecimiento. Es así que se destacó que su defensa se fundó “en el hecho principal de que jamás ejerció algún tipo de explotación comercial del gimnasio”.

Sin embargo, de la prueba de testigos surgía la existencia de “una vinculación directa entre el demandado y la explotación del gimnasio”, pues cobraba las clases que se llevaban a cabo en el lugar, sin que se desprenda que dicha actividad fuera realizada por cuenta y orden de un tercero. Asimismo que “la circunstancia apuntada por los testigos fue omitida maliciosamente en el responde”.

A diferencia de la prevista en la norma procesal, la presunción legal regulada por el artículo 23 de la LCT dispone que “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”. Al respecto se han desatado dos posiciones doctrinales divergentes que en la mayoría de los casos se trasladan a las decisiones judiciales. En síntesis, la primera de ellas establece que la sola prestación de servicios personales infungibles conduce al beneficiario de esos servicios a demostrar que ellos no tuvieron por causa un contrato de trabajo. La otra postura sostiene que quien invoca el hecho de la prestación de servicios debe demostrar que ellos fueron dependientes.

Adherimos a la primera, pues esta última carece de sustento legal,

ya que como señala Fernández Madrid si se tiene que probar que el servicio es dependiente, esto equivale tanto como probar la existencia misma del contrato, cuya figura se encuentra regulada en el artículo 21 de la LCT, pues entonces carecería de sentido que el legislador hubiese establecido dicha presunción dos artículos más adelante, y que el juzgador no podría omitir en su pronunciamiento¹¹¹.

En tales circunstancias, se observa que en el fallo que comentamos, de las herramientas defensivas que pudo haber utilizado el demandado para enfrentar el reclamo del actor eligió la más difícil, cual fue la de pretender demostrar que él no era el empleador del trabajador, mediante elementos probatorios que conducían a probar que el dueño del local en donde se desarrollaba la actividad (gimnasio) pertenecía a un tercero, dejando vacío, sin explicación clara, sobre el espacio que él ocupaba en el establecimiento. Esta tabla rasa fue satisfecha con los hechos que surgían de la prueba de testigos que no encontraron obstáculos para la reconstrucción de una realidad que determinaba sin condicionamientos la existencia de un vínculo laboral dependiente con el demandado. Esta consecuencia desencadenó una segunda actividad presuncional de la legislación de fondo, en cuanto resultó aplicable la contemplada por el artículo 55 de la LCT, sobre los datos que debieron consignarse en el Libro Especial del artículo 52 de dicho cuerpo legal, que no fueron desvirtuados por las probanzas producidas en el caso, por el contrario se advierte que el juzgador las admitió “por decisorio fundado”, pues su existencia se encontraba “legalmente comprobada”¹¹².

VIII. Conclusión

Empezamos nuestro comentario preguntándonos para qué tanta preocupación por saber cuándo un vínculo jurídico determinado lo podemos tratar con esas normas especiales que integran el Derecho

¹¹¹ CSJN, 16-12-93, *in re* R.113.XXIV, “Rango, José Guillermo c/Starker, Jorge Pablo”, *Fallos*: 316:3155.

¹¹² CSJN, 25-6-96, *in re* C.1275.XXIX, “Caamaño, Ernesto Daniel c/Interior Wear SA y otro”, *Fallos*: 319:1089; 9-12-93, *in re* M.118.XXV, “Miller, Beatriz Cecilia c/Briet, Joan”, *Fallos*: 316:2927; 14-2-89, *in re* S.670.XXI, “Sarverry, Manuel Pedro c/Seven Up Concesiones SAIC y otra”, *Fallos*: 312:184; *in re* “Ortega, Carlos c/Seven Up Concesiones”, año 1986, *Fallos*: 308:1078.

del Trabajo. Y decíamos que la intención era para que las relaciones laborales sean más civilizadas (como opuesto a la barbarie). Es porque esas normas específicas tratan especialmente a los sujetos que integran y se relacionan en un vínculo que nace desigual. Esa sujeción está motivada por la necesidad económica de uno de obtener un ingreso para vivir y la necesidad de maximizar el capital del otro. Para ello, éste paga parte del capital que posee, para obtener un producto con el que multiplicará su renta obteniendo así una ganancia. Paga, solamente, para aprovechar la energía psicofísica, por el producto realizado, ya elaborado, no paga: se apropia del fruto de ese trabajo.

Esta relación nunca fue feliz, no tanto por la materialidad que la anima, sino porque los deseos de uno y otro son contradictorios y por lo tanto conflictivos. En ese marco de tensiones la mayor o menor situación crítica de la dependencia se acerca más al terreno ganado por el sector empresario que desea alejarse de la norma interventora y volver a la contractualidad civil, para retornar al contrato original (locación de servicio o de obra) como única ley para las partes.

Este deseo implícito del sector empresario subyace en todas las formas y variantes que intentan eludir la ley interventora del vínculo laboral, situación que evidencia no tanto la crisis de la dependencia, sino la mayor influencia que el sector empresario tiene en el poder político para cambiar las normas laborales o simple seducción en el pensamiento de los juristas, estudiosos o improvisados del Derecho.

Tal vez exista una identificación de clase que impide visualizar el problema central de toda relación laboral y que justifica la intervención de una norma heterónoma. El punto neurálgico del que poco se habla es la existencia de un ser humano que por necesidad económica se somete a las órdenes (explícitas o implícitas) de otro, con un agravante que profundiza esa resignación, el cuerpo puesto a disposición de otro, energía psicofísica que la llaman, constreñida a la producción.

La ley trata especialmente a los integrantes de ese vínculo porque se ha querido intervenir esa relación jurídica que nace desigual. Hablar de desigualdad implica una situación previa que de alguna manera nos

da la idea de dependencia. Hablar de dependencia es en algún sentido el reduccionismo de una complejidad de situaciones que requieren de explicaciones que nos transportan a terrenos políticos o si se quiere ideológicos, aunque debe concentrarse en el aspecto jurídico.

El jurista debe ser aséptico a estas debilidades del pensamiento, pero en realidad no lo es porque eso fue, es y será uno de los grandes problemas no resueltos del científico, la subjetividad que atraviesa su mente por su propia historia y su ubicación en la sociedad a la que pertenece.

En definitiva, lo único que puede dar una explicación aproximada es que estamos hablando de una relación de poder (no democrático, al menos en el Derecho del Trabajo argentino), con la inexplicable tolerancia legal que la reconoce (v. gr., poder de organización y dirección del empleador y disciplinario). Con ese poder de mando, el patrono puede aplicar sanciones, como facultad o prerrogativa unilateral, no recíproca frente al incumplimiento contractual. Es decir un poder disciplinario unilateral. Esta autoridad unilateral reconocida legalmente se encuentra muy alejada de la idea de libertad contractual o equilibrio entre las partes. Los precursores del Derecho del Trabajo encontraron en ese reduccionismo llamado “dependencia” la clave para simplificar esta compleja y contradictoria relación. Eliminarla no solucionarían esa lógica de poder a la que nos referimos. Cualquier forma de eludir, ocultar o disfrazar la dependencia es solamente una estrategia elusiva de aquellas normas heterónomas que intenta “civilizar” –relativamente– esa relación de poder.

Si bien la “dependencia” es el centro de imputación jurídica más relevante que las instituciones laborales han consagrado, no podemos obviar que estamos frente a una particular situación que es la del trabajo humano, realizado a favor de otro que se aprovecha obteniendo un beneficio económico, es decir una de las cuestiones más sensibles en la que está en juego la dignidad de las personas.

Sostiene Fernández Madrid¹¹³ que el trabajo es el medio de sustento del hombre y de su realización como persona y como integrante de la comunidad a la que pertenece. En la época presente se lo ha reva-

¹¹³ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., p. 1.

lorizado reconociéndose que tiene contenidos económicos, espirituales y sociales, porque posibilita no sólo el acceso a los bienes y la creación de nuevos bienes sino que promueve el desarrollo integral del individuo y de la comunidad. Agrega que la consolidación del Derecho del Trabajo es con posterioridad a la conflictividad social generalizada que los historiadores llaman “la cuestión social”¹¹⁴. La intervención del Estado como regulador de normas de orden público y las partes colectivas a través de la autonomía colectiva ponen un marco al contrato individual de trabajo estableciendo normas mínimas, mejorables por la autonomía individual. Esas normas heterónomas son inderogables, funcionan como piso mínimo.

En ese contexto, y en el nuevo paradigma constitucional, no podemos perder de vista que además de la protección del ordenamiento laboral que tiene una función equilibradora, ese cometido se respalda en la Constitución Nacional. Desconocer tal cometido utilizando otras figuras del Derecho para ocultar la realidad que merece ser atendida por la normativa laboral no solamente puede configurar el incumplimiento de obligaciones laborales sino también la violación de derechos constitucionales. El respeto que merece hace a la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. La importancia del principio de realidad para integrar las normas laborales y aplicarlas concretamente para la solución de los casos juega un papel primordial. Por ello, el rol no neutral de los jueces laborales en la búsqueda de la verdad resulta especial y fundamental para la construcción equilibradora de las desigualdades sociales.

En definitiva, el contrato de trabajo no es el eje central del Derecho Laboral, ni la única fuente jurídica de las condiciones de trabajo y obligaciones entre las partes, sino un instrumento para mejorar las condiciones mínimas de las normas heterónomas (ley y convenio colectivo). La cuestión de la dependencia no es tanto un instituto jurídico, sino un dato de la realidad que demuestra lo que muchas veces aparece oculto. La intervención de las fuentes que orbitan por fuera de ese vínculo individual garantiza una forma de libertad, resignada por el trabajador cuando ingresa al contrato laboral dependiente.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit., ps. 5 y 6.

La invención de lo colectivo es la clave de la libertad frente a la opresión, es la herramienta de transformación y evolución de la relación laboral que puede democratizar la relación de poder que caracteriza el vínculo laboral. El trabajador que resigna libertad cuando ingresa al contrato laboral se libera en lo colectivo. La libertad contra la opresión será, entonces, la clave para que el trabajador se libere y el ejercicio del derecho colectivo es la forma más directa para que el trabajador sometido a ese vínculo dependiente encuentre el camino liberador.

RELACIÓN DE DEPENDENCIA

por CARLOS ALBERTO ETALA

SUMARIO: 1. ¿Cómo se define el contrato de trabajo, la relación laboral o como sea que se intente denominar el vínculo que une a empleador y trabajador? 2. ¿Qué intervención cabe en esa definición a la noción de dependencia? 3. ¿Cómo puede definirse la relación de dependencia? En caso de distinguirse entre dependencia económica, técnica, jurídica o de otras clases, ¿de qué modo influye cada una de ellas en la atribución de carácter laboral a la relación? 4. ¿Ha habido una variación histórica en la configuración de esta noción? ¿Qué cambios se han producido? 5. ¿Es posible prever una evolución futura de la noción de dependencia o de su influencia en la noción de contrato de trabajo? ¿Qué cambios pueden pronosticarse en las características del contrato de trabajo? En su caso, ¿en qué medida esos cambios han de afectar el concepto mismo del contrato laboral?

1. ¿Cómo se define el contrato de trabajo, la relación laboral o como sea que se intente denominar el vínculo que une a empleador y trabajador?

Si bien las nociones de “contrato de trabajo”, “relación de trabajo” o “relación de dependencia” pueden considerarse universales, resulta aconsejable —a nuestro juicio— definir las sólo en relación con un determinado ordenamiento jurídico nacional, que en nuestro caso debe ser, desde luego, el que nos rige.

Nuestra Constitución Nacional manda proteger al trabajo “en sus diversas formas” (art. 14 bis) pero como lo ha señalado nuestra Corte Suprema, si bien este mandato se dirige primordialmente al legislador, su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los

cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas¹.

Sin embargo, es evidente que el mandato está primordialmente dirigido al legislador nacional puesto que según el texto constitucional son las “leyes” las que deben asegurar al trabajador los diversos beneficios que más adelante enumera. En el cumplimiento de esta misión el legislador se encuentra dotado de la discreción necesaria para establecer el grado de protección que corresponde otorgar a cada una de las diversas formas de trabajo. Así, puede distinguir entre el trabajo autónomo y el dependiente, entre el trabajo salubre y el insalubre, entre el diurno y el nocturno, entre el trabajo masculino y el femenino, entre el trabajo adulto y el adolescente, entre los trabajos normales, los penosos y los riesgosos, el trabajo continuo y el discontinuo, el permanente y el transitorio, el trabajo a domicilio y el teletrabajo, distinguir también entre las actividades o especialidades laborales, generando así por la vía de la ley los llamados estatutos profesionales, particulares o especiales, que se apartan de este modo de la ley general para establecer normas específicas para cada una de esas determinadas actividades, profesiones u oficios, que se ha estimado necesario regular por separado, pudiendo asimismo el legislador determinar si la ley general podrá operar como ley supletoria y, en su caso, en qué medida.

En suma, éste es el “trabajo socialmente protegido”, expresión con la que el recordado maestro Enrique Fernández Gianotti gustaba referirse al trabajo dependiente, sin olvidar, por cierto, que también el trabajo autónomo es merecedor de protección según nuestra Ley Fundamental, ya que este tipo de trabajo debe considerarse comprendido en una de las “diversas formas” de trabajo a las que deben proporcionar adecuada protección no sólo el legislador sino también los demás poderes del Estado.

No obstante, es evidente que el legislador constituyente, en atención al listado de los llamados “derechos sociales” que enumera en el mismo artículo 14 bis de la CN tuvo en miras preferentemente la protección del trabajo dependiente, puesto que muchos de estos derechos y beneficios enumerados resultan difícilmente compatibles con el trabajo

¹ CSJN, 3-5-79, autos “Valdez, Julio H. c/Cintioni, Alberto D.”, D. T. 1979-355.

autónomo. Lo hizo seguramente con la finalidad de equilibrar el poder de negociación del trabajador dependiente, disminuido frente a sus empleadores, desde luego, por ese estado de subordinación.

Retornando al tema central del interrogante, las definiciones de “contrato de trabajo” y de “relación de trabajo” son definiciones jurídicas, sean éstas definiciones normativas o doctrinarias, pero, en cualquiera de los casos, no pueden prescindir de la referencia expresa o implícita al sustrato material que les dan origen, éstas son las vinculaciones que en el seno de la sociedad se establecen entre diversas personas en orden a la producción de los bienes y servicios. De esas definiciones y de sus normas complementarias han de surgir los presupuestos jurídicos que determinen con una mayor precisión el grado de protección que se otorgará a los trabajadores beneficiarios así como las diversas técnicas que operarán para la concreción del mandato constitucional establecido.

Los términos “contrato de trabajo” y “relación de trabajo” son expresiones aceptadas desde largo tiempo atrás en el ámbito del Derecho del Trabajo, no sólo nacional sino también internacional. Puede discutirse la procedencia de la distinción conceptual entre “contrato” y “relación” de trabajo, pero de manera semejante al ámbito del lenguaje ordinario o natural en el que se recogen las principales distinciones que en los aspectos prácticos de la vida cotidiana se ha considerado conveniente realizar, el lenguaje jurídico también consagra habitualmente vocablos, locuciones y distinciones que el uso ha demostrado que resultan plenamente idóneas para designar esferas determinadas de la realidad jurídico-social.

El lenguaje jurídico no puede pretender el logro de una precisión matemática sino que está afectado por la misma vaguedad o ambigüedad que vicia al lenguaje ordinario. Se trata, por consiguiente, por medio de definiciones técnicas, no de eliminar –lo que resulta imposible–, sino de reducir, en la medida de lo posible, el grado de esa vaguedad.

Tanto la definición de “contrato de trabajo” como la de “relación de trabajo”, que establecen los artículos 21 y 23 de la LCT, como es sabido, remiten, en definitiva al concepto de “dependencia” y, por consiguiente, será alrededor de este vocablo donde habrá que concentrar la atención para dilucidar su significado.

De todos modos en este tramo de la consideración del tema me parece importante enfatizar que si bien el legislador constituyente ha decidido regular con el mayor grado de protección al trabajo dependiente, no debe soslayarse que los demás tipos de trabajo deben tener asimismo un adecuado grado de protección que queda librado a la discreción del legislador así como queda remitido a esa razonable discreción establecer distintos grados de protección entre los diversos tipos de trabajo dependiente.

2. ¿Qué intervención cabe en esa definición a la noción de dependencia?

Como el componente de la “dependencia” constituye una característica definitoria en todas las definiciones doctrinarias o normativas del “contrato de trabajo” o de la “relación de trabajo” en un nivel ampliamente generalizado en todas las legislaciones, no cabe, desde luego, prescindir de esa noción para definir al contrato de trabajo. La dependencia es un “hecho” y un hecho que impera en todo el campo de las relaciones personales y sociales. También sucede así en las relaciones interpersonales que se establecen en el campo económico y social y desde luego, en el ámbito del trabajo, a tal punto que esta noción de “dependencia” o de su equivalente la “subordinación” domina en todo el lenguaje habitual del Derecho del Trabajo y muchas veces se utiliza la expresión “relación de dependencia” como equivalente a la de “contrato de trabajo”. No parece, entonces, prudente, conveniente, ni oportuno, prescindir de la utilización de este vocablo que está largamente consagrado por el uso. Lo que sí resultará importante y provechoso intentar –en la medida de lo posible– es reducir la vaguedad de su significado, así como la de distintos aspectos que la configuran, como la dependencia “jurídica” o “jurídico-personal”, la dependencia “económica” y la dependencia “técnica”, que, como es sabido, son los distintos tipos de dependencia a las que tanto la doctrina como la jurisprudencia han reiteradamente aludido. También, será necesario –como veremos más adelante– otorgar las indispensables facultades al juez para dilucidar ciertas cuestiones controvertidas y darles distintos efectos jurídicos.

No obstante, como veremos, la cuestión no estriba en elaborar de-

finiciones jurídicas con pretensiones de perfección desde el punto de vista técnico-jurídico sino que la mayor dificultad estriba en que, dadas las diferentes actividades, medios técnicos y naturales donde se prestan las diversas labores, así como las distintas modalidades de prestación, será muy problemático, en el plano judicial, determinar en cada situación concreta si ha existido una relación dependiente o autónoma, dificultad que se acrecienta en las llamadas “zonas grises” del Derecho del Trabajo. El rol del juez, en este aspecto, será, desde luego, determinante. Es oportuno recordar aquí las famosas palabras de Gray: “los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”.

Será conveniente, además, más adelante, analizar la cuestión de la dependencia en su vinculación con la cuestión más actual del “empleo no registrado”. Es indudable que a partir de la sanción de la Ley Nacional de Empleo N° 24.013, en especial, en su Título II denominado *De la regularización del empleo no registrado*, complementada luego por el artículo 1° de la ley 25.323, la cuestión primigenia de la “relación de dependencia” se encuentra íntimamente vinculada con la del “empleo no registrado” puesto que sin un previo reconocimiento de la “posición jurídica de trabajador subordinado”, los derechos y beneficios –tanto laborales como de la seguridad social– que la Constitución y la ley le reconocen quedarían sólo como derechos ilusorios o “derechos huecos” como los ha calificado en cierta oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver caso “Vizzoti”).

3. ¿Cómo puede definirse la relación de dependencia? En caso de distinguirse entre dependencia económica, técnica, jurídica o de otras clases, ¿de qué modo influye cada una de ellas en la atribución de carácter laboral a la relación?

Puesto que nos movemos en el campo de lo jurídico, la noción de “relación de dependencia” ha de hacerse en vinculación con un determinado ordenamiento jurídico. Todo ordenamiento jurídico se dirige primordialmente a regular las relaciones sociales, vale decir, las ligazones o vínculos que se establecen entre las personas o grupos de personas y respecto de las cuales las normas se presentan como esquemas de interpretación. No puede entonces, existir una noción, con-

cepto o definición jurídica de “relación de dependencia” que pueda prescindir de la referencia a su sustrato material que son las relaciones económicas y sociales que pretende regular. En este sentido cabe referirse a los trabajadores como “clase social”, aunque en el seno de ella pueden diferenciarse distintos estratos que, sin embargo, quedan englobados en un mismo concepto que comprende como tal a los “grandes grupos o categorías de individuos que se diferencian básicamente por la posición orgánica y objetiva que ocupan en la organización social de la producción”², ubicación que está determinada fundamentalmente por la forma específica en que se relacionan con los medios de producción (fábricas, maquinarias, herramientas, materias primas, etc.), ya que los trabajadores por no poseer estos medios de producción o por disponer de una cantidad demasiado pequeña de ellos deben trabajar para aquellos que los poseen, es decir, sus empleadores.

Nuestro ordenamiento jurídico tiene una clara réplica de ello cuando define a la “empresa” y al “empresario” (art. 5º, LCT). El “empresario” es quien dirige a la “empresa” y ésta es la “organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección [la del ‘empresario’] para el logro de fines económicos o benéficos [o no lucrativos]”. Con la “empresa”, por intermedio del “empresario”, “se relacionan *jerárquicamente* los trabajadores” (ver mismo artículo de la LCT, el destacado me pertenece). Por supuesto, estos “medios personales, materiales e inmateriales” organizados por el “empresario” para lograr los fines de la empresa son los que en el plano económico y social se llaman “medios de producción”, que pueden ser de bienes o servicios aunque estos servicios sean benéficos o no lucrativos.

Pero desconocer que detrás de las normas jurídicas se encuentra la presencia dominante de la estructura social sería sencillamente no reconocer la realidad y no percibir con claridad de dónde extrae sus fuentes de configuración la normativa jurídica. La “primacía de la realidad” sobre las normas, además de haberse constituido en un principio de interpretación y aplicación de las normas laborales, ha im-

² COSTA PINTO, L. A., *Estructura de clases y cambio social*, Paidós, Buenos Aires, 1964, p. 40.

pulsado la generación de ciertas concepciones doctrinarias que conciben la figura jurídica del “contrato de trabajo” como una “ficción” destinada a encubrir la realidad subyacente al pretendido “acuerdo de voluntades” y a cuyo impulso se ha generado la “teoría de la relación de trabajo” que ha sido recibida por nuestro ordenamiento positivo aunque con alcances ciertamente mucho más modestos que los formulados por otras tendencias ideológicas del pensamiento jurídico (ver art. 22, LCT).

Recordemos que ciertas versiones de la “teoría de la relación de trabajo” constituyen reacciones antiliberales y anticontractualistas dirigidas a exhibir a la figura del “contrato de trabajo” sólo como una “ficción jurídica”. Existen diversas versiones de la teoría de la relación de trabajo, tanto las “comunitarias” de la extrema derecha en las que el trabajador se integra en una “comunidad de empresa” que representa un estamento social intermedio entre el individuo y la “Nación” y las versiones de izquierda que reniegan de la figura del contrato de trabajo observándola como una ficción construida jurídicamente destinada a encubrir la realidad de la vinculación social que estaría definida estructuralmente por la posición que cada parte –empleador o trabajador– ocupa dentro del espectro económico y social según posea o no la propiedad de los medios de producción.

Por mi parte, sin renegar de la “teoría del contrato de trabajo” que, a mi juicio, resulta idónea para explicar diversos deberes y derechos que se establecen entre las partes no podemos dejar de observar que, claramente, diversos aspectos de la vinculación de las partes en la relación de trabajo vienen determinados estructuralmente. Sin detenernos más en esta cuestión basta señalar que sería impensable concebir la potestad de dirección y organización de la empresa como producto de un consenso contractual o imaginar el ejercicio de la potestad disciplinaria reconocida contractualmente, o sea en virtud de un acuerdo de ambas partes, puesta en cabeza del trabajador. Es evidente que estas “situaciones contractuales” se presentan *ab initio* definidas estructuralmente.

En suma, en el seno de la “empresa”, que según la amplia definición que le dispensa nuestro artículo 5º, LCT, puede comprender tanto al mismo “Estado empleador”, aunque, desde luego, éste dotado de *imperium* en el plano político-institucional, y a empresas “privadas” y

otras “mixtas”, se desempeñan los trabajadores en condiciones que se han calificado como de “dependencia”, “subordinación”, de “trabajo dirigido”, “sujetos ordenados jerárquicamente”, etcétera. Todas estas denominaciones pueden considerarse equivalentes aunque en el lenguaje cotidiano pero también jurídico ha prevalecido el vocablo “dependencia” (ver art. 21, LCT).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han distinguido distintos tipos de “dependencia”, principalmente las que son conocidas como “dependencia jurídica o jurídico-personal”, la “económica” y la “técnica”.

Resulta sumamente interesante analizar la práctica judicial en la aplicación de estas distintas nociones de dependencia, aunque, desde luego, una investigación minuciosa en esta ocasión excedería largamente los propósitos de dar una respuesta concisa a la propuesta temática que se plantea en este cuestionario.

Para este propósito será suficiente señalar que muchos tribunales consideran como determinante la verificación de la existencia de la llamada “dependencia jurídica o jurídico-personal”; otros, la “económica”, a la que identifican con el “trabajo por cuenta ajena”, disminuyendo la importancia de la comprobación de la existencia de la dependencia “técnica” que puede no presentarse o bien presentarse en forma desvaída, atenuada o desdibujada en numerosos tipos de relaciones (profesionales, artistas, deportistas, etc.). Sin embargo, la misma dependencia “jurídico-personal” cuando tiene que ponerse en evidencia a través de manifestaciones concretas, según la índole de la relación habida, se pone en duda la significación de algunos de sus componentes, por ejemplo, la existencia de un horario a cumplir, o se afirma que si bien resultaría determinante la verificación del ejercicio efectivo de la potestad disciplinaria por el empleador, se considera suficiente para dar por cumplido este requisito la sola posibilidad de su ejercicio, lo cual, desde luego, resulta una mera conjetura y no un hecho que pudiera eventualmente ser objeto de prueba.

4. ¿Ha habido una variación histórica en la configuración de esta noción? ¿Qué cambios se han producido?

No sólo se ha producido una variación histórica en la configuración

de la noción de “dependencia” y en la atribución del valor o significación práctica de cada uno de los tipos de dependencia, sino que analizando la práctica judicial se ha comprobado que no es la única noción o concepto que ha sido utilizado por los jueces para resolver las controversias concretas dado que muchas veces han sido usadas otras perspectivas, enfoques o concepciones a las que se les atribuye la índole de decisivas para otorgar a la vinculación habida el carácter de situación de “trabajo socialmente protegido”.

Tal es el caso, por ejemplo, de la noción de “incorporación” o de “inserción” del trabajador en un establecimiento total o parcialmente ajeno, que lleva consigo o determinaría el carácter del trabajo prestado como dependiente o heterónomo. Sin embargo, en las situaciones concretas podrían generarse dudas sobre si esta incorporación o inserción se produce efectivamente y también si ella tiene un carácter laboral o no laboral. Esta circunstancia plantea un problema que a veces se torna explícito acerca de la identificación o eventualmente la distinción entre “trabajador autónomo” y “empresario”, en el sentido en que utiliza este vocablo en el artículo 5° de la LCT. Esta dilucidación tiene suma importancia porque equivale a elucidar si para ser trabajador autónomo se requiere necesariamente que éste posea una “organización” o bien basta que esté dotado de “autonomía”, vale decir, de cierto grado de independencia y poder de negociación frente al empresario que lo contrata aunque no posea una organización propia en el sentido del mencionado artículo de la ley. En algunas circunstancias, por ejemplo, a nuestro juicio será significativa la propiedad de un vehículo de cierta importancia económica (por ejemplo, el camión o la camioneta en el “fletero” y el automotor en el “remisero” o taxista o la moto en la empresa de mensajería), para denotar la posesión de “medios materiales” que determinen la existencia de un suficiente grado de autonomía o poder de negociación que descarte la existencia de trabajo dependiente.

Otro de los criterios que se han esbozado para determinar la existencia de una situación de dependencia es si en la vinculación que une a las partes, quien aparece como empleador será aquel dotado con la potestad –que puede ejercer por sí o por medio de un representante–

para sustituir, cuando lo creyere conveniente, la voluntad del trabajador por la suya propia.

De todos modos, la concepción que a mi juicio corresponde acoger es la que reconoce la existencia de un contrato o relación de trabajo, siempre que exista una prestación personal e infungible –en el sentido en que lo expresa normativamente el artículo 37 de la LCT–, en condiciones de “dependencia”, dando prioridad a algunas de las distintas clases de dependencia (sea ésta jurídico-personal, económica o técnica) y se excluya, por consiguiente, la calidad de “empresario” o “trabajador autónomo” de quien ejecuta la prestación, esto, porque la calidad de empresario supone la existencia de una organización y en el trabajo autónomo cierta independencia y poder de negociación propios en este tipo de labor.

Sin embargo, hemos visto que la jurisprudencia laboral en sus manifestaciones más actuales decide recurrir a la fórmula más sencilla y pragmática que consiste en la aplicación de la presunción del artículo 23 de la LCT y posibilitar la desvirtuación de esta presunción sólo cuando se pruebe la existencia de “circunstancias”, “relaciones” o “causas” que demuestren lo contrario o cuando es dado calificar de “empresario” a quien presta el servicio como lo expresa el mismo artículo de la ley. A esto, agregaría que resulta necesario distinguir al “empresario” del “trabajador autónomo” quien por definición no puede ser un trabajador dependiente. Identificar al “empresario” con el “trabajador autónomo” sería precisamente desconocer la realidad social que –como dije– constituye el sustrato económico y social de la normativa jurídica. “Proletarizar” al trabajador autónomo o elevarlo a la condición social de “empresario” sería desconocer su ubicación estamental entre las llamadas “clases medias” o simplemente “clase media”, donde con toda claridad puede situárselo. Esto no significa que su “trabajo autónomo”, como el de todo trabajador, se encuentre desprovisto de toda protección como lo manda la Constitución, puesto que la carta fundamental, como lo hemos señalado anteriormente, ordena proteger al trabajo “en sus diversas formas”. Es evidente que la protección que deberá dispensarse al trabajador autónomo será de distinta naturaleza de la que debe otorgarse al trabajador dependiente.

5. ¿Es posible prever una evolución futura de la noción de dependencia o de su influencia en la noción de contrato de trabajo? ¿Qué cambios pueden pronosticarse en las características del contrato de trabajo? En su caso, ¿en qué medida esos cambios han de afectar el concepto mismo del contrato laboral?

El Derecho, en tanto fenómeno social, se encuentra en permanente evolución. Es una realidad dinámica que se manifiesta en primer lugar por la labor del legislador pero que se halla determinada además por el fenómeno judicial que suele expresar un determinado nivel de “conciencia jurídica colectiva” en cada momento del devenir histórico de una sociedad.

En nuestra obra *Interpretación y aplicación de las normas laborales*³ hemos enfatizado la importancia que asume el “fenómeno judicial” en esta evolución.

Resulta sumamente dificultosa la pretensión de anticipar el desarrollo que nos ha de deparar la evolución de una determinada institución jurídica porque, como lo hemos expresado reiteradamente en el curso de esta respuesta, dicha evolución está íntimamente ligada al desarrollo de la dinámica social, cuyo destino resulta aventurado adelantar en sus más precisas derivaciones.

Más que efectuar predicciones propias de una suerte de filosofía de la historia del Derecho del Trabajo nos parece más realista y de resultados prácticos más efectivos, afrontar algunos problemas cuya elucidación exigen respuestas inmediatas. Por consiguiente, resulta a nuestro juicio más provechoso proceder “tópicamente”, vale decir, identificando los “problemas” que plantean obstáculos a una más plena y efectiva realización de los valores de justicia, orden, paz y seguridad jurídica en que se funda toda sociedad democrática avanzada a fin de abordar las posibles soluciones susceptibles de ser aportadas dentro del ámbito de nuestra disciplina.

En una colaboración titulada *La pretensión de corrección y la interpretación laboral* que integró un número dedicado al *Presente* y

³ Publicada en Astrea, Buenos Aires, 2004.

futuro del Derecho del Trabajo, publicada bajo la coordinación del doctor Jorge Rodríguez Mancini⁴, habíamos afirmado que así como los avances científicos y tecnológicos no cesan de sorprendernos por sus vertiginosos perfeccionamientos, no era ilusorio plantear progresos correlativos en la mejora de la calidad de las instituciones y de las relaciones de convivencia social, tarea que compete, en primer lugar, a los hombres de Derecho.

En el artículo citado e interviniendo –de soslayo– en la polémica que en algún momento había enfrentado a Robert Alexy con Eugenio Bulygin⁵, habíamos abordado, con relación a nuestra disciplina, la temática que bajo el rubro de la “única respuesta correcta”, había atraído la atención central de los estudiosos de la teoría general del Derecho.

En la tradición positivista más desarrollada –la que expresa Hart en su obra *El concepto del Derecho*– se sostiene la tesis de la discreción judicial que exige que en el caso de que no exista una norma exactamente aplicable, el juez deba decidir discrecionalmente. Se parte de la base de que el Derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo, siempre en la versión de Hart, sostiene que en los “casos difíciles” (*hard cases*) no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin en su obra *Los derechos en serio* ha de enfrentar esta teoría discrecional de los jueces enunciando la tesis de la “única respuesta correcta”.

Resulta pertinente aquí sintetizar el pensamiento de Hart a este respecto, en especial, sobre lo que denomina “la textura abierta del Derecho”. Señala que en cualquier grupo humano el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. De allí que el Derecho tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias. A la dificultad derivada de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario

⁴ En *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 67.

⁵ *La pretensión de corrección del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 18, Bogotá, 2001.

en que están redactadas las normas, hay que agregar que los legisladores humanos no pueden prever todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Y abordando el problema de los *standards* jurídicos (Hart cita el del *due care*, “debido cuidado”), respecto a los cuales nosotros podríamos mencionar en vinculación con nuestra disciplina el de la “buena fe” (arts. 11 y 63, LCT) o el del “buen empleador” o del “buen trabajador” (art. 63, LCT) o bien el criterio de “razonabilidad”, en los “casos difíciles”, afirma Hart que “resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”. En este caso se exige a los individuos “que se adecuen a un *standard* variable *antes* de que haya sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el *standard* que ellos deben observar”.

La necesidad de una cierta discreción judicial surge de la conjunción de dos circunstancias que se presentan normalmente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos: por un lado, la prohibición para el juez de abstenerse de decidir una controversia, expresada en nuestro medio por la norma del artículo 15 del Código Civil que veda a los jueces la posibilidad de dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, y, por el otro, la imperfección de los sistemas jurídicos que adolecen de vaguedad y ambigüedad en sus enunciados, contienen antinomias e inconsistencias y presentan lagunas. Esto lleva necesariamente a la conclusión de que la discreción judicial resulta inevitable.

En suma, rechazada por ilusoria la pretensión de obtener una “única respuesta correcta”, queda sin embargo en pie la “*pretensión de corrección*” como *ideal regulativo*, que es preciso concretar en la mayor medida posible. Es cierto, no existe una “única respuesta correcta” pero se puede confrontar las distintas soluciones o interpretaciones posibles a partir de la “fundabilidad” de cada una de ellas para escoger la “más justa y razonable” a la luz de la fuerza del “mejor argumento”.

Es cierto que en definitiva esta elección no ha de disolver definitivamente la indeterminación inherente a todo ordenamiento jurídico y ha de desembocar necesariamente en un acto de autoridad (de la autoridad legislativa o de la judicial), pero en una democracia avanzada esta decisión debe ser precedida por un “discurso racional” que dé cuenta de todos los argumentos posibles e imponga la fuerza del “mejor argumento”, respetando los valores inmanentes a todo ordenamiento jurídico de una democracia constitucional que, como lo hemos señalado anteriormente, son los de justicia, orden, paz y seguridad jurídica.

La pretensión de corrección resulta implícita en todo ordenamiento jurídico pero su expresión concreta adquiere una manifestación distinta en cada uno de ellos. En el ordenamiento argentino, esta pretensión surge indiscutiblemente de la exhortación formulada por el Poder Constituyente en el Preámbulo de la Constitución Nacional, en el sentido de que la sanción de sus normas debe cumplir el objeto de “afianzar la justicia”.

Si esta pretensión de corrección ha de realizarse efectivamente, en la mayor medida posible, corresponde tanto a la autoridad legislativa y reglamentaria como a la judicial impulsar el camino en este sentido. Para ello se intentará suprimir, en la mayor medida posible, la vaguedad o ambigüedad de las normas jurídicas, disolver las antinomias, resolver las inconsistencias e impulsar la concreción normativa e interpretativa de los referidos valores de justicia, orden, paz y seguridad jurídica.

Teniendo en cuenta los postulados precedentemente expuestos y con referencia a la temática concreta que es materia de nuestra consideración nos parece indispensable abordar una de las cuestiones que inciden en una forma de enfoque por parte de los jueces que, en tren de decidir, se resisten a aplicar una norma que les proporciona la posibilidad de resolver las controversias en las que las partes disputan acerca de la existencia o no de un contrato de trabajo con un mayor grado de equidad a fin de no adoptar decisiones en las que una aplicación extremadamente rígida de las normas podría desembocar en soluciones injustas o bien en consecuencias exorbitantes. Estas situaciones se presentan cuando el régimen normativo de determinación de la existencia de un contrato de trabajo exige una armonización interpretativa con el campo jurídico que se refiere a la regulación en materia

de “empleo no registrado”. No se trata de situaciones que exigirían una reforma legislativa sino, por el contrario, se trata de una adecuada armonización de las normas existentes para arribar a una solución plenamente justa.

Desde la sanción de la Ley Nacional de Empleo 24.013, que entró en vigencia en diciembre de 1991, nos ha llamado la atención la renuencia de los jueces con competencia en lo laboral a aplicar el dispositivo previsto en su artículo 16. Recordemos que esta última norma expresa textualmente que “Cuando las características de la relación existente entre las partes pudieran haber generado en el empleador una razonable duda acerca de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (t. o. 1976), el juez o tribunal podrá reducir la indemnización prevista en el artículo 8º, hasta una suma no inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t. o. 1976)”. La disposición agrega en su última parte: “Con igual fundamento los jueces podrán reducir el monto de la indemnización establecida en el artículo anterior hasta la eliminación de la duplicación allí prevista”.

Como se advierte, la disposición del artículo 16 de la ley 24.013 otorga al juez o tribunal interviniente la facultad de reducir la indemnización del artículo 8º de la misma ley y la duplicación indemnizatoria prevista por el artículo 15 cuando en razón de las particulares características de la vinculación habida entre las partes pudieran haber originado en el empleador una razonable situación de duda acerca del carácter laboral de la relación. Del texto literal de la norma queda en evidencia que esta facultad no se otorga al juzgador cuando la controversia se resuelve por la aplicación de los artículos 9º y 10 de la misma ley, que se refieren, respectivamente, a los casos de asignación de una fecha de ingreso posterior a la real o bien al registro del trabajador con una remuneración menor que la efectivamente percibida. El comportamiento del empleador en estos últimos casos descarta claramente la posibilidad de la existencia de una “razonable duda” porque queda en evidencia la comprobación de una maniobra fraudulenta claramente maliciosa en la que la conducta del empleador no resulta de ninguna manera excusable.

Cabe recordar que el artículo 25 de la ley 26.361 (B. O. del 7-4-2008)

incorporó a la ley 24.240 (B. O. del 15-10-93), sobre *Protección y Defensa del Consumidor*, el artículo 52 bis que regula el “daño punitivo” en caso de incumplimiento por parte del proveedor de una obligación legal o contractual con el consumidor o usuario, que genera una “multa civil” a favor del damnificado que debe ser graduada en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Las “indemnizaciones” de los artículos 8º y 15 de la ley 24.013 generaron controversia en su momento en cuanto a su “naturaleza jurídica”. Se las consideró tanto como “indemnizaciones”, según las califica literalmente el texto de la ley, como también con la designación o calificación de “multa civil”, puesto que aparece como una sanción aplicada al empleador incumplidor en la que la suma de dinero en que consiste no pasa a engrosar las arcas del Estado que la aplica a través de los jueces sino que se incorpora al patrimonio del propio damnificado. Estas “indemnizaciones” de los mencionados artículos de la Ley de Empleo guardan singulares similitudes con el daño punitivo del artículo 52 bis de la ley 24.240. Las semejanzas son: 1) ambas emergen de normas protectoras que deben ser aplicadas en defensa y protección de sujetos resguardados tanto por la ley como por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 42, CN); 2) se aplican igualmente para responder a incumplimientos legales o contractuales del proveedor de la cosa o servicio como del empleador que no reconoce al trabajador la “posición jurídica de trabajador subordinado”; 3) la sanción, llamada “indemnización” por una ley y “multa civil” por la otra, se aplica en beneficio del consumidor, usuario o del trabajador damnificado; 4) en ambos casos la “indemnización” o “multa civil” son susceptibles de graduación en función de la gravedad del incumplimiento (arts. 52 bis, ley 24.240 y 16 de la ley 24.013).

No resulta necesario entrar a considerar la “gravedad del hecho” en la “Ley de Protección y Defensa del Consumidor” porque implicaría apartarnos de nuestro propósito específico. Sí resulta pertinente asimilar la graduación de la “multa civil” que incluye la ley 24.240 con la “razonable duda” del empleador para reducir la “indemnización” o “multa civil” que corresponde aplicar al empleador incumplidor en el caso de la Ley de Empleo. El máximo de la “multa” consiste en las sumas que permiten determinar el cálculo tanto del artículo 8º como

del artículo 15 de la ley 24.013. El mínimo se encuentra establecido en el ya citado artículo 16 de la misma Ley de Empleo.

Cabe señalar que los artículos 1714 y 1715 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 establecen normas que regulan respectivamente la “sanción pecuniaria disuasiva” y la “punición excesiva”, disposiciones que se encuentran en la misma línea de objetivos que los artículos 16 de la ley 24.013 y 52 bis de la ley 24.240 que estamos analizando. En el caso de la sanción pecuniaria disuasiva del referido artículo 1714 del Proyecto, su monto se fija prudencialmente por el juez que para ello debe tomar en consideración, entre otras, “las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado...” En cuanto al artículo 1715 del mismo Proyecto mencionado sobre “punición excesiva”, la norma pretende moderar la sanción para no provocar “una punición irrazonable o excesiva”.

Volviendo al análisis del artículo 16 de la Ley de Empleo, el criterio para la graduación que está a cargo del juez o tribunal competente consiste en la determinación del grado en que esa “razonable duda” del empleador acerca del carácter laboral de la relación puede estar justificada por la naturaleza de la actividad, las tareas ejecutadas por el trabajador o la modalidad y duración de la prestación.

Ahora bien, resulta necesario, a nuestro juicio, establecer por qué razón una norma que, como la del artículo 16 de la ley 24.013, se adelantó junto con las otras disposiciones del Título II de la Ley de Empleo de alguna manera en el establecimiento del “daño punitivo” en nuestro ordenamiento jurídico, prácticamente no se aplica en su plenitud por los jueces del trabajo.

Para responder a este interrogante pueden arriesgarse distintas hipótesis que intentaremos exponer a continuación así como las eventuales críticas que ellas pueden ofrecer.

El fundamento de la norma del artículo 16 de la ley 24.013 estriba, a nuestro juicio, en que introduce una forma de moderar los efectos negativos que una aplicación rígida podría acarrear en situaciones en que el encuadre laboral de la relación establecida entre las partes no surge con palmaria claridad. Se trata, según nuestro criterio, de dar un tratamiento especial a aquellas situaciones que están incluidas en las llamadas “zonas grises” del Derecho del Trabajo. Comentando esta

disposición casi inmediatamente después de sancionada⁶, utilizamos en su momento la misma metáfora que Genaro Carrió empleara para explicar la vaguedad de las palabras del lenguaje ordinario, también para apreciar el carácter laboral de las relaciones jurídicas. En este sentido se puede afirmar que hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda de que la relación es laboral. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda de que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe⁷.

La ley, en el artículo en cuestión, concede al juez facultades suficientes para que, en estos casos, pueda realizar la “justicia del caso concreto”, haciendo una aplicación equitativa de la norma siguiendo en este sentido la directiva interpretativa que emerge del artículo 11 de la LCT. No se trata de interpretar la duda a favor del empleador –como se ha señalado erróneamente alguna vez– sino de utilizar la facultad otorgada por la ley al juez o tribunal que les permite estar dotados expresamente de las atribuciones necesarias para distinguir aquellas situaciones en las que la omisión de registro ha sido *maliciosa* de las que por las características de la actividad, las tareas ejecutadas por el trabajador o la modalidad y duración de la prestación, pudo juzgarse la conducta del empleador como *excusable* o *simplemente culposa*.

La falta de ejercicio por parte de los jueces de esta facultad que les reconoce el artículo 16 de la ley 24.013 puede –a nuestro juicio– atribuirse a las siguientes causas: a) es posible que domine una errónea apreciación o concepción binaria de la realidad social que desembocaría en el enfoque de la ubicación de una persona en el esquema de la organización social de la producción de bienes y servicios, como “blanco” o “negro” sin la admisión de “zonas grises”, desconociendo la existencia de matices o de una “zona de penumbra” que impida la

⁶ *La regularización del empleo no registrado*, Errepar, Buenos Aires, 1993, p. 95.

⁷ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 33 y 34.

posibilidad de trazar con precisión una certera línea de división de ese continuo entre la “total luminosidad” y la “oscuridad total”; b) esa equivocada concepción tendería a ubicar a las ciencias sociales o jurídicas en una zona de demarcación cercana a las ciencias exactas o matemáticas; c) el equivocado criterio que estamos cuestionando deriva en un virtual desconocimiento del mecanismo de graduación expresamente previsto por la ley que dispone de un tope máximo establecido por los artículos 8º y 15 de la ley 24.013 y un tope mínimo determinado en el artículo 16 de la misma ley, vale decir, en una norma vigente que expresa la voluntad del legislador.

Otra cuestión que puede ser materia de definición, no sólo doctrinaria sino jurisprudencial, es la relativa a la cuestión de origen teórico pero con consecuencias prácticas respecto de la controversia sobre la absorción total de la figura de la locación de servicios por parte del contrato de trabajo.

Desde tiempo atrás se discute, en la interpretación del actual ordenamiento normativo, si la figura del “contrato de trabajo” ha absorbido totalmente a la “locación de servicios”.

Sobre esta cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se han expresado dos puntos de vista contrapuestos; una primera postura, sostiene que el “contrato de trabajo” ha absorbido totalmente al “contrato de locación de servicios”. Veamos esta primera postura.

En el ámbito civil, Borda considera la “locación de servicios” directamente en el Capítulo XVII de su *Tratado* que titula *Contrato de trabajo*⁸. Del mismo modo, Spota trata la “locación de servicios” colocando a continuación entre paréntesis “Contrato de trabajo” y expone: “...insistimos en expresar que el Código Civil, debe entenderse innovado por las leyes 20.744 y 21.297. Por ende, cada vez más debemos tender a eliminar la terminología superada de ‘locación de servicios’ para recurrir a la de ‘contrato de trabajo’. Digamos, en todo caso que, más que autorizados, estamos obligados a recurrir a esa terminología del nuevo derecho que nos rige en esta materia”⁹.

⁸ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 9.

⁹ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, vol. V, N° 1118, p. 168.

Asimismo –se ha señalado con razón– que los Códigos Civiles más modernos no hablan de locación de servicios sino de “contrato de trabajo”, como el Código italiano de 1942 (art. 2060), el suizo de las Obligaciones (arts. 319 y ss.), el peruano (arts. 611 y ss.), el venezolano (art. 1629), el alemán (arts. 611 y ss.), el portugués (arts. 1154 y ss.) y el mejicano (art. 2605), entre otros.

Un sector de la jurisprudencia laboral, que se ha inclinado por la tesis de la absorción total, se expresa con términos categóricos: “El contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del Derecho; si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que es principio implícito de nuestra Constitución que el trabajo no es una mercancía y que goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el artículo 14 bis, CN”¹⁰.

Una contribución nueva a la controversia la brinda el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 que no legisla sobre el “contrato de locación de servicios” pero, en cambio, en su Libro Tercero sobre *Derechos personales*, Título IV, *Contratos en particular*, regula el contrato de “suministro de servicios sin relación de dependencia” (art. 1176), limita el contrato de “locación” a las cosas (art. 1187) y en su Capítulo 6 legisla sobre el contrato de “obras y servicios” que define en el artículo 1251 y dedicando disposiciones especiales para las “obras” (arts. 1262 a 1277) y para los “servicios” (arts. 1278 y 1279), aunque en el mismo artículo 1278, para regular a este tipo contractual, remite a las normas de la Sección Primera del mismo Capítulo 6, sobre “disposiciones generales” de la “locación” y también a las normas correspondientes a las “obligaciones de hacer”.

El primer párrafo del artículo 1251 del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 define el contrato de la siguiente manera: “Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución”. En los Fundamentos del Anteproyecto de Código se puede leer: “a) *Distingo entre servicios autónomos y dependientes*. La definición del con-

¹⁰ CNAT, sala VII, 31-7-2009, RDLSS 2009-1927.

trato comienza señalando que se actúa independientemente. Este elemento permite una primera división, ya que el trabajo dependiente se encuentra regulado en la ley especial de contrato de trabajo 20.744 y sus modificatorias”. Y a continuación los mismos Fundamentos expresan: “Para saber cuando un servicio es dependiente o no se debe recurrir a las normas de la ley de contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, se establece que el prestador autónomo tiene discrecionalidad técnica, es decir, tiene libertad para elegir los medios que utiliza para la ejecución del contrato”. El segundo párrafo del artículo 1252 del Proyecto dice textualmente: “Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”. Las expresiones de los Fundamentos son sugestivas porque si bien en un primer momento la norma del Proyecto remite directamente a lo que disponga la norma laboral, parece indicar a la “discrecionalidad técnica”, es decir, la libertad para elegir los medios que utiliza para la ejecución del contrato, como característica definitoria del “trabajo autónomo”.

Por nuestra parte estimamos que si bien el contrato de trabajo ha absorbido en gran medida el contenido del “contrato de locación de servicios” no lo ha hecho totalmente, restando para este último un contenido residual.

Este contenido residual, en el actual ordenamiento positivo, está representado principalmente por la “locación de servicios profesionales” y por el “cuidado de enfermos en el hogar”, que deben seguir rigiéndose por las normas respectivas del Código Civil. Pasaremos a analizar estas dos situaciones más detenidamente.

En cuanto a la “locación de servicios profesionales”, debemos señalar que el profesional diplomado es, en principio, un típico trabajador autónomo que ejerce su profesión de manera libre, aunque también puede desempeñarse en relación de dependencia. Ésta es una cuestión de hecho a determinar en cada caso, valorando, quien aprecie la relación, la existencia de las notas características de un contrato de trabajo, como la dependencia jurídico-personal, la dependencia económica y la técnica. En nuestra opinión, deberá atenderse especialmente en el caso de los profesionales al lugar físico de prestación de los servicios y si éste corresponde al empleador sea a título de dueño, poseedor o simple tenedor.

Por ejemplo, un abogado o contador que atiende en su bufete u oficina los requerimientos de un cliente a quien factura sus servicios configura una vinculación que puede calificarse correctamente como “contrato de locación de servicios” o “contrato de servicios” en la designación del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. Sin embargo, si el profesional se integra en una organización total o parcialmente ajena, prestando servicios en condiciones de subordinación jurídico-personal, económica y técnica, su relación con el dador de trabajo será un verdadero contrato de trabajo.

En cuanto a la problemática del “cuidado de enfermos en el hogar” se genera por la interpretación que se formula del artículo 2º del decreto-ley 326/56, Estatuto del Servicio Doméstico, que –en su parte pertinente– expresa: “No se considerarán empleadas en el servicio doméstico a las personas [...] que sean exclusivamente contratadas para cuidar enfermos...”

Frente a esta exclusión, dos posiciones se han básicamente diseñado para determinar cuál es, entonces, el régimen jurídico que ha de regir al “cuidado exclusivo de enfermos en el hogar”.

Mientras una primera postura considera que en este supuesto es aplicable la ley general, es decir, la Ley de Contrato de Trabajo, otra posición, a la que adherimos, afirma que en este caso, estaríamos en presencia de un caso residual en que resultan de aplicación las normas que regulan el contrato de locación de servicios del Código Civil. Una tercera postura jurisprudencial minoritaria postula, no obstante lo dispuesto por el artículo 2º del decreto 326/56, que las labores de cuidado, atención y asistencia de una persona enferma encuadran en dicho estatuto, pues el decreto reglamentario 7979/56 contempla expresamente, dentro de las diferentes categorías, la de “dama de compañía”.

Una conclusión distinta a la de sostener que en ese caso media un “contrato de locación de servicios” traería consecuencias irrazonables en el ámbito doméstico. Un particular, en su propio hogar, tendría el deber de contar con el Libro Especial del artículo 52 de la LCT y el horario de trabajo debería hacerse conocer al supuesto empleado “mediante anuncios colocados en lugares visibles”, tal como lo exige el artículo 197 de la LCT. Por otra parte, la omisión de registrar la “relación laboral” de dicho trabajador haría al dueño de casa responsable

de las graves cargas que impone el Título II de la Ley de Empleo 24.013 sobre el “empleo no registrado” que alcanza a los trabajadores regidos por la LCT (art. 1º, decreto 2725/91). Tales consecuencias son difícilmente sostenibles.

La interpretación que sustenta el carácter laboral de la contratación debe ser desechada por aplicación de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que sostiene que “una de las pautas más seguras para verificar la razonabilidad de una interpretación legal es considerar las consecuencias que se derivan de ella”¹¹ y que “entre los criterios de interpretación posibles no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de la adopción de cada uno, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia en que está engarzada la norma”¹².

Las dos cuestiones planteadas precedentemente, en cuanto a “problemas” que pueden ser solucionados en un futuro inmediato, ponen de manifiesto que más allá de la labor legislativa y la que pueda desplegar la autoridad reglamentaria para eliminar, en la mayor medida posible, la vaguedad o ambigüedad del lenguaje en que están redactadas las normas jurídico-laborales, disolver sus antinomias e inconsistencias, suprimir las redundancias y, en definitiva, dar una mayor coherencia racional al sistema normativo, la función judicial está habilitada también para contribuir de una manera decidida en el logro de esa “pretensión de corrección” que, fincada en la voluntad del constituyente de “afianzar la justicia”, brinda el impulso necesario para la concreción efectiva de los ya mencionados valores de justicia, orden, paz y seguridad jurídica.

¹¹ Fallos: 310:267; 312:156.

¹² Fallos: 311:1925; 313:664.

LAS TRES FACETAS DE LA DEPENDENCIA

por BEATRIZ E. FERDMAN

SUMARIO: 1. El concepto de dependencia y sus tres facetas. 2. La irrelevancia de la dependencia técnica. 3. La transformación de la dependencia jurídica. 3.1. Concepto. 3.2. Evolución. 4. La importancia ascendente de la dependencia económica. 5. La técnica del haz de indicios. 6. Dos desafíos: trabajo a domicilio y teletrabajo. 6.1. Trabajo a domicilio. 6.2. Teletrabajo. 7. Conclusiones.

1. El concepto de dependencia y sus tres facetas

A pesar de que la noción de dependencia ha sido considerada esencial para la determinación de la existencia de una relación laboral, no existe en la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) una definición de su concepto, ni tampoco la doctrina la ha delimitado con exactitud.

A esa dificultad inicial se ha agregado que la crisis de abarcatividad del concepto de dependencia hace replantear su utilidad como elemento definitorio de la laboralidad. La situación de muchos trabajadores no es resuelta mediante el alcance del concepto de dependencia y los casos dudosos ya no son excepción, sino un gran número.

Reconociendo estas dificultades, Rodríguez Mancini se aboca a una tarea clasificatoria y señala que los trabajadores dependientes se subdividen en económicamente dependientes o subordinados. Los primeros son aquellos cuya dependencia es sólo económica y no jurídica. Los segundos son los que obedecen órdenes. Éstos se clasifican según presten servicios gratuitos u onerosos, siendo estos últimos (con exclusión

del empleo público) los trabajadores dependientes en los sentidos técnico, económico y jurídico, que se rigen por las normas laborales¹.

López por su parte sostenía que la relación de dependencia existe con respecto a una organización ajena de la que participa el trabajador, encontrándose sometido a instrucciones o directivas que le impartan o pudieran impartírsele².

A pesar de estos intentos de aproximación, la dependencia, antes que definida, ha sido identificada a través de la presencia de sus caracteres en cada caso concreto.

Algunas normas de la LCT permiten hallar algunos de sus caracteres. El artículo 4º determina que el trabajo es “toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración...” Por su parte, el artículo 5º agrega que una empresa es una organización instrumental, de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección. Aún más, califica de empresario a aquel que dirige la empresa y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores. De los mencionados artículos se desprende que la noción de dependencia incluye ese poder de dirección del empleador y la correlativa obediencia del trabajador sometiéndose a aquél, la cual se identifica con la dependencia jurídica, incluyendo también el poder sancionatorio. El momento en que fue sancionada la LCT hace que demuestre una preferencia por la noción de dependencia jurídica, conforme a un modelo de producción distinto al actual.

Existen otras dos facetas de la dependencia: la técnica y la económica. La primera consiste en la facultad de establecer los modos y los procedimientos de ejecutar las tareas. La segunda, reside en que el trabajador es ajeno a los frutos de su labor y a los riesgos de la actividad empresaria.

Al estudio de estos tres aspectos clásicos de la dependencia se aboca este artículo, con la pretensión de exponer en qué grado cada uno define la existencia de una relación laboral.

¹ Ver RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Notas de la dependencia laboral*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2005-2, *Contratación Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 41.

² Cfr. LÓPEZ, Justo, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, t. 1, p. 78.

2. La irrelevancia de la dependencia técnica

En el modelo del taylorismo-fordismo existía la concepción de que el saber se concentraba en el empresario, mientras que el operario realizaba un ejecutar fragmentario y repetitivo, dado que las tareas eran más rudimentarias.

En la actualidad, la subordinación técnica ha perdido su relevancia como elemento definitorio de la existencia de una relación laboral, en tanto los trabajadores cuentan con diversas calificaciones y categorías profesionales y desarrollan desde tareas sencillas hasta otras complejas que requieren conocimientos específicos. De tal manera el rol técnico del empleador es el del poder de gestión (decidir qué, cómo y cuánto se produce) y de organización, escogiendo los fines y los medios de la empresa, participando el dependiente en el grado que aquél le otorgue. El trabajador actual al ser cualitativamente superior tiene una mayor capacidad para decidir por sí mismo, y no requiere de la supervisión técnica³.

En definitiva, la ausencia de dependencia técnica no obsta a la existencia de una relación laboral, ni tampoco su presencia es una nota distintiva pues es común a otros contratos civiles o comerciales, tal como el mandato o la franquicia.

3. La transformación de la dependencia jurídica

3.1. *Concepto*

Para describir los contenidos de la relación de dependencia, Rodríguez Mancini ha acudido a las características propias de la misma dentro de las normas referidas a los derechos y deberes de las partes. Estos artículos manifiestan los modos y los límites de la dependencia, mediante las posiciones de mando y de subordinación.

El contenido del poder de dirección puede hallarse en la posibilidad de fijar y de modificar las condiciones no sustanciales de la prestación

³ Ver MACHADO, José Daniel, *El trabajo deslinde del concepto de dependencia y sus vecinos*, en GARCÍA VIOR, Andrea (coord.), *Colección temas de Derecho Laboral: "Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral"*, Errepar, Buenos Aires, 1999, ps. 152 a 154.

de servicios, aunque sea con mayor o menor intensidad, mediante el ejercicio de las facultades que la LCT le otorga al empleador, a saber: de organización, de dirección y disciplinario. Éstas son llamadas facultades en tanto su ejercicio no puede ser arbitrario sino ordenado funcionalmente a los intereses de la empresa y a las exigencias de la producción⁴.

El poder de dirección es continuo, de manera que las tareas no están definidas precisamente desde el inicio y hasta el fin de la relación, sino que su indeterminación permite que el empleador las mute conforme los intereses de la empresa. De no existir dicha indeterminación, no habría espacio para el ejercicio de las facultades del empleador. Esta particularidad del contrato de trabajo lo diferencia de otros contratos en los que el objeto de la obligación se pacta específicamente⁵.

Otros autores han coincidido en que la dependencia consiste en la prestación personal de tareas con sometimiento a órdenes, directivas e instrucciones impartidas (dependencia jurídica) en el marco de una organización ajena (se destaca la nota de ajenidad)⁶. El poder de dirección consiste en que el empleador tiene el poder de especificar el contenido y las cualidades del trabajo y orientar hacia un resultado de la actividad, elementos cuyo control no corresponde al trabajador⁷.

La esencia de la dependencia es “dejar inmerso al trabajador en un sistema organizativo que ordena y delimita el propio trabajo [...] La cantidad, calidad y tiempo de la prestación son dependientes del vínculo adoptado...”⁸

La dependencia implica realizar una actividad dentro del ámbito de la organización y dirección del empleador, es decir que el trabajador se incorpora a un círculo organizativo⁹. Es la situación del trabajador sujeto,

⁴ Ver RODRÍGUEZ MANCINI, ob. cit., ps. 48 y 49.

⁵ Ídem, p. 59, con cita de SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, ps. 139 y 140.

⁶ Ver KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1968, ps. 35 y 36. Ver LÓPEZ, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. 1, p. 77.

⁷ Ver STSJ del País Vasco, de 17-3-2005, JUR 2005, 208520.

⁸ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 470.

⁹ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., p. 469. Así

aun en forma flexible, a la esfera organicista y rectora del empleador. Es la obediencia o sometimiento a las órdenes o instrucciones¹⁰. Esta nota distingue al contrato de trabajo de otros contratos tales como la locación de servicios o de obra y del mandato, en tanto el sujeto no se integra en esos casos a la organización empresaria de otro¹¹.

3.2. Evolución

Existen diversos factores económicos y sociales que han provocado que la noción de dependencia jurídica haya mutado a lo largo del tiempo.

En primer lugar, los cambios en la tecnología y la comunicación han provocado que la dependencia jurídica no se manifieste tan rigurosa como antes. Esto se debe a que los trabajadores más capacitados y con mayor autonomía técnica y funcional responden a obligaciones de resultados y ya no de medios, lo cual se traduce asimismo en flexibilidad horaria y del lugar de prestación de tareas. Aún más, los controles en la actualidad se ejercen mediante comunicación de principios, normas y valores de la empresa, con los cuales se pretende que el empleado se identifique¹².

Según la jurisprudencia española, basta que el trabajador “se encuentre comprendido aunque sea mínimamente dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”¹³.

lo ha reiterado la jurisprudencia española, ver a título ejemplificativo la sentencia del tribunal supremo de 7-11-85 (RJ 1985, 5739): “no es suficiente para la configuración de la relación laboral, la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del Derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador”.

¹⁰ Ver ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Civitas, Madrid, 2005, ps. 67, nota 5, y 68.

¹¹ Ver MADDALONI, Osvaldo A., *El contrato de trabajo y los contratos comerciales*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2005-2, *Contratación Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 64.

¹² GOLDIN, Adrián O., *Las fronteras de la dependencia*, en *Relaciones Laborales*, N° 19, Sección Doctrina, La Ley, Buenos Aires, t. 2, p. 311.

¹³ Ver PALOMINO SAURINA, Pilar, *El concepto de dependencia como criterio*

La externalización de las tareas con respecto al establecimiento se ha vuelto más común y ha implicado un cambio de mentalidad en cuanto a la rigurosidad de concentración de todos los trabajadores en un mismo lugar de trabajo¹⁴. Esto trae aparejado que el empleado pueda organizar sus tiempos de labor con mayor flexibilidad. El cumplimiento de un horario fijo no es un requisito para la existencia de laboralidad¹⁵.

Ello pues lo relevante no es tan sólo la puesta a disposición en el tiempo, sino el logro de resultados, el cumplimiento de objetivos. Éste es el claro caso de los trabajadores en empresas que brindan servicios informáticos.

Asimismo, el poder de dirección se ejerce no preminentemente como órdenes individuales, sino como políticas de la empresa y protocolos de actuación¹⁶.

En segundo lugar, se ha advertido con acierto que la descentralización productiva y otros fenómenos como la subcontratación, la contratación de servicios eventuales, entre otros, provocan la “segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales”¹⁷. Cabe tener en cuenta que estas realidades se aplican a las grandes empresas, y no a las pequeñas y medianas empresas que son una gran porción de la actividad en nuestro país, y que a la vez concentran el mayor porcentaje de trabajo en negro.

En definitiva, la dependencia jurídica existe aunque el empleador

determinante de la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, Pamplona, 2007, par. 27/2007, con cita de STS de 21-5-90, RJ 1990, 4993. Con respecto a la disponibilidad horaria ver STS de 29-12-99, RJ 2000, 1427.

¹⁴ Ver CNAT, sala V, 23-12-88, “Gambarini, Héctor c/Medicus SA y otro”.

¹⁵ Ver CNAT, sala V, 3-12-92, “Sabares, Carlos c/Tamay, Sara”.

¹⁶ Ver MACHADO, ob. cit., p. 154.

¹⁷ GOLDIN, ob. cit., p. 311.

emita pocas órdenes o ninguna, puesto que la mera posibilidad de impartirlas exige la obligación de obedecer¹⁸. La diferencia de matices entre la mayor o menor intensidad del ejercicio del poder de dirección se deberá a la jerarquía del dependiente, la índole de su trabajo, el grado de preparación, el carácter de la empresa¹⁹, la estructura organizacional del empleador, la existencia o no de descentralización productiva, entre otros factores.

4. La importancia ascendente de la dependencia económica

En la actualidad se considera que, frente a la pérdida de la importancia esencial de la dependencia jurídica, debe exaltarse la noción de dependencia económica. Así, de la visión autoridad-subordinación se pasaría a la perspectiva beneficio-dependencia económica²⁰.

Aún más se ha sostenido que la dependencia jurídica se reduciría a la económica, en tanto “la potestad de dar órdenes tiene justificación en que los frutos pertenecen a otro”²¹.

La dependencia en su aspecto económico como nota distintiva de una relación laboral no implica primordialmente el abono de una retribución por los servicios prestados (la contraprestación de dinero ocurre también en otro tipo de contratos como la locación) ni tampoco exige que sea determinante a efectos de la supervivencia alimentaria del trabajador (en el pluriempleo pueden existir algunas remuneraciones más cuantiosas que otras).

Lo esencial de la dependencia económica se refiere a la ajenidad del trabajador con respecto a los riesgos del negocio y a los frutos.

La ajenidad en la jurisprudencia española ha sido entendida como la transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo, siendo el empleador quien incorpora los mismos al mercado y percibe

¹⁸ Cfr. CNAT, sala I, 30-11-90, “Argento, Ricardo c/Asociación Mutual Sancor”.

¹⁹ Cfr. CNAT, sala III, 29-11-78, “Panzeri, Dante c/Dicon SA”.

²⁰ Ver CANDAL, Pablo, comentario al artículo 21, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, p. 289.

²¹ Cfr. ALIMENTI, Jorgelina Fulvia, *La dependencia laboral*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. I, Cap. II, p. 163.

los beneficios²². En consecuencia, al ser el empleador el titular de los frutos del trabajo, es quien corre con los riesgos del resultado de colocarlos en el mercado y el trabajador es ajeno a los mismos²³.

Los frutos son atribuidos al empleador inicial y directamente antes de la ejecución del trabajo. En cambio, en el trabajo por cuenta propia, se retiene la titularidad inicial de los frutos del trabajo aunque luego se disponga de ellos mediante diversos títulos jurídicos²⁴. En virtud del contrato de trabajo, el empleador adquiere de modo originario la propiedad de los frutos, en tanto el trabajador cede anticipadamente los mismos a cambio de una remuneración. Es por eso que según Guasp, la dependencia se reconduciría a la ajenidad, puesto que la primera es una noción jurídica y formal, que “se traduce en un actuar por cuenta ajena en virtud del cual se opera el traspaso automático del resultado de un trabajo de quien lo hace a otra persona distinta”²⁵.

La ajenidad era un aspecto que ya se consideraba en los albores del Derecho del Trabajo, pero de una manera distinta a la que se lo hace en la actualidad. En ese entonces se la consideraba una consecuencia de la subordinación jurídica, es decir, que en virtud de que el trabajador no gobernaba su prestación, no podían atribuírsele los resultados de las decisiones empresarias²⁶. Con posterioridad, en la primera mitad del siglo XX, el concepto de dependencia evolucionó independizándose de la subordinación jurídica, para hacer énfasis en la ajenidad, es decir, a la incorporación a una organización ajena que provee los medios de producción, adquiere los frutos y corre con los riesgos. En consecuencia, el poder de dirección podrá ejercerse con mayor o menor intensidad, ser más o menos patente, sin que ello impida la existencia de un vínculo laboral²⁷.

En sentido contrario, el trabajador autónomo no se incorpora a la organización de un tercero sino que él mismo organiza y asume los riesgos de su actividad.

²² Cfr. STS de 29-10-90, A. 7721 y STS de 29-1-91, A. 190.

²³ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, ob. cit., p. 468.

²⁴ Ver ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, ob. cit., ps. 49 y 50.

²⁵ Ídem, ps. 68 y 69.

²⁶ Cfr. MACHADO, ob. cit., p. 148.

²⁷ Ver MACHADO, ob. cit., p. 151.

Resulta interesante citar lo expuesto por la jurisprudencia, en palabras que son clarificadoras del asunto: “la asunción de riesgos por parte de quien presta un servicio es definitoria de una actividad por cuenta propia; y, por el contrario, la ajenidad en los riesgos de quien ejecuta una determinada tarea es una nota definitoria de una relación subordinada”²⁸. A tales efectos se evaluó en el caso que el trabajador no contara con una autoorganización económica que permitiera calificarlo como empresario ni que contara con clientes propios.

Asimismo se ha dicho: “...caracteriza al contrato de trabajo respecto del contrato de locación de servicios las condiciones que deben reunir cada uno de los sujetos y la naturaleza de la contraprestación: 1) el empleador es empresario; 2) el trabajador es no empresario, y 3) la prestación es onerosa. Si concurren estos tres supuestos estamos ante un contrato de trabajo. La dependencia jurídica, económica y técnica, más que notas emergentes de la contratación, vienen impuestas por el modo de producción de una sociedad capitalista y por las facultades jurígenas que la ley acuerda al empleador. El advenimiento de nuevos paradigmas de producción obliga a la revisión del concepto jurídico para una regulación adecuada. Es, en esta inteligencia, que el análisis debe centrarse sobre el nudo de la relación laboral, vinculada al concepto de empresa, que nos permite avanzar, más nítidamente, sobre las definiciones de los sujetos y el objeto del contrato de trabajo. La definición del trabajador como no empresario y del empleador como empresario no constituye una distinción caprichosa o una consecuencia del ordenamiento positivo vigente, sino que se adentra cualitativamente en la relación en análisis modalizando prestaciones y expectativas en apariencia similares. La incorporación a una empresa ajena y el sometimiento a sus usos y costumbres hace nacer el poder de organización y, en la medida que ello implica someterse a pautas programadas desde la cadena jerárquica estamos ante el poder de organización y, si el incumplimiento puede ser sancionado con la exclusión, existe el poder disciplinario. Estas notas caracterizan al empresario quien, en principio, por la facticidad y, en segundo lugar, por el reconocimiento legal expreso, configura la existencia de un poder jurígeno. La empresa es,

²⁸ Cfr. CNAT, sala II, 27-2-2013, “Zorzi, Sergio Luis c/Klystron Electrónica SRL y otros s/Despido”, L. L. Online, AR/JUR/4515/2013.

entonces, desde el punto de vista normativo, un ordenamiento jurídico parcial, subordinado al general del Estado, pero con su propio sistema de mandatos, órdenes y jerarquías dentro del cual los sujetos comprendidos interactúan. De allí nace la importancia de definir al sujeto receptor de los servicios como empresario. Si quien presta el servicio tuviera los medios propios para caracterizarlo como empresario, es decir, tuviera a su disposición los medios materiales, inmateriales y personales suficientes para la consecución de los fines benéficos o con fines de lucro con viabilidad social y los empeñara o tuviera la posibilidad de hacerlo en el contrato, las condiciones de sujeción propias de la dependencia se atenúan (es posible, como ya hemos visto, la dependencia empresaria) o desaparecen. Ello excluye la relación contractual así constituida del marco del Derecho del Trabajo”²⁹.

5. La técnica del haz de indicios

La jurisprudencia argentina ha incorporado la llamada técnica del haz de indicios. Ésta consiste en que para caracterizar una relación como laboral debe comprobarse si existen indicios de un posible estado de subordinación. Para ello no se exige que se verifique la presencia de todos los indicios sino que basta con inducir de la unión de varios de ellos la existencia de un vínculo de subordinación³⁰.

La doctrina ha señalado que en la jurisprudencia argentina ha existido una gran libertad en el uso de esta técnica, creando las nociones de “humor de laboralidad”³¹. Por su parte, se ha opinado que “la técnica indiciaria es buena si se la usa de modo sólo marginal (para resolver situaciones que de modo excepcional se apartan del modelo establecido) o, en otras palabras, que es tanto más efectiva cuanto menos se la utiliza.

²⁹ Cfr. CNAT, sala V, 8-6-2011, “Oddi Ademar Anibal c/Urbano Express Argentina SA s/Despido”, L. L. Online, AR/JUR/31072/2011.

³⁰ Ver CNAT, sala VI, 9-8-2001, “D’Antonio José Ítalo c/4 de Setiembre SA de Transportes Colectivos de Pasajeros s/Despido”, en http://www.eft.com.ar/jurisp/argentina/nacional/sala-vi_dantonio_salario_alto.htm, acceso el 28-7-2013.

³¹ Ver OJEDA, Raúl Horacio, *Nuevas fronteras del Derecho del Trabajo. La crisis de las notas de la dependencia*, en GARCÍA VIOR (coord.), *Colección temas de Derecho Laboral: “Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral”* cit., p. 175.

La hipótesis se completaría planteando que lo que hoy sucede es que, en función de las profundas transformaciones en curso, aquel proceso de calificación ‘simple, evidente y casi intuitivo’ va perdiendo su histórica prevalencia; la necesidad de explorar las fronteras de la dependencia se torna más y más habitual y la técnica del haz de indicios revela –en función de su creciente utilización– su congénita debilidad”³².

En sentido concordante, la jurisprudencia española ha señalado que debido a la flexibilización del concepto de dependencia, los indicios “sirven como criterios orientativos, mas no con carácter determinante y excluyente de la existencia de una relación laboral”³³.

Más allá de lo dicho, aún se sigue utilizando y por lo tanto es aleccionadora la revisión de los diversos hechos que han sido considerados indicios de la dependencia laboral.

Según la Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo, entre esos indicios podrían figurar los siguientes: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

En el Informe Supiot se enunciaba el siguiente haz de indicios: “1) el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo;

³² GOLDIN, ob. cit., p. 311.

³³ Ver STS de 10-7-2000, RJ 2000, 8326.

2) en la práctica realiza el trabajo él mismo; 3) su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras; 4) la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; 5) la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad; 6) el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo; 7) los medios de trabajo son aportados por la otra parte; 8) los gastos profesionales están a cargo de la otra parte; 9) el trabajo es remunerado; 10) el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado”³⁴.

Se han considerado indicios, además de los ya mencionados, el sometimiento a un horario, el control mediante el uso de nuevas tecnologías, la evaluación del rendimiento, la presentación de informes de trabajo. Exceptuando el primero, los demás son indicios útiles en los trabajos de horario flexible, en el teletrabajo y en el trabajo a domicilio.

Como se ha modificado el concepto de dependencia adquiriendo mayor relevancia el aspecto económico, varía el peso de uno u otro indicio al momento de la valoración. Si bien la exclusividad no es requisito de la dependencia y tampoco lo es por lo tanto la principalidad de la prestación salarial en el ingreso del trabajador, se han considerado indicios a los siguientes: la no posesión de una clientela propia, que el trabajador no posea una organización empresarial de su propiedad ni de capital u otros medios de producción, que el trabajador no actúe en el mercado por sí solo y que no sea libre para determinar el precio de las mercaderías o los servicios³⁵.

El criterio económico de la ajenidad en los riesgos ha sido empleado en la jurisprudencia y especialmente en los casos dudosos. Así por ejemplo en el caso de los médicos que laboran en sanatorios se ha valorado que no se trate de un empresario independiente, con una estructura autónoma³⁶ y que no posea clientes propios³⁷; que sí realice

³⁴ SUPIOT, Alain, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49.

³⁵ Ver GOLDIN, ob. cit., p. 311.

³⁶ CNAT, sala I, 28-5-2012, “Silva, Elisa Raquel c/Soma SRL y otro s/Despido”, L. L. del 26-9-2012, p. 9.

³⁷ CNAT, sala IX, 28-6-2012, “Manzur, Patricia Alejandra c/Ponte, Patricia Isabel s/Despido”, D. T. 2012 (septiembre), p. 2427.

tareas propias de la empresa demandada, dentro del establecimiento de la misma, utilizando los bienes que pertenecían a su empleadora, para el cumplimiento de sus fines, teniendo aquella una organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de dichos fines³⁸.

Mismos criterios se han utilizado con respecto a los choferes de taxis sin vehículo propio que se incorporan a una organización ajena y revistiendo la demandada el carácter de empresaria³⁹.

La idea de incorporación a una empresa ajena también se ha aplicado para los entrenadores, médicos kinesiólogos o deportólogos en clubes deportivos⁴⁰ y para los *caddies* en tanto éstos prestan tareas que implican un beneficio concreto a los clubes de golf y se desempeñan en tareas que hacen al giro propio de los mismos⁴¹.

6. Dos desafíos: trabajo a domicilio y teletrabajo

La relevancia de cada uno de los aspectos de la dependencia se torna más compleja en dos situaciones que desdibujan algunos de los indicios más clásicos, tales como la presencia en el lugar del trabajo, y el cumplimiento de un horario fijo, a saber: el trabajo a domicilio y el teletrabajo. Es por eso que resulta interesante estudiar estos dos desafíos en particular.

6.1. Trabajo a domicilio

Según el artículo 1º, apartado a, del Convenio 177 de la OIT: “la

³⁸ CNAT, sala IX, 31-3-2011, “Sturla, Juan Carlos c/Unidad de Cirugía Plástica de San Isidro SA y otro”, AR/JUR/8169/2011.

³⁹ CNAT, sala X, 28-9-2012, “Callupan, Pedro Carlos c/Trionfo de Asencio, Catalina y otro s/Despido”, AR/JUR/53872/2012. CNAT, sala VI, 20-2-95, “Oblitas, Juan c/Fiorenza, Juan”, AR/JUR/4293/1995.

⁴⁰ CNAT, sala X, 19-4-2010, “De Valais, Fabián Jorge c/Club Náutico Hacoaj Asoc. Civil”; sala VIII, expte. 12.092/2007, sent. 35.491, 30-9-2008, “Rojas, Esteban Oscar c/Blanquiceleste SA y otro s/Despido”, jurisprudencia citada por GARCÍA VIOR, Andrea E., *Dependencia y parasubordinación laboral*, en L. L. del 30-7-2013, p. 1.

⁴¹ Ver DE DIEGO, Julián A., *Los “caddies” en la relación laboral*, en L. L. 2012-A-989. CNAT, sala V, 16-2-2009, “Postillone, Marcelo Alejandro c/Campo de Golf José Jurado SRL s/Despido”. CSJN, 30-3-2010, “Postillone, Marcelo Alejandro c/Campo de Golf José Jurado SRL s/Despido”.

expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales...”

Con respecto a esta forma de trabajo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el plenario 34⁴² determinó que no es aplicable la Ley laboral salvo que se pruebe la relación de dependencia. Esto implicaba que la determinación de la existencia de una relación laboral se realizaba a partir de la prueba aportada en cada caso particular. La vigencia de este plenario fue cuestionada por fallos de la Cámara, en virtud de que al sancionarse la Ley de Contrato de Trabajo su artículo 2º abarca en sus términos las relaciones especiales⁴³.

En general, el poder de dirección se encuentra diluido en estos casos y los talleristas son considerados empresarios autónomos. Sin embargo, la existencia de la ley 12.713 no obsta a la laboralidad, en tanto dicha norma “no constituye un estatuto que regula de modo integral la modalidad del trabajo a domicilio, sino una norma de policía del trabajo”⁴⁴.

Así para diferenciar al que actúa como mero intermediario que delega en otras personas la tarea (tallerista) y que exista relación laboral debe probarse la actividad personal, por cuenta ajena, en la vivienda del trabajador, para un patrono (art. 3º, inc. a, ley 12.713)⁴⁵.

⁴² CNAT, en pleno, 24-7-56, “García de Vila, Palmira c/Alegría y Cía SRL”, L. L. t. 84, p. 11; L. L. Online, AR/JUR/42/1956.

⁴³ CNAT, sala VI, 29-7-91, “Matías, Nélide E. c/F. B. M., SRL”, D. T. 1991-B-2027.

⁴⁴ CNAT, sala VII, 7-8-97, “Díaz, Luis E. c/I. D. O. S. A. y otros”, D. T. 1997-B-2287.

⁴⁵ CNAT, sala II, 17-7-98, “Khorozian, Antonio c/Carnago, Romualdo E. y otro”, D. T. 1998-B-2267, con cita de CNAT, en pleno, 24-7-56, D. T. 1956-581; CNAT, sala II, sent. 80.605, 17-3-97, *in re* “Fernández Rocha, María N. c/Ted Bodin SA”.

En estos casos, “el poder de dirección del empleador se manifiesta cuando imparte instrucciones al entregar la materia prima para su elaboración y cuando controla la tarea ejecutada al recibir la mercadería elaborada, mientras que la retribución a destajo es una forma habitual de remunerar el trabajo dependiente y si bien no existe horario fijo de labor, la determinación de la jornada a domicilio va implícita en la cantidad de piezas cuya elaboración se encomienda, en el plazo que se acuerda para su ejecución y que el desempeño del obrero a domicilio es personal”⁴⁶.

La jurisprudencia ha señalado bajo qué presupuestos son dependientes los trabajadores a domicilio, tomando en cuenta la dependencia económica. Así ha dicho que habrá laboralidad cuando se trate de “una relación de duración continuada, con prestaciones sucesivas [...] El trabajador a domicilio, en relación de trabajo continua con el empresario (de quien depende económicamente), incapaz de asumir riesgo alguno y, normalmente, sujeto e instrucciones y control en cuanto a la forma de cumplimiento del cometido asignado, así como también a plazos de entrega, y pagado según tarifas preestablecidas, es siempre trabajador dependiente”⁴⁷.

En tal sentido, se ha establecido que “No puede olvidarse que el trabajador a domicilio no es otra cosa que un dependiente desplazado de la sede de la empresa, que tiene un lugar fijo para la realización de sus labores, por lo que el vínculo y la dependencia presentan connotaciones particulares que no son índice de un trabajo autoorganizado sino de una labor organizada por el empresario de acuerdo con su propio beneficio; es decir, que el trabajo a domicilio es en definitiva la modalidad según la cual el empresario encara su actividad productiva”⁴⁸.

En el caso de un trabajador que prestaba tareas en su domicilio

⁴⁶ CNAT, sala II, 17-7-98, “Khorozian, Antonio c/Carnago, Romualdo E. y otro”, D. T. 1998-B-2267.

⁴⁷ CNAT, sala IV, 7-5-2007, “Anriquez, Victoria Enriqueta y otro c/Urban Line SRL s/Despido”, citado por GARCÍA VIOR, ob. cit., p. 1.

⁴⁸ CNAT, sala VII, SD 17.142 del 28-3-89, “Casella, Pedro Pablo y otros c/Confecciones Ricardo SAIF”; sala III, SD 87.115, “Cardozo Franco, Bárbara Virina c/No-sarco SA s/Despido”.

para una peletería, se tuvo en consideración que la demandada entregaba el material para trabajar y las instrucciones por escrito y que el actor trabajaba con exclusividad para aquella, sin ser éste un empresario autónomo⁴⁹.

Con respecto a una costurera se consideró que la entrega en comodato de máquinas y el hecho ver impartidas indicaciones mediante remitos entregados a la trabajadora con respecto a las cantidades, los talles y las prendas que debía confeccionar, indicaba un quehacer personal infungible sujeto a la dirección del dador de trabajo⁵⁰.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que si bien el Convenio 177 considera admisible la posibilidad de que quien realiza una tarea a domicilio “tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesaria para ser considerado como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional” (art. 1º, inc. a), solamente cabría adjudicar la condición de trabajador a domicilio al incluido en el primero de los incisos del artículo 3º de la ley 12.713 en cuanto establece la aplicabilidad de sus disposiciones a quienes “intervengan en la ejecución de un trabajo a domicilio por cuenta ajena” y por el artículo 2º del decreto 118.755/42 que enumera y define a los sujetos respecto de quienes se declara la aplicabilidad del régimen estatutario en cuestión. Es decir, si el trabajador dentro del régimen de la ley 25.880 integró los medios personales de los que se valió la empresa para cumplir su actividad (cfr. art. 5º, LCT), no se trataría más que de un trabajador de los definidos por el artículo 25 de la LCT contratado por una empleadora de las definidas por el artículo 26 de dicho cuerpo legal, siendo la relación una de las contempladas por el artículo 22 de la LCT y 25.800⁵¹.

⁴⁹ CNAT, sala VII, 7-8-97, “Díaz, Luis E. c/I. D. O. S. A. y otros”, D. T. 1997-B-2287.

⁵⁰ CNAT, sala VI, 29-7-91, “Matías, Nélida E. c/F. B. M., SRL”, D. T. 1991-B.

⁵¹ Acreditada la relación de dependencia, la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales estableció que las disposiciones de la LCT relativas a la extinción del contrato de trabajo son aplicables a los trabajadores a domicilio pues resultan compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad, así como el régimen jurídico a la que se halla sujeta (art. 2º de dicha ley) (CNAT, sala III, SD 87.115 del 19-9-2005, “Cardozo Franco, Bárbara Virina c/Nosarco SA s/Despido”; sala III, SD 40.310 del 30-9-80, “Varcárcel de Sánchez, María c/Muño SA”).

6.2. Teletrabajo

El trabajo a domicilio y el teletrabajo no son conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio.

En el Derecho español el teletrabajo “es una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular. La diferencia radica, pues, en que el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en las que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo *on-line*), pero ello no es equiparable al control del trabajo industrial a domicilio”⁵².

El teletrabajo es aquel que es realizado lejos de donde es esperado el resultado, a distancia del empresario o cliente que lo ha contratado mediante la utilización de sistemas informáticos y de comunicación avanzados (teléfonos celulares, computadoras, correo electrónico, Internet)⁵³.

Así el teletrabajo puede realizarse desde el domicilio pero también en los *call centers*, en oficinas satélites o, incluso, en otros países⁵⁴.

Esta forma particular de prestar servicios descarta la utilización de indicios tradicionales tales como el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo o la asistencia al lugar de trabajo. Es por eso que se han buscado nuevos indicios de dependencia como la carencia de

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 11-4-2005, en http://www.lexnova.es/Pub_In/Juris_Gaceta/mas_juris/STS_11_04_05.htm. Ver PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, *Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012*, en *Actualidad Laboral*, N° 2, Sección Estudios, febrero de 2013, t. 1, La Ley.

⁵³ Ver MORGADO PANADERO, Purificación, *El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)*, en *Actualidad Laboral*, N° 16, Sección Estudios, quincena del 16 al 30 de septiembre de 2004, p. 1911, t. 2, La Ley.

⁵⁴ Ver http://web.idrc.ca/uploads/user-S/11023387681traduccion_telework_esp.pdf. Ver asimismo GARCÍA VIOR, ob. cit., 1.

know-how propio, la imposición de uso de un programa de software para realizar la prestación, la imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado, el control tecnológico (vía software de seguimiento) del trabajo desarrollado con envío de reportes de trabajo, o la continuidad cualitativa (periodicidad) y/o cuantitativa (importe) en la retribución⁵⁵.

Son también indicios que el trabajador tenga acreditación de la empresa, figure su nombre en las listas de distribución de documentos, en los directorios electrónicos y/o aparezca en la página web de la empresa, que deba concurrir con alguna periodicidad a reuniones en el ámbito de la empresa y que esté obligado a concurrir a cursos de capacitación a efectos de la utilización de programas impuestos por el empleador⁵⁶.

De tal manera, el poder de dirección se ejerce a través de los medios informáticos. La dependencia económica reside en la ajenidad en los riesgos, la utilización de medios provistos por el empleador y en el carácter no empresario del trabajador. Asimismo puede identificarse la laboralidad en la continuidad de las prestaciones y la asunción de los gastos por vacaciones.

La doctrina española ha señalado el peligro de la invasión a los derechos del trabajador, señalando conveniente que la actividad de control empresarial se limite a verificar únicamente el cumplimiento de los deberes laborales, que sea proporcional y que resguarde en sus métodos a la dignidad del trabajador⁵⁷.

7. Conclusiones

La evolución de la noción de dependencia no debería causar temor sobre el futuro del Derecho del Trabajo. Sea esta nota en mayor o menor grado, u otra, la relevante a la hora de definir la existencia de la relación laboral, lo que importa es la identificación de una real necesidad de protección fundada en una desigualdad negocial.

A pesar de que sea irrelevante la dependencia técnica, o de que la

⁵⁵ Cfr. PURCALLA BONILLA, ob. cit.

⁵⁶ Ver BIRGIN, Oscar y FREIDENBERG, Lelio A., *Concepto y problemática del teletrabajo*, en D. T. 2004-A-334.

⁵⁷ *Ibíd.*

dependencia jurídica se manifieste a través de nuevas formas de dirección y control, la realidad de la subordinación persiste.

Coexisten a su vez trabajadores con diversa calificación y poder negocial, pero en todos ellos cabe la consideración de que es el empleador quien elige o no contratar al trabajador, y bajo esa perspectiva, mantiene cierto poder.

En la actualidad la nota más relevante es la de dependencia económica, en el sentido de ajenidad en los riesgos y los frutos, siendo definitoria además la continuidad en la puesta a disposición para la prestación de servicios cuya concretización en las tareas depende del poder de dirección.

La esencia del Derecho Laboral es la protección del trabajador que se halla en esa posición de desigualdad, aunque pueda proponerse la creación de diversos niveles de protección.

Se vuelve necesario cada vez con más fuerza un *aggiornamento* de la LCT que no sólo acompañe la evolución socioeconómica y tecnológica, sino que refuerce los dispersos conceptos que la jurisprudencia ha procurado establecer, frente a la desactualización del texto legal.

Esta crisis de la noción de dependencia, que se da en diversos países y no sólo en Argentina, es una oportunidad de repensar, actualizar y mejorar los fundamentos del Derecho del Trabajo.

LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA. UNA PERSPECTIVA FUERA DE LA CONTRACTUALIDAD

por JULIO CÉSAR SIMON

SUMARIO: 1. El ocaso de una figura jurídica. 2. Jerarquía, solidaridad y protección.
3. De nuevo sobre el contrato de trabajo.

1. El ocaso de una figura jurídica

La revolución industrial del siglo XIX produjo una innovación jurídica fundamental en el ámbito del trabajo humano. Éste, que venía de la época esclavista configurado como una dominación absoluta del hombre sobre el hombre, recibió en la Edad Media el impacto de la jerarquía feudal estamental¹. A estos elementos, dominio y jerarquía, el liberalismo de la modernidad le quiso impregnar una dosis de autonomía individual anudada a la forma del contrato civil: se puede arriesgar que, desde ese momento, había nacido lo que se conoce como contrato de trabajo².

¹ Se trata, claro está, de caracterizaciones muy generales ya que en ambas etapas existió también el trabajo “libre”, aunque el sistema de producción dominante se basara principalmente en el trabajo esclavo y en la subordinación feudal, respectivamente, esto dentro de un ámbito geográfico preciso, el Occidente.

² La primera respuesta normativa a la revolución burguesa fue el Código Napoleónico, que a la par de plasmar el derecho de propiedad dio la dimensión pretendida por la figura del contrato y el Código Penal que, en muchas de sus figuras protegió cabalmente aquel derecho fundante de las condiciones, modernas y capitalistas, de explotación.

La (re)elaboración del vínculo existente entre quien ofrece su fuerza productiva y quien la utiliza, bajo el prisma contractual, fue considerada una de las grandes aportaciones a la libertad del hombre, derivadas del Iluminismo. Era allí, en el marco de la igualdad civil, donde se pensó que los *citoyens* acordarían los términos de la prestación y contraprestación pactadas. Todo ello, sin interferencias públicas o privadas que afectaran esta negociación.

La insuficiencia de este concepto quedó demostrada a poco de andar, cuando se detectaron sus efectos prácticos en la parte más débil de la ecuación. De más está decir que ello contribuyó al desarrollo de organizaciones intermedias de trabajadores pertenecientes a la actividad objeto de labor (los sindicatos) y a la intervención de la autoridad estatal, bajo la figura del interés público, quienes avanzaron en la otrora zona discrecional de la autonomía privada para equilibrar una balanza de negociación manifiestamente desviada.

En este tema, comparto la síntesis de procesos históricos que signaron la evolución del Derecho del Trabajo según se consignara en la obra de Valverde: “El primero de estos procesos históricos es la revolución liberal, que trajo consigo la consagración de la libertad de trabajo y la consiguiente generalización del trabajo asalariado y del mercado de trabajo como instituciones sociales básicas del trabajo por cuenta ajena. El segundo presupuesto es el conjunto de cambios en el sistema productivo derivados de la introducción en el mismo de nuevas máquinas y medios técnicos, que se conoce con el nombre de revolución industrial. Un tercer presupuesto [...] es la llamada cuestión social, expresión que designa al complejo de problemas políticos y sociales originados en el mundo del trabajo en la fase inicial del liberalismo y la industrialización. El cuarto y más inmediato proceso histórico que explica la emergencia de este sector del ordenamiento es el movimiento ideológico y de propuesta legislativa que se conoce con el nombre de reforma social”³.

Esta evolución, sin embargo, no provocó la superación del contrato de trabajo. Por el contrario, más allá de los avances políticos y jurídicos,

³ Ver VALVERDE, Antonio Martín; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, ps. 75-76.

la figura contractual se continuó utilizando en las relaciones de producción, al tiempo de perfeccionarse la consideración teórica de sus elementos constitutivos. En verdad, fruto de esta circunstancia fue la división entre el ámbito civil, es decir el de la mera locación de servicios, y el ámbito laboral de la contratación. Para ello se adoptó la noción de relación de dependencia, tan cara a los operadores especializados.

Si uno se detiene a observar la dogmática tradicional de la materia, encontrará que la citada distinción (asentada en los rasgos técnicos, económicos y jurídicos que la modulan) sirvió para estandarizar un componente de sujeción, presente ya en la relación productiva, que luego se convirtió en la característica más destacada del instrumento que hoy conocemos.

Así, tras dos guerras mundiales, una guerra “fría”, el surgimiento de la globalización, los conflictos étnicos y religiosos regionales y las crisis sociales y económicas más diversas, el siglo XXI asiste –todavía– a la aparente supervivencia del contrato de trabajo.

Digo aparente, porque el presente ha dejado en evidencia lo que a mi entender siempre ha sido: que la fórmula del contrato laboral es una simple ficción jurídica, carente de contenido.

No es que me pronuncie en disfavor de las ficciones jurídicas. Muchas de ellas, sobre todo en el campo procesal, han resultado útiles para resolver situaciones que conspiran contra el mejor desarrollo de un trámite judicial. Basta recordar el concepto de rebeldía en un pleito y la modalidad que se adopta para la notificación de los actos del proceso como muestra de estas construcciones.

Aquí me refiero a otro punto. A que bajo la pátina del contrato lo que se oculta es, lisa y llanamente, la entrega que hace el trabajador de su cuerpo, con todo lo que ello implica en su puesta a disposición de otro.

Cuando Foucault, en su curso en el *College de France*, hablaba del nacimiento de un arte de gobernar diseñado por el liberalismo, describió los rasgos de una libertad nacida en el seno de la coacción, en la formulación del *homo economicus*: “Para que haya libertad de mercado interno no debe haber efectos monopólicos. Necesidad de

que haya una legislación antimonopolista. Libertad del mercado de trabajo, pero preciso asimismo que haya trabajadores, un número bastante grande de trabajadores, lo suficientemente competentes y calificados, y que carezcan de armas políticas para que no puedan ejercer presión sobre el mercado laboral. Y aquí tenemos una especie de bocanada de aire para una enorme legislación, una enorme cantidad de intervenciones gubernamentales que serán la garantía de la producción de libertad necesaria, precisamente, para gobernar”⁴.

Desde esta perspectiva, el contrato de trabajo sería una parte de esa llamada “bocanada de aire” que el Derecho comenzó a brindar al acto de entrega y puesta a disposición del cuerpo del trabajador, esto es, a rodearlo de significados convencionales (en el sentido individual del término) donde se presumen esferas de negociación entre sujetos a quienes se les reconoce el carácter distintivo de “partes”, cuando en rigor siempre se trata de la sujeción de una de ellas a un “todo” ajeno.

Quienes puedan escandalizarse con esta idea deben recordar que, hace poco más de medio siglo, ya De Ferrari destacaba la opinión de Lyon Caen, en cuanto entendía que el Derecho del Trabajo no se habría basado en la idea de la subordinación sino que, por el contrario, sería la expresión jurídica de la explotación de la fuerza del trabajo y de la represión de la acción obrera, ocupándose exclusivamente del trabajo asalariado, es decir, del trabajo cuyo producido no pertenece al trabajador sino al que lo utiliza. Dicho de otra manera, del trabajo separado del hombre⁵.

En este marco de análisis, la situación del trabajador dentro del contrato no sería exacta o exclusivamente la del subordinado. Es que en la economía capitalista, al dejar el trabajo de ser una acción espontánea y una necesidad de expresión, para convertirse en una actividad utilitaria, provocada y dirigida, lo que ha emergido del contrato de trabajo no es una relación de dependencia, sino una relación jurídica de poder, donde interesa ante todo la posibilidad que tiene un sujeto

⁴ Ver FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica*, en curso en el College de France (1978-1979), 1ª reimpr., trad. de Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 85, clase del 24-1-79.

⁵ Ver DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 311.

de dirigir la actividad de otro⁶. Quizás en realidad nos encontramos ante una relación de poder justificada jurídicamente mediante una ficción.

La señal en clave jurídica había sido dada. Sólo era cuestión de tiempo que un pensador como Foucault, al pronunciar sus famosas conferencias en Río de Janeiro en mayo de 1973, expresara esa realidad subyacente en el trabajo humano, una realidad situada más allá de la tradicional captación de ganancia esgrimida por la tradicional literatura marxista. No en vano explicó: “Para que los hombres sean efectivamente colocados en el trabajo y ligados a él es necesaria una operación o una serie de operaciones complejas por las que los hombres se encuentran realmente, no de una manera analítica sino sintética, vinculados al aparato de producción para el que trabajan [...] Para que haya plus-ganancia es preciso que haya subpoder; es preciso que al nivel de la existencia del hombre se haya establecido una trama de poder político microscópico, capilar, capaz de fijar a los hombres al aparato de producción, haciendo de ellos agentes productivos, trabajadores. La relación del hombre con el trabajo es sintética, política, es una ligazón operada por el poder”⁷.

De alguna manera, puede decirse que las luchas obreras, la Doctrina Social de la Iglesia y las legislaciones sociales del siglo XIX, que alcanzaron un punto de inflexión a nivel internacional con la creación de la Organización Internacional del Trabajo por parte del Tratado de Versalles, no constituyeron sino intentos –efectuados desde variados ámbitos– de eclipsar esta lógica puramente contractual aplicada a la actividad humana.

En Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo reflejó en buena medida este movimiento. El texto de su artículo 4º así lo explica, sin dejar duda alguna sobre su concepción:

Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se

⁶ Ver DE FERRARI, ob. cit., t. I, ps. 315-324, con citas de Jacobi y De la Cueva.

⁷ Ver FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1991, ps. 138-139. Sobre la realidad que subyace bajo las formas procesales ya me referí en mi obra *Modelo estatal y negociación colectiva*, La Ley, Buenos Aires, 1994, ps. 64-65, al analizar los mecanismos de solución de los conflictos laborales.

preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.

Es curioso. En una norma en que se reivindica la matriz contractual –justamente es la que regula lo atinente al contrato de trabajo– se ubican dos conceptos distintos a su teleología.

El primero de ellos es el que se destaca en el primer párrafo del articulado. Se habla de una tarea (no prohibida por la ley) que se realiza en beneficio de aquel que posee la capacidad de ordenarla, de organizarla. Y se espera que se haga de manera onerosa, no gratuita. Es decir que, mientras la mayoría de los operadores jurídicos –movidos por innegables efectos prácticos– exploran el contenido de los artículos relativos a las definiciones de contrato de trabajo, relación de trabajo y sus consiguientes presunciones (arts. 21, 22 y 23, LCT), relegan el hecho que se verifica en el inicio de la norma, donde se dejó planteada una acepción mucho más realista de la conocida relación de dependencia: la vinculación que emerge entre la disposición y la dirección.

Por otra parte, en el segundo párrafo de la norma se pronuncia una declaración de evidente sustento humanista. La misma tiene como finalidad establecer que el fin de toda relación contractual laboral no es otro que la actividad productiva y creadora del hombre como tal. Este fin, además, tiene preeminencia sobre el núcleo prestacional del contrato (ocupación-salario) y sobre los aspectos económicos que el mismo pueda involucrar a las partes.

De eso se trataba y se trata en la Constitución de la OIT, antes recordada, cuando se hace referencia a que “el trabajo no es una mercancía” concepto tan importante que ha sido repetido varias veces desde 1919 (Capítulo XIII del Tratado de Versalles) así, recientemente, Juan Somavía –hasta el año pasado director de la OIT– indicaba, nuevamente, en un reportaje que *el trabajo no es una mercancía ni el ciudadano es sólo un consumidor*; dimensiones a las cuales a veces se les reduce. Desde el punto de vista económico, existe efectivamente un mercado laboral pero para el ser humano, el trabajo es fuente de

dignidad personal, es fuente de estabilidad, es factor de cohesión social. No podemos reducir el trabajo a su dimensión puramente mercantil, es la razón por la cual la OIT dice que el trabajo no es una mercancía sino un bien social⁸.

Sin embargo, como anticipara, por efecto de las innumerables discusiones judiciales vertidas en torno a la existencia de vinculación laboral, la mirada de los especialistas se detuvo en la definición contractual de la ley (con excepción del atisbo relacional inserto en el art. 22, LCT) dejando de lado los aspectos intrínsecos de la relación de dependencia.

A pesar de ello, deseo señalar que la doctrina nacional no dejó de advertir que los extremos de la relación de dependencia no pueden explicarse solamente desde el contrato. Como dijera Ackerman, la necesidad fundamental de trabajar limita severamente la libertad de quien debe hacerlo para otro, a partir de la ajenidad de los frutos y de la inevitable sumisión a los poderes del empleador, sin la autonomía particular ni las concesiones recíprocas comunes a todo contrato⁹.

Es así que la nota de subordinación involucrada en la relación laboral se entiende pero no se define desde facetas técnicas, jurídicas y económicas. De allí que Fera y Navarro rescataran la opinión de la doctrina española que reconoce la dependencia en la disponibilidad o puesta a disposición del poder de dirección del empresario sobre la fuerza-trabajo del trabajador¹⁰.

Está claro que en ese sentido aun quienes quieren reconocer la supuesta libertad de contratar al hacer el análisis de buena fe no tardan en admitir aquello que en palabras de Kahn-Freund se indica como que la libertad contractual en el ámbito laboral requiere limitarse para salvaguardarla: “El peligro comienza si la ‘libertad de contrato’ se configura como un hecho social en vez de como un mero símbolo

⁸ El mundo.es, de 7-10-2008.

⁹ Ver ACKERMAN, Mario, *El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo*, en D. T. 2003-B-1321, quien sin embargo no coincide con la opinión de Kahn-Freund sobre la inexistencia de un verdadero contrato.

¹⁰ Ver FERA, Mario y NAVARRO, Marcelo Julio, *Consideraciones acerca del objeto del Derecho del Trabajo: ¿La dependencia, la actividad o el trabajo humano?*, en D. T. 1999-B-1280.

verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman ‘libertad de contrato’, en muchas esferas de la vida (no sólo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo”¹¹.

Más allá de esto, la persistencia en la definición contractual del vínculo de los sujetos involucrados en la producción se trasladó, de manera inevitable, al objeto, que no es otro que el trabajo.

La concepción liberal del Derecho Laboral no tuvo reparo en considerar el trabajo como una cosa realizable dentro del comercio, con todas las consecuencias que pueden derivarse de tal comprensión. En este esquema, la conexión entre objeto y sujeto, es decir, entre prestación y dependencia, resulta notable, ya que contrariamente a lo que se explica en la doctrina tradicional, la disposición de uno de los sujetos sobre otro concluye en una disposición de uno de los sujetos sobre la totalidad del objeto laboral. En otras palabras, la absorción de una parte por la otra incluye la absorción de lo convenido por esa otra parte, desvirtuándose nuevamente la teoría contractual. También para el marxismo el trabajo es una mercancía.

Sobre el punto viene a cuento recordar las palabras de Hugo Sinzheimer, quien indicó hace muchos años que “El trabajo es una energía esencial. Quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar. El trabajo es fuente de patrimonio, pero no gasto patrimonial. El trabajo es algo exterior al hombre. El trabajo no tiene, según palabras de Carlos Marx, ‘otro continente que la sangre y la carne humana’. El patrimonio es la base real de la vida humana, pertenece al mundo de las cosas que no tienen ningún fin en sí y cuyo destino consiste

¹¹ KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, MTSS, Madrid, 1987, ps. 60/68.

en ser un medio para el hombre. La fuerza del trabajo es la base personal de la vida humana, pertenece al mundo de los seres espirituales, que tienen su propio fin, cuyo destino al no poder ser abstraído sólo es un medio para fines ajenos. ‘En el reino de los fines –según nos ha dicho Kant– todo tiene un precio o una dignidad’. El hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas [...] Con ello, el Derecho del Trabajo rechaza conscientemente la sola concepción económico-material de las cosas. Expresa la idea de la economía del hombre, que penetra cada vez más en nuestro tiempo...”¹²

Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1974, se ocupó de señalar que “el trabajo no constituye una mercancía” para excluir su tratamiento del régimen propio del comercio o del tráfico interprovincial¹³. Deseo advertir que poco tiempo antes se había precisado en otro fallo que la justicia social constituye “la justicia en su más alta expresión”, siendo que su contenido “consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”¹⁴.

Treinta años después, el alto tribunal recordó todos estos conceptos, añadiendo que el trabajador “es sujeto de preferente atención constitucional” y que el mismo, como hombre, “no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, lo cual sólo encuentra sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común”¹⁵.

Estas definiciones fueron reiteradas unos días más tarde, cuando la Corte reprochó la constitucionalidad de determinadas disposiciones

¹² SINZHEIMER, Hugo, *La esencia del Derecho del Trabajo*, en *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, ps. 71 y ss.

¹³ CSJN, 25-10-74, “Paredes, Humberto c/Cía. Colectiva Costera Criolla SA”, *Fallos*: 290:116, consid. 4º.

¹⁴ CSJN, 13-9-74, “Bercaitz, Miguel Ángel”, *Fallos*: 289:430.

¹⁵ CSJN, 14-9-2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA”, *Fallos*: 327:3677, consids. 10 y 11.

de la Ley de Riesgos del Trabajo, señalando que resulta contrario a la dignidad humana reducir a la persona a un factor de producción y remarcando que su dignidad constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional¹⁶.

La distancia temporal existente entre ambas etapas jurisprudenciales refleja, a la par de su vigencia, la necesidad de superar la fórmula del puro contractualismo aplicado al trabajo y a la relación que compromete al sujeto trabajador¹⁷.

La unidad conceptual que presentan la justicia social y el trabajo digno permite hablar, como lo hizo la Corte, de una actividad intersubjetiva que se va hilvanando en un entramado social distinto y superior al del mero contrato.

Se debe destacar que, a la fecha, los derechos sociales que se reconocen al trabajador por el solo hecho de su existencia se inscriben en el marco más amplio de los derechos humanos y que para una muy importante corriente de opinión el análisis de tales derechos lleva a concluir que hay que descartar al Estado como factor de fundamentación de los mismos. Y esto no depende del modelo que utilice para llegar a una aproximación conceptual sobre los derechos humanos, ya que estos derechos son límites tanto para el propio estado como respecto de particulares y dado que lógicamente no es posible que tales sujetos se limiten a sí mismos debe reconocerse la dimensión extraestatal de tales derechos. En una palabra: ni el Estado ni el empleador se imponen una limitación si ésta no nace de fuentes superiores de carácter supraestatal, estén fundadas éstas en la divinidad o en la hominidad, cuestión en la que no incursionaremos en este trabajo¹⁸.

¹⁶ CSJN, 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, *Fallos*: 327:3753, voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni.

¹⁷ Domingo Arcomano, gran amigo que se tomó el trabajo de leer estas páginas, me hizo notar que “en relación a los fallos de la Corte Suprema, sin olvidar los de Tomás Casares a partir de la sanción de la Constitución del 49, implica la persistencia de un ‘ethos’ en el sentido que le daba el filósofo uruguayo Mario Sambarino: ‘un conjunto de valiosidades jerárquicamente ordenadas’ que radica en el ámbito de la cultura, pero que, agrega –con independencia de su validez y vigencia–, requieren del Estado para su operatividad en el ‘límite’ de aquellas valiosidades”.

¹⁸ *Derechos humanos en la agenda de población y desarrollo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009, ps. 22 y ss.

2. Jerarquía, solidaridad y protección

A esta altura de lo expresado, debo admitir sin reparos que la apelación al contrato no fue, en modo alguno, patrimonio del Derecho del Trabajo. Por el contrario, la mayor aplicación de esta concepción –como es conocido– se ubica en el célebre concepto de “contrato social” que Rousseau utilizó para definir la relación de los hombres en sociedad.

Empero, en materia de Derecho Público, la posterior aparición en Francia de la llamada “escuela sociológica” fue determinante para contradecir la aplicación de la fórmula contractual a su más alta expresión, esto es, a la noción de soberanía emergente del contrato político.

Correspondió a León Duguit, con base en los trabajos de Durkheim, tomar en cuenta la interdependencia de la sociedad para transformar la noción de poder público en la de servicio público. En este sentido, fue el otro gran teórico de ese momento, Maurice Hauriou, quien ahondó en el concepto de institución como modo de comprender el despliegue de fuerzas sociales desde la óptica de la cooperación y la solidaridad¹⁹.

Me interesa destacar esta concepción para situar a la empresa como una institución personalizada, funcionalmente jerárquica, pero profundamente social en su rol. En ese sentido lo orgánico de la empresa es lo organizativo, que trazado por la solidaridad le otorga el carácter de sistema/organización vital formado por hombres y formante de hombres.

La Ley de Contrato de Trabajo tuvo otro hallazgo al caracterizar la empresa en su artículo 5º, como una “organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.

En clave institucional, la empresa constituye una organización dinámica, viva, sujeta a los cotidianos desafíos de su existencia, marcados por la obtención de su propósito fundacional.

Empero, al unir los medios materiales e inmateriales de que dispone

¹⁹ Para una descripción de este movimiento intelectual desde el vértice del poder se puede consultar ROSANVALLON, Pierre, *La legitimidad democrática*, trad. de Heber Cardoso, Manantial, Buenos Aires, 2009, ps. 72-79.

a los medios personales –es decir humanos– que la integran, la empresa resulta instituida como un sujeto orgánico, donde el conjunto de sus componentes establecen entre sí una vinculación que, extremando el razonamiento, podría decir que tiene una raigambre fisiológica.

Este sujeto-empresa, organismo vivo, va a poseer un rasgo directivo natural, ya que resulta imposible pensar el desenvolvimiento de este conjunto sin una actividad conducida hacia un objetivo concreto. Pero también tendrá otro elemento activo de significación, cual es la solidaridad, ese circuito de cooperación que se deberá dar entre todos los actores de la empresa para poder armonizar los esfuerzos destinados a la realización del producto esperado.

La idea de la comunidad de destino de trabajadores y empleadores, descartada tanto por el capitalismo liberal como por el marxismo, ha surgido reiteradamente a lo largo de la historia de nuestra materia y siempre ha sido boicoteada curiosamente desde una y otra orilla del pensamiento con igual virulencia²⁰.

Entiendo que conducción y solidaridad son conceptos que representan sentidos diferentes a los que postula la doctrina clásica en el par jerarquía-dependencia. Y no es que niegue la existencia de distintos roles o posiciones dentro de una estructura de empresa, sino que la funcionalidad de tales sistemas de organización no deben desvirtuar la doble vía de obligaciones y garantías que cabe reconocer al participante humano del trabajo.

Nuevamente, la Ley de Contrato de Trabajo avizoró este sustrato de relaciones que se extendía más allá del instrumento contractual y de la propia legislación. El texto del artículo 62 es una prueba de ello:

Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

La norma conserva la adjudicación del título de “parte” a los sujetos

²⁰ Sobre algún análisis del tema conf. LEIBROCK, Otto, *Arbeitsgemeinschaft*, Leipzig, 1920, citado por TRENK-HINTERBERGER, *El desarrollo del Derecho alemán del Trabajo en los últimos 75 años*, Berlín, 1970, ps. 108 y ss.

productivos, pero lejos está de someter sus conductas exclusivamente a los términos del contrato, o los de la ley o a los de los Convenios Colectivos de Trabajo. Lo que impone es una observación de sus acciones, una consideración que es además calificada. Pero esta calificación no está dada por el vínculo contractual ni por la relación de dependencia. Es una calificación personal y orgánica al mismo tiempo. Así entiendo el “criterio de colaboración y solidaridad” que cierra el articulado, como una derivación jurídica de la conciencia social de obligatoriedad que tiene su origen en el sustrato solidario del cuerpo social²¹.

En ese sentido De Lucas habla de la solidaridad como “contrapeso del prejuicio egoísta” y entiende que es especialmente adecuada a las situaciones “donde la igualdad no ofrece tal adecuado contrapeso”²².

Podrá decirse que en la siguiente disposición de la LCT (art. 63) se alude a las partes como “buen empleador” y “buen trabajador” para ejemplificar el contenido del deber de buena fe que se les exige. Sin embargo, tengo para mí que esos requisitos continúan excediendo lo meramente contractual para orientarse a la funcionalidad del vínculo.

Lo mismo se desprende de las facultades reconocidas al empleador. El artículo 64 refiere a las atribuciones que se le reconocen para organizar económica y técnicamente la empresa, en tanto el artículo 65 se explaya sobre las potestades de dirección, que deberá ejercitar: “...con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción...”, debiendo atender a la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

¿Y qué tenemos por el lado del trabajador? Pues que según el artículo 84 de la LCT debe: “...prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean”. Es clara la apelación a roles, funciones y medios, ya analizados en otros lugares de la ley.

Observo que todas estas definiciones incluyen previsiones que exceden lo que normalmente se espera de un contrato. Hay una expectativa mayor, un interés del legislador en que se desarrolle la vinculación atendiendo a los valores superiores de la dignidad humana.

²¹ Ver DE LUCAS, Javier, *El concepto de solidaridad*, en Colección Fontamara, México, 1993.

²² DE LUCAS, ob. cit., nota 15, p. 31.

Esta concepción permite comprender, finalmente, dos fenómenos que ni el contrato ni la relación de dependencia lograron asumir. El primero de ellos es el del sindicalismo. Como dijera en otra parte, la aparición del gremio organizado y elevado a la categoría de emisor de normas sectoriales, a través del Convenio Colectivo de Trabajo, logró desarticular el andamiaje ideológico liberal construido en base a la existencia de partes contratantes y a su igualdad en la negociación. Así apareció el Derecho Colectivo del Trabajo, como un derecho superador del contrato y de la norma positiva²³.

El segundo de los fenómenos fue el de la descentralización productiva. Sea por el crecimiento de las formas semiautónomas de prestación individual o por la deslocalización de actividades inherentes a una empresa y su relocalización en otras, la figura del contractualismo quedó al descubierto como una figura vacía de significado, obligando a los especialistas a recurrir a toda una gama de soluciones positivas ancladas en sistemas de responsabilidad compartida.

En resumen, la relación de dependencia debe abandonar su clásico esquema contractual para dar paso a una relación de ordenación, mantenida en ese cuerpo vital que es la institución-empresa, que desde su ingreso le asigna al trabajador una posición, un conjunto de obligaciones y le reconoce un plexo de garantías, acorde con su estatura humana.

En este contexto, de actividad intersubjetiva, de ordenación de garantías y deberes de naturaleza orgánica, el par jerarquía-solidaridad ya no presenta rasgos de contradicción. Llamo a repensar estos vocablos con un significado armónico, no disolvente.

Cuando en la jornada de clausura del Primer Congreso Nacional de Filosofía llevado a cabo en la ciudad de Mendoza en 1949, el entonces presidente Juan Domingo Perón pronunció las palabras de cierre del evento (que luego se conocerían bajo el título *La comunidad organizada*), no dudó en advertir: “Importa, seguramente, no perder de vista al hombre en esta nueva contemplación revisionista de las jerarquías. No es perfectamente imposible disociar el todo de las partes o acentuar exclusivamente sobre lo colectivo, como si fuese por entero indiferente a la

²³ Ver mi *Introducción al Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 3-12.

condición de los elementos formativos. La sublimización de la humanidad no depende de su consideración preferente como del hecho de que el individuo que la integra alcance un grado que la justifique [...] Como podemos entender al hombre, o divisarle mejor, en el marco de esa humanidad que lo realiza, será, en su jerarquía propia, atento a sus propios fines y consciente de su participación en lo general”²⁴.

Es evidente que cuando se plantea esta manera de ver la relación de dependencia no se está hablando de una ordenación coactiva, sino de una ordenación de funciones y garantías dadas en una comunidad productiva vital como es la empresa, que participa de una comunidad superior nacional e internacional.

En otro momento expresé que la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro sistema jurídico ha producido efectos concretos sobre la aplicación de Derecho Laboral. Estos efectos son, valga la redundancia, medidas de protección y promoción de las condiciones de vida hacia el trabajador-persona y a su familia²⁵.

Lo expuesto se inserta en la profunda evolución que ha seguido la ciencia jurídica y que, ni más ni menos, ha pasado de ocuparse del sujeto persona al aseguramiento de la vida de la persona. No en vano Deleuze, al analizar la obra de Foucault, destacó el cambio producido en el Derecho al entrar en juego la vida como objetivo a reivindicarse en las luchas políticas, un Derecho incomprensible para el sistema jurídico clásico²⁶.

3. De nuevo sobre el contrato de trabajo

El Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial define, en su artículo 1251, primer párrafo, que “existe contrato de obra o de servicios

²⁴ Ver PERÓN, Juan Domingo, *La comunidad organizada*, texto de la conferencia de cierre del Primer Congreso Nacional de Filosofía, pronunciada el día 9-4-49, Instituto Nacional “Juan Domingo Perón” de Estudios e Investigaciones Históricas, Sociales y Políticas, Buenos Aires, 2006, p. 21.

²⁵ Ver SIMÓN, Julio C., *La incorporación del Derecho Internacional al Derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo*, en L. L. 2006-D-1005.

²⁶ Ver DELEUZE, Gilles, *Foucault*, 2ª ed., 2ª reimpr., Paidós, Buenos Aires, 2008, ps. 120-121, donde se menciona la bibliografía sobre derecho a la vida como derecho social, que invoca a Foucault.

cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución”.

A continuación, para despejar una posible incertidumbre sobre la calificación del contrato, el artículo 1252 establece que en caso de duda: “se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independientemente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”.

El segundo párrafo contiene la siguiente prescripción: “Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”.

Lamentablemente, la iniciativa mantiene la visión contractual de la relación de trabajo, siendo el dato de la dependencia el que se utiliza para distinguir la naturaleza de la contratación. Es decir, se continúa traduciendo la actividad laboral como un vínculo económico en la línea comercial que el capitalismo más puro logró consolidar a partir de la modernidad.

Deseo recordar que, ante los efectos causados por la Revolución Industrial, la Iglesia Católica comenzó a pronunciarse sobre el tema en sucesivos documentos papales que fueron dados a luz en los siglos XIX y XX. En particular, en la Encíclica *Laborem Exercens*, Juan Pablo II alertó que en el proceso de producción, el trabajo es siempre una causa eficiente primaria, mientras el capital, siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental creada por el propio trabajo del hombre; justo sólo puede ser aquel sistema de trabajo que en su raíz supera la antinomia entre trabajo y capital²⁷.

Recientemente, S. S. Benedicto XVI advirtió sobre los focos de tensión y contraposición provocados por la creciente desigualdad entre ricos y pobres, por el predominio de una mentalidad egoísta e indivi-

²⁷ Ver JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*. Asimismo, para una reseña de la doctrina social de la Iglesia vinculada al trabajo, ver FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, ps. 11-19.

dualista que se expresa también en un capitalismo financiero no regulado²⁸.

A pesar de todo ello, en la ecuación capital-trabajo se ha desprendido el primer término, transformándose en la causa de cuyo medio ahora es el trabajo y quien lo realiza. Esta inversión de la fórmula productiva se corresponde con la naturaleza del sistema capitalista que, ampliado en su horizonte tecnológico, ha cosificado a la persona detrayéndole su protagonismo como ente capacitado para obrar y conducir el proceso de formación de su obra.

La respuesta del Capitalismo a este fenómeno del hacer humano fue, en clave jurídica, la formulación del contrato de trabajo con su noción sobre la dependencia. Una expresión conjugada a nivel económico con el régimen de mercado ilimitado de bienes, productos y personas, y a nivel político con la implantación de un Estado garante de la seguridad del tráfico.

La aparición del sindicalismo y del Estado Social, luego Estado Social de Derecho, fue el resultado de abordar, entre otros aspectos, una característica esencial del Capitalismo: su inestabilidad. No se entiende el sistema capitalista sin integrar a su definición el componente oscilante que presenta su desarrollo cotidiano.

El problema que emergió desde el inicio en nuestra disciplina es que ese elemento inestable se encuentra incorporado en el contrato de trabajo. De esta manera, los presupuestos que conforman la definición de lo que se entiende por relación de dependencia son, a la vez de postulados jurídicos que validan la puesta a disposición del trabajador a favor de otro que ejerce el poder, un intento por aminorar los efectos del movimiento discordante que mantiene en vilo la existencia del trabajador en el capitalismo.

Este esfuerzo, como ya dije, ha resultado insuficiente y negativo a lo largo del tiempo. La figura del contrato opacó el señorío del hombre sobre su actividad productiva y la relación de dependencia no pudo suministrar ni a éste ni al conglomerado del capital formado por la empresa una solución definitiva a los conflictos derivados de la sujeción.

²⁸ Ver *L'Osservatore Romano*, del 3-1-2013, mensaje pronunciado por S. S. Benedicto XVI en la 46ª Jornada Mundial de la Paz realizada el 1-1-2013.

Es inevitable, en conciencia, animarse a superar de una vez y para siempre la reductiva estructura del contrato para explicar la vinculación del trabajador con su trabajo y con quien aporte el capital para ello, quitando los velos ficcionales que cubren la regla natural que emana de cualquier comunidad orgánica de producción, una regla donde conviven la jerarquía, la solidaridad y la protección mutua.

Este animarse incluye tratar de alzar las banderas de la dignidad humana y la solidaridad aun en momentos en que todo parece resumirse en lo material y la sociedad trata de sobrevivir en un pantano de egoísmo individualista²⁹, corriendo el que así lo pretende el claro riesgo que significa nadar contra la corriente.

²⁹ Ezra Pound indicaba que el cáncer social no era la usura, como anteriormente señalaba, sino la avaricia que aparece cada vez más unida al egoísmo individualista.

LA IDENTIFICACIÓN DEL “TRABAJADOR DEPENDIENTE”

por GABRIEL TOSTO¹

SUMARIO: 1. El nuevo escenario y sus problemas. 2. Criterio de unidad. 2.1. Trabajador. 2.2. Empleador. 2.3. El concepto de “dependencia”. 2.3.1. Distinciones para esclarecer el problema. 3. Sistema normativo jurídico-laboral y las características generales para identificar el concepto. 3.1. El uso de las características definitorias. 3.2. El problema de las definiciones. 3.2.1. Reducción de dudas. 3.2.2. Reducción de desacuerdos. 3.2.3. Virtudes de la precisión y leyes precisas. 3.2.4. Formulación y efecto de las leyes. 4. Identificaciones disímiles.

1. El nuevo escenario y sus problemas

El nuevo escenario de las relaciones laborales, se afirma, ha puesto en crisis el concepto de “dependencia” pues no resulta ya eficaz para identificar al sujeto a proteger en el contrato de trabajo².

¹ Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Magíster en Derecho y Argumentación. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Vocal de la Cámara del Trabajo de Córdoba.

² Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Buenos Aires, 2008, pp. 66, 73-88, 149-152. PERUGINI, Alejandro H., *Relación de dependencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 67-72. AMEGLIO, Eduardo J., *La subordinación: ¿Siguiendo siendo la nota que caracteriza al contrato de trabajo?*, en ACKERMAN, Mario y SUDERA, Alejandro (coords.), *La relación de trabajo. Libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 223. CAPARRÓS, Fernando, *Concepto y elementos del contrato de trabajo*, en GOLDIN, Adrián (dir.) y ALIMENTI, Jorgelina F. (coord.), *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 228-229.

Si la tesis es verdadera se afecta la toma de decisiones prácticas en el Derecho del Trabajo para el nuevo escenario, desde que aquel concepto tiene la función de individualización del sujeto “trabajador” para la imputación de los derechos y obligaciones. Sin embargo, parecería que lo que está detrás de un aparente problema conceptual tiene que ver más con una decisión valorativa con relación al alcance de la “protección” que las leyes deberían garantizar a los trabajadores. Una decisión valorativa es una acción mental de preferencia (básica, instrumental o última) a partir del sistema de pensamiento de un intérprete que decide y conoce algún segmento de la realidad. En lo que aquí interesa las características generales que el sistema jurídico *puso* para la identificación del concepto de dependencia.

En otras palabras, las discusiones en torno al concepto de “dependencia” están en función de la elección y configuración de las propiedades relevantes que caracterizan al sujeto de protección: según se decida y conozca por “sujeto a proteger”, serán los diferentes modos de entender la “dependencia”.

Ahora bien, la decisión y el conocimiento del sujeto a proteger dependen de una cierta “lógica de protección” que es un dispositivo de acción dependiente a su vez de criterios de justicia.

La textura abierta de los dispositivos que sirven para reconocer en el sistema normativo jurídico la “dependencia” permite reconocer un continuo de modelos que sirven para identificar sujetos de protección que van desde “casos claros o típicos” a “casos de duda o atípicos” en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que las reglas del sistema jurídico hagan posible la caracterización del sujeto trabajador, en ese *balance de razones* adquiere un peso relevante la “conciencia jurídica material” que con la intersección de la “conciencia jurídica formal” produce en el intérprete un punto de equilibrio³ que da como resultado una definición (producto) que usa en su actividad para resolver el conflicto (caso judicial)⁴.

³ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 134.

⁴ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 176-183, y GUIBOURG, Ricardo A., *Interpretación del Derecho desde el punto de vista analítico*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 166.

2. Criterio de unidad

2.1. Trabajador

“Trabajador”⁵ se configura como un criterio de unidad⁶, establecido por un cierto sistema jurídico, entre diversas conductas (acciones u omisiones posibles o imaginarias) de un ser humano en situación de trabajo que se utiliza para configurar y calificar el contrato de trabajo.

Diversas acciones pueden ser cumplidas por un mismo ser humano en distintas situaciones y contextos jurídico-normativos y ello es, en principio⁷, irrelevante: un día y en cierto horario puede actuar por *su* persona como trabajador y en otro día y otro horario, también por *su* persona y como elector para elecciones generales⁸, a la vez, es posible que accione por *su* persona y como beneficiario de una obra social⁹, otro día es mandatario en un contrato de mandato por lo que su conducta integra una unidad con las conductas del mandante antes que con las

⁵ “Se considera ‘trabajador’, a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación” (art. 25, LCT).

⁶ GUIBOURG, Ricardo, *Los conceptos jurídicos fundamentales en la teoría pura del Derecho*, en *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, pp. 91, 101-102.

⁷ El “trabajador” puede ser, a la vez, “socio” de la sociedad en la que presta su actividad en ciertas condiciones (art. 27, LCT). También, “delegado” o “miembro de comisión directiva en su sindicato”, dos criterios de unidad de acciones diversos. Las conductas bajo un criterio u otro pueden afectar a una o ambas esferas (art. 217, LCT). A la vez, “imputado” o “condenado” o “sobreseído” penalmente. Estos criterios de unidad de tipo penal pueden afectar la esfera de acción como “trabajador” (art. 224, LCT). Algo similar sucedería con la “inhabilitación civil”.

⁸ “Son electores nacionales los ciudadanos de ambos sexos nativos, por opción y naturalizados, desde los dieciocho años cumplidos de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley” y “La calidad de elector se prueba, a los fines del sufragio exclusivamente por su inclusión en el registro electoral” (arts. 1º y 2º, CEN).

⁹ “Quedan obligatoriamente incluidos en calidad de beneficiarios de las obras sociales: a) Los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público del Poder Ejecutivo o en sus organismos autárquicos y descentralizados; en empresas y sociedades del Estado, en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (inciso sustituido por art. 2º de la Ley N° 23.890, B. O. 30-10-90)...” (art. 8º, ley 23.660).

propias¹⁰, y en un momento distinto como integrante del órgano directivo de una asociación sindical¹¹, con lo que su acción forma una unidad de criterio con otras acciones de otros individuos que, sin embargo, se imputan a la misma *persona* (jurídica)¹².

2.2. Empleador

Otro tanto sucede con el concepto de “empleador”¹³. La “nueva economía” ha llamado la atención de los juristas en tanto el factor capital (productivo, comercial, transporte y financiero) ha mutado en diversos y variados modos de organización con el establecimiento de “relaciones volátiles” de difícil determinación y la construcción de criterios de unidad de producción, comercialización, transporte, servicios y financieros no consolidados para su imputación¹⁴.

Lo anterior ha producido la descentralización del factor de capital en sus diversas manifestaciones a través de grupos de empresas, empresas contratistas y subcontratistas, empresas coimplicadas, *fanchising*, empresas intermediarias, empresas deslocalizadas, empresas externalizadas, empresas unipersonales, empresas cesionarias, empresas cedentes, conjuntos económicos, empresas subordinadas y relacionadas, empresas en colaboración, consorcios en cooperación, uniones transi-

¹⁰ “El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza” (art. 1869, Cód. Civ.). “El poder que el mandato confiere está circunscripto a lo que el mandante podría hacer, si él tratara u obrara personalmente” (art. 1872, Cód. Civ.).

¹¹ “La dirección y administración serán ejercidas por un órgano compuesto por un mínimo de cinco (5) miembros, elegidos en forma que asegure la voluntad de la mayoría de los afiliados o delegados congresales mediante el voto directo y secreto. Los mandatos no podrán exceder de cuatro (4) años, teniendo derecho a ser reelegidos” (art. 17, ley 23.551).

¹² Arts. 23 y 24, ley 23.551.

¹³ “Se considera ‘empleador’ a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador” (art. 26, LCT).

¹⁴ SECO, Ricardo Francisco, *La empresa: aproximación a su concepto y alcance*, en SECO, Ricardo Francisco, *Temas actuales de Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo*, EDUCC, Córdoba, 2007, pp. 13-65.

torias de empresas, teleempresas, empresas-domicilio, entre otras¹⁵. Sólo me ocuparé aquí del concepto de “trabajador”.

2.3. *El concepto de “dependencia”*

El concepto de “dependencia” se usa para identificar al sujeto trabajador como criterio de unidad que determina una esfera de acciones u omisiones para imputar derechos y obligaciones en una cierta relación jurídica con ciertas consecuencias también jurídicas para así tomar decisiones prácticas.

Tomar una decisión práctica significa hacer una imputación, esto es, juzgar una acción u omisión (prohibida, permitida, obligatoria) en relación con ciertas normas jurídicas. La acción u omisión requiere de un agente. El carácter sinalagmático de ciertas relaciones jurídicas, como el contrato de trabajo, remite a que se entienda por derecho de una de las partes (trabajador o empleador) el beneficio de una obligación de la otra (trabajador o empleador). Lo inverso vale.

El concepto de dependencia es fundamental en el Derecho del Trabajo, se exhibe como una construcción jurídica históricamente configurada a partir de la elección de *ciertas propiedades relevantes* (características generales) que la califican, que fueron decididas y son conocidas conforme a determinados criterios generales puestos en un sistema normativo jurídico dado.

Si desde el concepto de “dependencia” que provee un sistema jurídico no son identificables ciertas acciones (u omisiones) de un ser humano bajo tal criterio de unidad (trabajador dependiente), no es posible, entonces, justificar conforme aquellas propiedades previamente elegidas y en ese sistema jurídico, un criterio de unidad (trabajador dependiente) de diversas conductas reales o posibles y, consecuentemente, una relación de imputación que consagre derechos y obligaciones en el contrato de trabajo.

No obstante, posiblemente, las acciones de ese ser humano puedan identificarse con otros criterios de unidad construidos con otras pro-

¹⁵ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (coord.), *Derecho del Trabajo y descentralización productiva*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

piedades relevantes: comerciante¹⁶, profesional autónomo¹⁷, autónomo¹⁸, socio cooperativo¹⁹, locador de servicio o de obra²⁰, entre otros²¹.

En principio, las propiedades relevantes las provee el sistema jurídico de referencia; sin embargo, la doctrina con su actividad constructiva puede postular otras notas de relevancia que den por resultado otros productos clasificatorios, por ejemplo y en lo que en nuestro tema interesa, los *trabajadores autónomos económicamente dependientes*²².

¹⁶ Código de Comercio, art. 1º: “La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”, y art. 2º: “Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor. Son también comerciantes los librereros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancías que no han fabricado”.

¹⁷ Arts. 27, 28, 39, 40, 43, ley 24.521. SECO, Ricardo Francisco, *Contratación de profesionales. Notas de la relación de dependencia*, en *Revista de Derecho Laboral*, Nº 2005-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 304-305.

¹⁸ Arts. 8º, 9º, 11, 13, entre otros, ley 24.241.

¹⁹ “Pueden ser asociados las personas físicas mayores de dieciocho años, los menores de edad por medio de sus representantes legales y los demás sujetos de derecho, inclusive las sociedades por acciones, siempre que reúnan los requisitos establecidos por el estatuto. Dentro de tales supuestos el ingreso es libre, pero podrá ser supeditado a las condiciones derivadas del objeto social” (art. 17, ley 20.337).

²⁰ “Habrà locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero. El que paga el precio, se llama en este Código *locatario*, *arrendatario* o *inquilino*, y el que lo recibe *locador* o *arrendador*. El precio se llama también *arrendamiento* o *alquiler*” (art. 1493, Cód. Civ.). “El contrato de locación queda concluido por el mutuo consentimiento de las partes. Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compra-venta, es aplicable al contrato de locación” (art. 1494, Cód. Civ.).

²¹ Art. 2º, ley 26.565. Sin pretensión de exhaustividad otras identificaciones podrían ser: empleado público, empresario, artista, familiar, religioso, solidario, voluntario, amistoso, pasante, becario, deportista amateur, carga pública (RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Notas de dependencia laboral*, en *Revista de Derecho Laboral*, Nº 2005-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 40-41).

GUISADO, Héctor C., *Relación jurídica individual*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 1, pp. 211-245.

²² DE LUCA-TAMAYO, Raffaele y PERULLI, Adalberto, *Informe general*, en

2.3.1. Distinciones para esclarecer el problema

Las cuestiones bajo el concepto de dependencia y la identificación del sujeto trabajador dependiente, conforme lo anteriormente descripto, son complejas, conviene entonces efectuar una serie de distinciones para esclarecerlas.

La “dependencia” configura un término relativo a un concepto jurídico fundamental del Derecho del Trabajo, de la seguridad social y en el Derecho Colectivo²³. Esta palabra, como otras, padece de ciertas anomalías particulares. Tiene una denotación amplia que hace difícil encontrar un factor común para la aplicación del término. Carece de contrapartida empírica; sin embargo, algunos juristas subsumen ciertas sujeciones de poder de hecho bajo el término pero no tiene una función descriptiva, sino principalmente prescriptiva.

Las diversas teorías que han procurado dar cuenta de las anomalías no han resultado satisfactorias. Si se sigue a Hart que, a su vez continúa en cierta medida a Bentham, se debería dar cuenta de su propuesta para el análisis de los términos relativos a los conceptos jurídicos fundamentales a partir de cuatro características: a) presuponen un sistema jurídico; b) tienen una relación especial con determinadas reglas del sistema, esto es, se utilizan para extraer conclusiones de estas reglas; c) en ciertos contextos tienen un significado institucional, y d) imputan determinadas consecuencias a hechos diferentes.

El concepto de dependencia está en la base del concepto de contrato de trabajo y le trasmite iguales anomalías, por lo que conviene anticiparnos con una breve digresión.

En efecto, el conjunto “contrato de trabajo” adolece de ambigüedad y su concepto de vaguedad²⁴. En el primer supuesto, puede referir al producto de un acuerdo de voluntades que de consuno se lo designa como *relación subordinada de trabajo* (relación laboral); en otro, hace referencia al acuerdo de voluntades, *sin más*, que da origen a la relación

RODRÍGUEZ MANCINI (coord.), *Derecho del Trabajo y descentralización productiva* cit., pp. 185-197.

²³ Arts. 3° y 4°, ley 23.551.

²⁴ TOSTO, Gabriel, *El concepto de dependencia*, en *La instancia judicial*, N° 2010-2, ps. 143-152.

subordinada de trabajo; finalmente, puede aludir a las normas, cláusulas o derechos y obligaciones que regulan e integran la relación subordinada²⁵.

Ackerman refiere que el conjunto de términos puede designar al negocio jurídico bilateral constitutivo, como objeto del acto de negociación (normas creadas) o como conjunto de posiciones subjetivas²⁶.

El contrato de trabajo, en el sentido de relación, es de los designados como sucesiva o de duración o de ejecución continuada, desde que se desarrolla a lo largo del tiempo en pugna respecto de las relaciones instantáneas cuyo acaecimiento es fugaz, en un solo acto²⁷.

La identificación del concepto remite, en primer lugar y de consuno, al sistema normativo jurídico laboral, concreta y principalmente, a partir de las disposiciones de las normas bajo los artículos 4º, 5º, 21, 22, 23, 25 y 27 de la LCT por lo que las identificaciones disímiles de “trabajador dependiente” por subsunción del concepto “contrato de trabajo” por parte de los intérpretes (jueces y juristas), fincan en que las propiedades relevantes en las disposiciones no atan de hecho y de modo concluyente al usuario del sistema jurídico al momento de la determinación concreta de lo que se considera para conocer y decidir tal criterio de unidad.

Retomando a Hart, para el autor, el método de definición tradicional *per genus et differentiam*²⁸ es inadecuado; entonces, propone otro que

²⁵ LÓPEZ, Justo; CENTENO, Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, t. 2, p. 885.

²⁶ ACKERMAN, Mario, *¿Qué, por qué y cuándo se suspende?*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2003-1, *Las suspensiones en el contrato de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 26.

²⁷ LITTERIO, Liliana, *Modalidades de la relación y de la prestación de trabajo*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 175/176, y DE LA FUENTE, Horacio, *Duración del contrato de trabajo*, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 3, pp. 538/539; DOMÍNGUEZ, Roberto, *De las modalidades del contrato de trabajo*, en ALTAMIRA GIGENA, Raúl (dir.), GARCÍA VIOR, Andrea y SUELDO, Tomás Enrique (coords.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 577.

²⁸ En algún sentido es la usada por RODRÍGUEZ MANCINI, ob. cit., p. 40.

consiste en: a) especificar las condiciones en las que el término tiene su función típica, y b) señalar cómo se utilizan estas frases para extraer conclusiones jurídicas para el caso particular²⁹.

Una ilustración del propio Hart:

“Tomemos la noción de ‘baza’ en un juego de cartas. Alguien dice: ‘¿Qué es una baza?’, y otro le contesta: ‘Le explicaré: cuando tenemos un juego y entre sus reglas se encuentra una que prescribe que si cada uno de los cuatro jugadores ha jugado una carta, entonces, el que ha jugado la de mayor valor se anota un punto, en tales circunstancias se dice que ese jugador «ha hecho una baza»’. Esta explicación natural no ha asumido la forma de una definición de la palabra aislada ‘baza’: no se ha dado ningún sinónimo de ella. En cambio, hemos tomado una frase en la cual la palabra ‘baza’ desempeña un papel característico y la hemos explicado, primero, especificando las condiciones bajo las cuales la frase como un todo es verdadera, y, segundo, mostrando cómo se usa al extraer una conclusión de las reglas en un caso particular”³⁰.

3. Sistema normativo jurídico-laboral y las características generales para identificar el concepto

La identificación del concepto remite, en primer lugar y de consuno, al sistema normativo jurídico laboral, concreta y principalmente, a partir de la articulación de las disposiciones de las normas 4º, 5º, 21, 22, 23, 25 y 27 de la LCT:

Artículo 4º – *Concepto de trabajo*. Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda *actividad lícita* que se preste *en favor de quien tiene la facultad de dirigirla*, mediante una *remuneración*...

Art. 5º – *Empresa. Empresario*. A los fines de esta ley, se entiende como “empresa” la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una *dirección para el logro de fines* económicos o benéficos.

²⁹ HART, H. L. A., *Definición y teoría en la ciencia jurídica*, en HART, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones para su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 94-114.

³⁰ HART, ob. cit., p. 114.

A los mismos fines, se llama “empresario” a quien *dirige* la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan *jerárquicamente* los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la “empresa”.

Art. 21 – *Contrato de trabajo*. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una *persona física se obligue* a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios *en favor de la otra* y bajo la *dependencia* de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el *pago de una remuneración*. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Art. 22 – *Relación de trabajo*. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma *voluntaria* y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

Art. 23 – *Presunción de la existencia del contrato de trabajo*. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las *circunstancias*, las *relaciones* o *causas* que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

Art. 25 – *Trabajador*. Se considera “trabajador”, a los fines de esta ley, a la *persona física* que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación.

Art. 27 – *Socio-empleado*. Las personas que, integrando una sociedad, prestan a ésta toda su *actividad* o parte principal de la misma en forma *personal y habitual*, con *sujeción a las instrucciones o directivas* que se le *impartan* o *pudieran impartírseles* para el cumplimiento de tal actividad, serán consideradas como trabajadores dependientes de la sociedad a los efectos de la aplicación de esta ley y de los regímenes legales o convencionales que regulan y protegen la prestación de trabajo en relación de dependencia.

Exceptúanse las sociedades de familia entre padres e hijos. Las prestaciones accesorias a que se obligaren los socios, aun cuando ellas resultasen del contrato social, si existieran las modalidades consigna-

das, se considerarán obligaciones de terceros con respecto a la sociedad y regidas por esta ley o regímenes legales o convencionales aplicables (lo destacado en cursiva en los arts. me pertenece).

Las propiedades relevantes o características generales que configuran el concepto de “dependencia” se pueden reconstruir del siguiente modo: actividad personal, voluntaria, habitual, lícita y obligatoria en favor de otra persona (física o jurídica) jerárquicamente superior con relación a quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración y con una finalidad dispuesta por el empresario o quien se beneficia con aquella actividad.

Éstas son las condiciones que determinarán a partir del sistema jurídico predispuesto la identificación del sujeto “trabajador dependiente” como criterio de unidad, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que motiven la actividad no sea dable calificarla en el contexto de un contrato de trabajo y sea dado conceptuar como “empresario”, “empresa” o “empleador” a quien presta el servicio.

El propio sistema normativo jurídico proporciona los criterios de unidad para la identificación del sujeto acreedor del trabajo, a saber:

Artículo 5° – *Empresa. Empresario.* A los fines de esta ley, se entiende como “empresa” la *organización* instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados *bajo una dirección para el logro de fines* económicos o benéficos.

A los mismos fines, se llama “empresario” a *quien dirige* la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se *relacionan jerárquicamente* los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la “empresa”.

Artículo 26 – *Empleador.* Se considera “empleador” a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, *que requiera los servicios* de un trabajador.

Tales condiciones o características generales (actividad personal, voluntaria, habitual, lícita y obligatoria en favor de otra persona –física o jurídica– jerárquicamente superior con relación a quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración y con una finalidad dispuesta por el empresario o quien se beneficia con aquella actividad) son en las que el término “dependencia” tiene su función típica (caso

central claro) a partir del reconocimiento de un sistema jurídico y su relación especial con determinadas reglas del sistema (arts. 4º, 5º, 21, 22, 23, 25 y 27 de la LCT en correlación con los arts. 5º y 26, LCT)³¹.

3.1. *El uso de las características definitorias*

La doctrina y la jurisprudencia utilizan las reglas que proporcionan las características definitorias (en todo o en parte y en cierto orden) del sistema jurídico para extraer conclusiones (decisiones) prácticas³², algunas convergentes y otras divergentes³³, y las aplican de hecho a casos de duda en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que las reglas del sistema jurídico resulten aplicables. Ello como producto inevitable de la indeterminación relativa del Derecho³⁴.

3.2. *El problema de las definiciones*

El uso de una definición para la identificación del “trabajador” no es un asunto novedoso en la legislación laboral. Sin embargo, no se ha abordado desde la doctrina laboral la cuestión de mirar el asunto desde el problema del uso de las definiciones en los contextos normativos.

Se piensa a menudo que la totalidad de las formas lingüísticas contenidas en un texto legislativo son normas. En los sistemas nor-

³¹ ZURETTI (h), Mario Ernesto, *El sujeto trabajador protegido por el Derecho del Trabajo. Concepto tradicional y nuevas tendencias*, en ACKERMAN y SUDERA (coords.), *La relación de trabajo. Libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini* cit., pp. 271-306.

³² RODRÍGUEZ MANCINI, ob. cit., pp. 39-47. RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Sobre los recurrentes problemas de la dependencia laboral*, en ACKERMAN y SUDERA (coords.), *La relación de trabajo. Libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini* cit., pp. 233-251.

³³ MARK, Mariano, *Ley de Contrato de Trabajo anotada*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 40-62. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.) y OJEDA, Raúl Horacio (coord.), *Digesto Práctico. Ley de Contrato de Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2003, t. 1, pp. 196-266. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.) y BARILARO, Ana Alejandra (coord.), *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, 2007, t. 2, pp. 44-61; 70-71; 83-87.

³⁴ LINFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la obra de Hart*, en *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 194-195.

mativos jurídicos complejos hay algunas cosas más de las que se suponen: podemos encontrarnos en ellos con definiciones, con descripciones de estados de hecho, con juicios de valor, con propósitos políticos, éticos o jurídicos. En lo que aquí interesa, diversos autores distinguen en forma tajante entre definiciones y normas; otros, proponen que las definiciones que aparecen en los textos legales producen efectos normativos y, por ende, son una especie de normas.

La mayoría de los juristas aceptarían que las definiciones del legislador obligan a todos los que usan y aplican las normas jurídicas a usar esas definiciones, es decir, a entender las correspondientes expresiones en el sentido que el legislador les atribuye y usarlas con este sentido: en suma, la conducta que prescriben las definiciones legislativas es verbal o lingüística en orden a que es una diferencia crucial entre una definición de carácter oficial y las meras definiciones privadas que las primeras se encuentren incluidas en la legislación y las otras en cuerpos textuales privados (doctrina o ciencia o colecciones de jurisprudencia)³⁵.

La Ley de Contrato de Trabajo, a través del uso de definiciones legales, le sustrae de un cierto modo a los órganos judiciales, la capacidad de construcción de significado para calificar a seres humanos en situación de trabajo bajo el estándar de la “dependencia”. Los criterios de uso elegidos por el legislador no guardan una necesaria correspondencia con las definiciones que se pueden construir a partir de la dogmática jurídica y ello puede generar discrepancias entre los resultados de decisiones prácticas entre quienes le asignan prioridad local al significado legislativo y aquellos que prefieren otras construcciones.

La decisión del uso de definiciones en los textos legislativos es una prerrogativa del legislador y no hay un argumento de “naturaleza de las cosas” que decida la cuestión a favor o en contra de su uso. Dependerá de la utilidad y finalidad que persiga la autoridad jurídica para el uso o no de tal técnica. Las normas sustanciales y procesales y, también, las declaraciones de derechos humanos están plagadas de definiciones. Algunas aceptadas y otras denostadas.

³⁵ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Definiciones y normas*, en AA. VV., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 11-42.

Es claro que uno de los fines de las definiciones legales es dar precisión al ámbito de aplicación de una norma (caso general y consecuencia jurídica) con determinación del alcance del dispositivo y así reconocer un término. Sirven, pues, para la identificación de la norma³⁶.

Es que se piensa a menudo que el ideal de Estado de Derecho se refiere al “Gobierno de Leyes” por oposición al gobierno discrecional. Pero si los estándares vagos no guían la conducta, la pregunta que surge es: ¿cómo puede una comunidad estar gobernada por el Derecho? Mas, si el Derecho es *muy vago*³⁷, ¿en quién recae el poder de decidir qué cuenta como mandato?³⁸

Es posible formular reglas precisas, lo que remite a sostener que la vaguedad es un rasgo contingente y que un legislador detallista podría evitar la vaguedad. A ello se añade que sería *deseable* evitar la vaguedad como una manera de aproximarnos al ideal de Estado de Derecho. Sin embargo, la doctrina laboralista que ha analizado el concepto de dependencia da para pensar que la precisión no siempre es deseable, que la naturaleza sistemática del Derecho³⁹ impide las normas precisas y, además, que el Derecho debe ejecutar funciones que sólo se pueden conseguir mediante leyes que contengan términos vagos⁴⁰. En este último aspecto existen posiciones que sostienen que el juez laboral debe tener las manos libres, dejarse penetrar por la realidad⁴¹, los valores y así decidir con equidad en esta especial rama.

³⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, ob. cit., p. 29.

³⁷ “La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación” (NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 89).

³⁸ ENDICOTT, Timothy, *El Derecho es necesariamente vago*, en *Palabras y reglas*, Fontamara, México, 2004, pp. 73-83.

³⁹ Bajo el tema de la naturaleza sistemática del Derecho comprendemos el hecho de que sus pautas (principios, estados de cosas, definiciones, normas, reglas) se afectan recíprocamente, lo que hace imposible una búsqueda de precisión.

⁴⁰ Para autores como Jeremy Waldron el uso de conceptos controvertidos tiene la utilidad de mantener el debate en relación con el entendimiento que cada comunidad debe construir con respecto a determinadas cuestiones, como aquello que se considera excesivo o cruel. O conceptos como democracia, orden público, buena fe, daño, protección, entre otras (WALDRON, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005).

⁴¹ “El concepto mismo de realidad es construido por nosotros en virtud de una

Ahora bien, los beneficios que ofrecen las normas precisas son los que se asocian normalmente con los que ofrece el Estado de Derecho de tipo legislativo, pues *reduce dudas* en tanto las normas precisas señalan a los individuos cuál es su situación jurídica y, de otro lado, *reduce los desacuerdos*: las normas precisas evitan disputas jurídicas. Ambos beneficios son centrales en un Estado de Derecho ya que reducen la discreción de las autoridades administrativas y las posibles arbitrariedades de los jueces. Para que sea posible la materialización de estos beneficios, es necesario que existan reglas que correlacionen casos y consecuencias normativas.

Lo dicho remite a la cuestión del alcance y fuerza de las normas. El alcance de una norma, cabe recordarlo, es una función de los casos que regula. ¿Qué determina el alcance de una norma? ¿Las intenciones del que formula la regla o las reacciones de la comunidad? La fuerza de una norma es una función del modo en que ella regula los casos. ¿Las normas tienen fuerza concluyente o fuerza contribuyente?

Las reglas sólo pueden ofrecer los beneficios de la precisión, reducción de dudas y disputas cuando su alcance está determinado por el significado de las expresiones y su fuerza es concluyente en los casos que deben ser aplicadas.

3.2.1. *Reducción de dudas*

Las normas precisas pueden usarse como guías de la conducta o como forma de clasificar estados de cosas o acontecimientos y, de esa manera, los individuos pueden conocer las consecuencias que se siguen de sus acciones o situaciones jurídicas.

3.2.2. *Reducción de desacuerdos*

La certeza de la situación jurídica es la razón para establecer de manera precisa las circunstancias fácticas que se correlacionan con una solución normativa, pues reducen la discreción administrativa y arbitrariedad judicial.

decisión metodológica; y esta decisión ha sido adoptada, naturalmente, desde nuestro punto de vista, que toma como punto de partida, los datos de nuestros sentidos” (GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2004, pp. 16-19).

3.2.3. *Virtudes de la precisión y leyes precisas*

Ahora, las virtudes de la precisión no son razones de jaque mate a favor de tener leyes precisas pues:

- Toda norma precisa introduce distinciones arbitrarias a causa de su precisión. Esto ha sido fuertemente destacado en el tema de la definición de la “dependencia” que pasa por alto otros estados de cosas susceptibles de igual calificación jurídica y protección. Lo que contribuye al abandono de la idea de que se debe restringir la descripción de un estado de cosas en este campo y limitarla sólo cuando es estrictamente necesario. Sin embargo,
- la precisión de las leyes puede estar justificada porque otra forma de regulación incurriría en otra forma de arbitrariedad al dejar discrecionalidad a los órganos de aplicación (administradores o jueces), esto es, que determinen la nueva decisión.
- ¿Cómo se resuelve el conflicto? Se podría hacer un balance de arbitrariedades: la arbitrariedad de las precisiones frente a la arbitrariedad de las decisiones discrecionales. De allí se sigue que el precio de las leyes precisas puede ser moderado o exagerado, pero que la precisión tiene un costo. Igualmente, guiarse por estándares vagos también tiene su precio, pues los particulares no saben a qué atenerse hasta tanto se obtenga una decisión institucional (una decisión administrativa o una sentencia judicial).

3.2.4. *Formulación y efecto de las leyes*

Ahora bien, incluso leyes precisas pueden tener *efectos vagos*. La naturaleza sistemática del Derecho interfiere en la relación concluyente entre circunstancias de hecho y consecuencias, de dos maneras: técnicas interpretativas⁴² y poder de equidad⁴³.

⁴² GUASTINI, Riccardo, *Reencuentro con la interpretación*, en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 201-210.

⁴³ TOSTO, Gabriel, *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Criterios de identificación y su incidencia en el sistema de fuentes*, en *Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el Derecho Colectivo del Trabajo*, dir. por Gabriel Tosto, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2007, pp. 21-74.

Puede haber buenas razones de principio para las técnicas que impiden atribuir consecuencias precisas. En base a principios, principalmente de protección o de justicia social, puede disminuirse el alcance de una regla o mitigarse la fuerza de una relación normativa. Estos principios son vagos y valorativamente controvertibles. Es que las normas precisas sólo tendrán efectos precisos cuando los administradores o los jueces tengan buenas razones para darles un efecto preciso. Esto significa que es menester distinguir entre:

	Formulación de las leyes	Efecto de las leyes
1	Precisa	Preciso
2	Precisa	Impreciso
3	Imprecisa	Preciso
4	Imprecisa	Impreciso

El *primer* supuesto muestra que puede haber leyes precisas y que puede haber buenas razones para atribuir efectos precisos a esas leyes. Puede haber buenas razones para no admitir excepciones al límite de edad para celebrar contrato de trabajo incluso a aquellas personas que pueden exhibir madurez física y mental para contratar. La naturaleza sistemática del Derecho, el hecho de que sus pautas se influncien recíprocamente hace imposible una búsqueda de precisión. Al incrementarse la arbitrariedad de la precisión, los jueces incrementarán sus esfuerzos para corregirla. Esto es lo que sucedió con la regla del artículo 39, LRT, declarada inconstitucional o con la disposición del artículo 6º, LRT, en orden a que las patologías no definidas “en ningún caso se consideraran resarcibles”.

En el segundo supuesto las normas pueden ser precisas pero un ordenamiento jurídico necesariamente tiene normas vagas, por ejemplo: el principio de protección o de justicia social. Ello se debe a que el Derecho necesita regular una *variedad* de asuntos de manera *general*. La manera de dar cuenta de esta diversidad de fenómenos es introduciendo formulaciones o esquemas *abstractos*. Por ejemplo, el modo en que se regula el concepto de injuria y la derivación a la autoridad

judicial de la facultad de su valoración “prudencial”. Sin embargo, la generalidad no es suficiente para dar lugar a un esquema abstracto.

Con frecuencia, los esquemas abstractos usan términos valorativos, “prudencial”⁴⁴, pero en otras ocasiones tienen contenido descriptivo, por ejemplo: prestación de servicios. ¿En qué medida son necesarios los esquemas abstractos? Cualquier sistema que intente controlar las relaciones patrimoniales, el ejercicio de la fuerza y las situaciones de familia necesita esquemas abstractos. Por ejemplo, el tercer supuesto, ¿cómo podrían regularse todas las diversas formas de injurias que pueden tener conducencia a la extinción del vínculo laboral? En nuestra disciplina la competencia del juez del trabajo para valorar “prudencialmente” la injuria (art. 242, LCT) es un ejemplo claro de formulación de norma imprecisa que la práctica consolidada de la magistratura ha delineado en marcos determinados para la calificación de los modos justificados de extinción del vínculo con invocación de justa causa. Y, además, la búsqueda de definiciones precisas sería inútil como instrumento de guía de la conducta, y por ello no sería un sistema jurídico adecuado.

4. Identificaciones disímiles

Las identificaciones disímiles de “trabajador dependiente” por parte de los intérpretes (jueces y juristas) fincan en que aquellas *propiedades relevantes* no atan de hecho y de modo concluyente al observador/usuario⁴⁵ del sistema jurídico al momento de la determinación concreta de lo que se considera para conocer y decidir tal criterio de unidad.

Es que una cosa es *ver* a un sujeto y otra es *conocerlo*⁴⁶. Conocer

⁴⁴ Cfr.: art. 242, LCT.

⁴⁵ “Toda descripción contiene actos valorativos; no sólo porque implica decisiones acerca del recorte del segmento de realidad a describir y del modo en que haya de trazarse su modelo descriptivo, sino también porque todos los instrumentos que empleamos para la descripción dependen, en última instancia, de decisiones metodológicas (principios metafísicos o epistemológicos) en las que escogemos una alternativa entre otras por el valor que le atribuimos de acuerdo a nuestra preferencia” (GUIBOURG, *Los conceptos jurídicos fundamentales en la teoría pura del Derecho* cit., p. 103).

⁴⁶ Los jueces conocen y deciden los casos que les son sometidos a su competencia con ajuste a los hechos y a las leyes.

al sujeto a proteger requiere formarse una idea de que es una representación –un modelo–. Para trazar un modelo de “trabajador” se requiere necesariamente tomar dos decisiones: a) fijar los límites de las acciones (u omisiones) del sujeto o la realidad a representar, y b) seleccionar cuáles, entre las infinitas cualidades que en él podrán advertirse, consideramos importantes para la representación que deseamos construir.

Estas decisiones son asumidas según las creencias, aptitudes e intereses del intérprete o, para resumir, su sistema de pensamiento⁴⁷, ya que nada hay en las acciones del sujeto mismo o en la realidad que nos lo imponga⁴⁸.

La textura abierta⁴⁹ de las propiedades relevantes que se reconstruyen para formar el concepto de “dependencia” –el modelo de definición propuesto por el legislador– requiere la toma, cada vez, de una nueva decisión institucional para las soluciones prácticas.

Cada intérprete, como observador/usuario del sistema jurídico, da una solución con la argumentación que se requiera en el contexto institucional a partir de los criterios generales que elija y su sistema de pensamiento, para justificar el resultado que prefiere. Lo anterior es una consecuencia del lenguaje y de las construcciones conceptuales que empleamos para llevar adelante la actividad interpretativa.

⁴⁷ “Cada uno de nosotros usa, al pensar, estructuras que, como las de la geometría, se hallan (o deberían hallarse, para ser sólidamente útiles) lógicamente relacionadas [...] Todas ellas componen una unidad, porque no son compartimientos estancos sino partes de un sistema que incluye creencias, actitudes, criterios para adoptar actitudes y aceptar creencias, relaciones entre creencias y actitudes, criterios para emplear aquellas relaciones y un sinnúmero de niveles en los que diversos elementos se vinculan y entrecruzan. Cada elemento depende, en alguna forma, del conjunto de los demás para ser aceptable en el mismo sistema”, GUIBOURG, *La construcción...* cit., pp. 10-11.

⁴⁸ GUIBOURG, Ricardo, *Cuantificación del daño*, en D. T. del 2009 (abril), p. 355. “En otras palabras, no hay una ontología de la dependencia. No se trata de describir una cosa sino de articular una significación jurídica...”, MACHADO, José Daniel, *El trabajoso deslinde del concepto de dependencia y sus vecinos*, en GARCÍA VIOR, Andrea (coord), *Derecho Laboral, Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*, Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 144.

⁴⁹ “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una «textura abierta»”, HART, *El concepto...* cit., p. 159.

El uso del concepto de “dependencia” está determinado por las conclusiones a las que se pretenda arribar en un caso particular o en una opinión doctrinaria a partir de cierta lógica de protección. En efecto, el uso⁵⁰ y el orden de las *propiedades relevantes* que permite el lenguaje del legislador⁵¹ posibilitan la elección por parte del intérprete: qué propiedades elija y qué alcance les dé a las mismas para identificar el sujeto a proteger. Dicho claramente se decide el “sujeto a proteger” y luego con los materiales disponibles en el sistema jurídico (criterios generales) –casi como arquitectos jurídicos– se construye a partir de las creencias, actitudes y criterios del intérprete el concepto de “dependencia”.

Un repaso por la jurisprudencia y la doctrina muestra lo que se denomina “situaciones de configuración controvertida” o “casos de duda” como: contratados en el sector público, trabajo a domicilio, trabajo a distancia, profesionales universitarios, fleteros, conductores de taxis y remís, deportistas amateurs, árbitros de fútbol, artistas, teletrabajo, cuidado de enfermos y ancianos, trabajador doméstico excluido del decreto 326/56, becarios, directores de sociedades anónimas, director ejecutivo y presidente de una sociedad anónima, vendedores ambulantes⁵², económicamente dependiente⁵³, entre otros, a los que conforme sea la decisión con relación al orden y al alcance de las propiedades relevantes de la dependencia –el modelo de sujeto de protección– será su inclusión o exclusión en tal concepto.

Entonces, conforme se reconstruya el concepto de dependencia exhi-

⁵⁰ “...cada palabra funciona como una *herramienta* que se usa para hacer algo o realizar alguna tarea en la comunicación [...] Y, ¿cuándo sabemos qué función cumple? [...] cuando sabemos *la regla para usarla*, esto es, cuando conocemos la regla que nos dice en qué condiciones ha de usarse la palabra, que nos hace capaces de determinar cuándo la palabra es aplicable a una situación dada y cuándo no”, HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Alianza, Madrid, 1976, t. 1, pp. 37-38; 41.

⁵¹ Ambigüedad, vaguedad, erratas, inconsistencias, redundancias, lagunas normativas y axiológicas.

⁵² CANDAL, Pablo, *Del contrato de trabajo en general*, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. 1, pp. 293-310.

⁵³ CANDAL, ob. cit., p. 288. RAMÍREZ BOSCO, ob. cit., p. 245. Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, ob. cit., p. 151 (ver discrepancia de Rodríguez Mancini y Aldao Zapiola).

birá o no su aptitud para identificar al sujeto “trabajador” en el nuevo escenario de las relaciones laborales.

Finalmente la textura abierta de los dispositivos que sirven para reconocer en el sistema normativo jurídico la “dependencia”, permite identificar un continuo de sujetos de protección que van desde “casos claros o típicos” a “casos de duda” en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que las reglas del sistema jurídico hagan posible la caracterización del sujeto trabajador.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
<i>Presentación</i> , por GRACIELA A. GONZÁLEZ	9

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NOCIÓN DE DEPENDENCIA

por GISELLE BLANCHARD

1. Introducción	27
2. La dependencia como categoría	29
3. Realidad, la única verdad	32
4. La crisis como disparador	38
5. ¿Es posible definir a la dependencia?	39
a) Derecho Comparado	39
b) La dependencia es... ..	43
c) En la búsqueda de una técnica normativa adecuada	46
6. Interrogantes hacia el futuro	51
7. Conclusiones	54

RELACIÓN DE DEPENDENCIA

por DAVID DUARTE

I. Introducción	57
II. Contrato de trabajo y relación de trabajo	58

III. Contrato de trabajo	59
IV. Relación de trabajo	67
V. Definición de relación de dependencia.	69
VI. Cambios en la configuración jurídica de la dependencia.	76
VII. La prueba de la dependencia	113
VIII. Conclusión	120

RELACIÓN DE DEPENDENCIA

por CARLOS ALBERTO ETALA

1. ¿Cómo se define el contrato de trabajo, la relación laboral o como sea que se intente denominar el vínculo que une a empleador y trabajador?	125
2. ¿Qué intervención cabe en esa definición a la noción de dependencia?	128
3. ¿Cómo puede definirse la relación de dependencia? En caso de distinguirse entre dependencia económica, técnica, jurídica o de otras clases, ¿de qué modo influye cada una de ellas en la atribución de carácter laboral a la relación?	129
4. ¿Ha habido una variación histórica en la configuración de esta noción? ¿Qué cambios se han producido?	132
5. ¿Es posible prever una evolución futura de la noción de dependencia o de su influencia en la noción de contrato de trabajo? ¿Qué cambios pueden pronosticarse en las características del contrato de trabajo? En su caso, ¿en qué medida esos cambios han de afectar el concepto mismo del contrato laboral?	135

LAS TRES FACETAS DE LA DEPENDENCIA

por BEATRIZ E. FERDMAN

1. El concepto de dependencia y sus tres facetas	149
2. La irrelevancia de la dependencia técnica	151
3. La transformación de la dependencia jurídica	151
3.1. Concepto	151
3.2. Evolución	153

4. La importancia ascendente de la dependencia económica	155
5. La técnica del haz de indicios	158
6. Dos desafíos: trabajo a domicilio y teletrabajo.	161
6.1. Trabajo a domicilio.	161
6.2. Teletrabajo	165
7. Conclusiones	166

**LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA. UNA PERSPECTIVA
FUERA DE LA CONTRACTUALIDAD**

por JULIO CÉSAR SIMON

1. El ocaso de una figura jurídica	169
2. Jerarquía, solidaridad y protección	179
3. De nuevo sobre el contrato de trabajo.	183

**LA IDENTIFICACIÓN DEL
“TRABAJADOR DEPENDIENTE”**

por GABRIEL TOSTO

1. El nuevo escenario y sus problemas	187
2. Criterio de unidad	189
2.1. Trabajador.	189
2.2. Empleador.	190
2.3. El concepto de “dependencia”	191
2.3.1. Distinciones para esclarecer el problema	193
3. Sistema normativo jurídico-laboral y las características generales para identificar el concepto.	195
3.1. El uso de las características definitorias.	198
3.2. El problema de las definiciones	198
3.2.1. Reducción de dudas	201
3.2.2. Reducción de desacuerdos.	201
3.2.3. Virtudes de la precisión y leyes precisas.	202
3.2.4. Formulación y efecto de las leyes	202
4. Identificaciones disímiles	204

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 12 DE NOVIEMBRE DE 2013 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

