



LA EVOLUCIÓN DE LA TUTELA JURÍDICA DEL TRABAJO

¹Mario Garmendia Arigón

RESUMEN

El artículo sintetiza la evolución que ha sufrido el derecho del trabajo desde su surgimiento (enfocado en la tutela de los más desvalidos, en particular, niños y mujeres), su posterior asentamiento y expansión (con centro de gravedad en el concepto de la subordinación) y los desafíos que las actuales formas de organización del trabajo le ponen por delante, donde los nuevos hiposuficientes no siempre encuadran en la noción de la dependencia jurídica en términos clásicos.

Palabras-clave: Derecho; Estado de Los Trabajos; Protección Jurídica

THE EVOLUTION OF LEGAL PROTECTION OF WORK

ABSTRACT

The article summarizes Labour Law's evolution since it's emerged (paying particular attention to the protection of the most disadvantaged, specifically children and women), its ensuing settlement and expansion (making a point in the subordination concept) along with the challenges that current ways of work organization put ahead, where new handicapped not always fit in the notion, in classic terms, of legal dependence.

Keywords: Law; State of the Works; Legal Protection

A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO

RESUMO

O artigo resume a evolução que sofreu o direito do trabalho desde a sua criação (com foco na proteção dos mais desfavorecidos, em particular, crianças e mulheres), seu posterior assentamento e expansão (com eixo principal no conceito de subordinação) e os desafios que as atuais formas de organização do trabalho trazem consigo, onde os novos hipossuficientes nem sempre se encaixam na noção da dependência jurídica em termos clássicos.

Palavras-chave: Lei; O Status do Trabalho; Protecção Legal

¹ Decano Facultad de Derecho por la Facultad de em Montevideo - CLAEH, Montevideo (Uruguay).

Magister en DTSS por la Facultad de Derecho-Universidad de la República - UDELAR, Montevideo (Uruguay). Profesor Titular de DT por la Facultad de Derecho - CLAEH, Montevideo (Uruguay).



I) TRABAJO A CAMBIO DE DINERO, EL ESPECTRO DE UN CONTRATO *ENTRE IGUALES* Y EL *DERECHO INDOLENTE*

1. Con una fórmula tan breve como contundente, Alain Supiot condensó la esencia que hace al objeto del Derecho del trabajo, diciendo que es “*aquel que rige los intercambios de trabajo y dinero*”². Esta particular *relación de cambio* sólo pudo surgir una vez que el fenómeno del *trabajo productivo para otros o por cuenta de otros* (realidad conocida por todas las sociedades históricas)³ quedó *técnicamente* definido como *libre o voluntario*⁴ y, de este modo, se habilitó la posibilidad de que un *nuevo tipo de vínculo* comenzara a tomar los espacios que antes eran ocupados por el trabajo esclavo o servil, es decir, aquel que era realizado por efecto o por imposición del derecho de propiedad, en este caso, ejercido directamente *en o sobre* el individuo, a título de *derecho real*⁵.
2. De este modo, proclamada la *libertad de trabajo*⁶, el derecho a servirse de la labor ajena, que hasta entonces no había sido otra cosa que la simple proyección del derecho de propiedad (que habilitaba a su titular a *gozar y disponer* del individuo sobre el que ejercía su *dominio*) quedó emancipado de ésta y debió ir a la búsqueda de otra *justificación jurídica*.

¹⁾ Supiot, Alain, El Derecho del Trabajo, Heliasta, Bs. As., 2008, p. 18. En términos similares, Palomeque ha señalado que el objeto del Derecho del Trabajo consiste en la *regulación jurídica del intercambio de trabajo dependiente por salario*. Palomeque López, M. Carlos, Derecho del Trabajo e Ideología, 7ª ed. revisada, Tecnos, Madrid, 2011, p. 19.

²⁾ Palomeque López, M. C., op. cit., p. 20.

³⁾ V. Barbagelata, Héctor-Hugo, Derecho del Trabajo, T. I, vol. 2, 3ª ed. actualizada con la colaboración de Daniel Rivas, FCU, Mdeo., 2007, p. 180. Sobre el alcance del carácter “*libre*” del trabajo, v. Ackerman, Mario, “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, in VV.AA., Tratado de Derecho del Trabajo, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 16 y ss.

⁴⁾ Sinzheimer, Hugo, “*La democratizzazione del rapporto di lavoro*”, Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali, n. 2, 1979 (1928), p. 219 y ss.; Barbagelata, Héctor-Hugo, Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista, FCU, Mdeo., 2009, p. 16. V., además: Alonso Olea, Manuel, *De la servidumbre al contrato de trabajo. Adam Smith y Ana Jacobo Roberto Turgot, con un excursus sobre Smith como precursor de Hegel y Marx en la reflexión sobre la división del trabajo y su alienación*, Fundación Electra, Páginas Memorables, núm. 2, Mdeo., 2014.

⁵⁾ La Asamblea Nacional francesa sancionó el 2 de marzo de 1791 la ley conocida como d’Allarde, que declaró la libertad de toda persona para dedicarse al negocio, profesión, arte u oficio que estimare conveniente (art. 7). El texto de la norma está accesible en *Lois annotées, ou, Lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d’Etat, etc., avec notes historiques, de concordance et de jurisprudence* (Google eBook), France, Recueil Sirey, 1854 [http://books.google.com.uy/books?]. El concepto fue elevado en 1793 a rango constitucional (art. 13 de la Constitución francesa: “*Ningún género de trabajo, cultura, comercio, podrá ser prohibido a la industria de los ciudadanos*”). También: Brun, André y Galland, Henri, Droit du Travail, 2ª ed., t. I, Sirey, París, 1978, p. 8; Durand, Paul y Jaussaud, R., Traité de Droit du Travail, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 62; Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, G., Derecho del Trabajo, trad. de la 5ª ed. francesa, Ed. Aguilar, Madrid, p. 6; Olszak, Norbert, Histoire du Droit du Travail, ed. Economica, París, 2011, p. 23-24.



La propiedad dejó de ejercerse directamente *en o sobre* la persona⁷ y el trabajo que ésta estaba en condiciones de ofrecer al titular del capital pasó a transformarse en el *objeto*⁸ de una *nueva relación jurídica*, que los juristas de la época intuitivamente ubicaron en el ámbito del *derecho de los contratos*.

3. El vínculo individual surgido a partir del *trabajo industrial* quedó categorizado como un *contrato* y para éste se buscó acomodo en la figura de la *locación de obras*, aunque en un difuso territorio compartido con la *locación de servicios*⁹.

No conseguía esa relación jurídica diferenciarse en ningún aspecto ni grado de lo que genéricamente aparecía en cualquier contrato, pues por entonces los juristas no acertaban a percibir en aquella nada distinto de lo que podían detectar en cualquier *negocio entre privados*. Y habiendo sido los particulares declarados *libres e iguales* como consecuencia y por efecto del triunfo de la *Revolución Francesa*, el instrumento del contrato -que era el que les permitía expresar su *voluntad autónoma individual*- había quedado plasmado como *el más perfecto ideal de justicia*¹⁰ y la vía mediante la cual, el individuo podía expresar su libre albedrío para obligarse en la medida que mejor conviniera a su interés.

4. Ante el Derecho del liberalismo clásico de las primeras décadas del siglo XIX, *no había trabajadores*, sino sólo individuos capaces de contratar y ninguna razón podía determinar que hacia ellos debiera destinarse un tratamiento distinto o particular¹¹. Hacerlo habría sido interpretado como una involución, como un retorno hacia la superada práctica de los

6) Aunque corresponde hacer notar que, en rigor, el fenómeno de la esclavitud asumió diversas modalidades y variantes en el curso de la historia y no todas ellas implicaban un ejercicio directo y sobre la persona del derecho de propiedad. En ciertas etapas, por ejemplo, quedó asociada a circunstancias tales como la adscripción del esclavo a la tierra u otras similares. V.: Alonso Olea, M., De la servidumbre al contrato de trabajo, op. cit., p. 7 y 8.

7) Señala José Luis Ugarte que el Derecho del trabajo vino a cumplir una función que hasta entonces era imposible en el marco de la contratación civil, al permitir que un sujeto pueda apropiarse del trabajo de otro "*sin necesidad de apropiarse del trabajador, disociando ficticiamente al objeto –el trabajo- de su titular –el trabajador*". Ugarte Cataldo, José Luis, Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica, Colección Ensayos Jurídicos, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 36-37.

8) Supiot, A., op. cit., p. 18. Durand, P. y Jaussaud, R., Traité de Droit du Travail, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 66. Dockès, Nicole, Autour des origines du contrat de travail, Mélanges Maryse Carlin, Pafis, La Mémoire du Droit, 2008, p. 316-342, cit. por Olszak, N., Histoire du Droit du Travail, cit., p. 28.

9) "*En définitive –decía Fouillée-, l’idée d’un organisme contractuel est identique à celle d’une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste*", Fouillée, Alfred, La science sociale contemporaine, 2ª ed., Hachette et Cie, París, 1885, p. 410. V. también: Gounot, Emmanuel, Le principe de l’autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique, Arthur Rousseau, éditeur, París, 1912, p. 78.

10) Si acaso, todo lo que la ley podía estar llamada a intervenir tenía que ver con garantizar la mayor libertad de los contratantes, p. ej., prohibiendo la contratación de por vida o determinando que la misma sólo era lícita cuando se concretaba con un determinado plazo (art. 1780 del C. Civil francés de 1804, *ley Chaptal*, del 22 germinal año XI). Renard, Alain, La prohibition de l’engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement. Généalogie d’une transmutation, Bruxelles, Bruylant, "*Penser le droit*", 2009, cit. por Olszak, N., Histoire du Droit du Travail, cit., pp. 28-29. Supiot, A., Derecho del Trabajo, cit., p. 19.



privilegios y una peligrosa fisura en la edificación de un pensamiento jurídico cimentado en la idea fundamental de un *Derecho común*¹², es decir, de un Derecho único y uniformemente aplicable a todos, con carácter universal y sin distinciones de ningún tipo.

5. Pero de hecho, el desequilibrio entre las partes, es decir, la esencia principal de aquella novedosa relación jurídica que se generaba a partir del trabajo industrial, quedaba completamente oculta tras un velo de consignas jurídicas formales (la proclamación de la libertad, la igualdad, y la autonomía de la voluntad individual¹³), que la tornaban perfectamente *invisible* a los ojos de los juristas¹⁴ y que daba base para la construcción y despliegue hegemónico de lo que, con acierto, Monereo ha definido como un *Derecho indiferente* (Radbruch, 1930).

A esto mismo, precisamente, refería Gustav Radbruch cuando aludía al *espíritu del Derecho Civil*, que “reconoce sólo personas, sujetos jurídicos iguales por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en inferioridad frente al empresario”¹⁵.

Donde la realidad mostraba *trabajadores* en situación de *inferioridad* frente a los empresarios, el jurista sólo percibía *personas libres e iguales* y, por lo tanto, sujetos plenamente capaces de traducir sus intereses y asumir obligaciones a través de la vía contractual.

11) Que Georges Scelle identificara como un “dogma jurídico proclamado por la revolución”. Le Droit Ouvrier, A. Colin, Paris, 1922, p. 3.

12) Al decir de Monereo, “...los trabajadores no alcanzarían por la mera declaración de sus derechos y libertades una posición contractual en condiciones de igualdad (contractual) con la contraparte empresarial, sino que verían la persistencia de las condiciones de sujeción jurídico-económica (...). Ello supuso que en los orígenes del capitalismo y durante la época codicística el tránsito en la realidad jurídica operaba con una secuencia bien diferente: de la tutela estatutaria precedente a un nuevo estatuto unilateral transfigurado (“trasvestido”) bajo el ropaje o vestimenta del “contrato de servicios” (pero donde el trabajo está también “regulado”) por las reglas unilateralmente dictadas por el empleador; todo ello bajo la vigencia de la filosofía individualista y del formalismo jurídico”. Monereo Pérez, José Luis, Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 27. En una línea similar, Palomeque cita un pasaje del artículo “La cuestión obrera”, de Canalejas y Méndez: “Si el que trabaja ha dejado de ser esclavo o siervo, transformándose en persona libre, lo cual implica un progreso innegable, todavía sigue siendo proletario, asalariado, es decir, vive en condiciones de inferioridad más acusadas que nunca por el contraste de los enormes bienes acumulados por unos cuantos hombre o entes colectivos, privilegiados de la fortuna”. Canalejas y Méndez, José, “La cuestión obrera”, RGLJ, t. 103, 1903, p. 509, in Palomeque López, M.C., Derecho del Trabajo e Ideología, cit., p. 52.

13) Habría que agregar que, en realidad, tampoco faltaban normas que claramente tendían a profundizar la desigualdad de las partes de aquella relación jurídica. Un muy claro ejemplo de éstas es el art. 1781 del C. Civil francés de 1804, que le otorgaba valor de plena prueba a las meras afirmaciones del patrono en relación al pago de los salarios [“Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages pour le payement du salaire de l’anne échue, por les acometes donnés pour l’anne courante”]. La norma se mantuvo vigente hasta 1868. A propósito de esta disposición: Castaldo, André, “L’histoire juridique de l’article 1781 du Code civil”, Revue historique de droit français et étranger, 1977, pp. 211-237, cit. por Olszak, N., Histoire du Droit du Travail, cit., p. 29; Sonenscher, Michael, Work and Wages: Natural Law, Politics and the Eighteenth-Century French Trades, Cambridge University Press, 2012, p. 38 (accesible en <http://books.google.com.uy/books>); Barbagelata, Héctor-Hugo, Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista, cit., pp. 79-80.





II) LA OBJETIVACIÓN DEL TRABAJO

6. Según se dijo antes, la consagración de la libertad como valor superior determinó que el individuo que trabajaba para otro paulatinamente dejara de ser considerado un *objeto* de propiedad y adquiriera la condición de *sujeto* de una relación que técnicamente se describía como *entre iguales*.

El trabajador dejaba, así, de ser calificado como una *cosa*, pero, sin embargo, su trabajo no perdió tal condición¹⁶, pues quedó definido como un *bien* comercializable en el mercado.

7. De este modo, el concepto de *trabajo* permaneció asociado a la noción de *propiedad*, aunque quedó vinculado a ésta de manera distinta a como lo estaba hasta entonces. El “*derecho de trabajar*” quedó definido como una “*propiedad de todo hombre*”, siendo “*la primera, la más sagrada y la más imprescriptible de todas*”¹⁷ y, por lo tanto, a partir de tal lógica, la capacidad del individuo de disponer con *absoluta libertad* de su fuerza de trabajo, no podía ser pasible de limitaciones¹⁸.

Cada sujeto pasó a ser reconocido como titular de la propiedad *sobre su propio trabajo* y este reconocimiento le habilitó la posibilidad de *volcarlo al mercado*, para ofrecerlo a quien tuviera interés en pagar un *precio* (el que resultare de las reglas de la oferta y la demanda) *a cambio del mismo*.

8. El trabajo se *corporizaba*, como si se tratara de un elemento separable de la persona que lo producía, de la que *fluía* para convertirse en una *mercancía* que, al igual que cualquier otra, podía integrarse al tráfico comercial y someterse a los intercambios propios de este último¹⁹.

¹⁴) Ver: Ugarte Cataldo, J.L., Derecho del Trabajo..., cit., p. 36 y ss.

¹⁵) “*Dieu en donnant à l’homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait, du droit de travailler, la propriété de tout homme; & cette propriété est la première, la plus sacrée & la plus imprescriptible de toutes*”. Así rezaba el preámbulo del *Édit du Roi, par lequel sa majesté supprime les corvées*, del 12 de marzo de 1776 (conocido generalmente como *Edicto de Turgot*). *Édit Du Roi, Portant suppression des Jurandes & Communautés de Commerce*, p. 3, disponible en <http://books.google.com.uy/books>.

¹⁶) Weber, Max, *Economía y Sociedad* (1922), trad. J. Medina Echavarría y otros, México, 1983. p. 642, cit. por Monereo Pérez, J. L., *Estudio Preliminar*, cit., nota al pie núm. 79, p. 31.

¹⁷) Ugarte Cataldo, J.L., *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 36 y ss.



Fue así que quedó cabalmente configurada la idea del trabajo como *cosa*, del trabajador como una *fuerza generadora de energía* y del salario como el *precio* que debía pagar el capitalista a efectos de apropiarse de aquel ingrediente (el trabajo humano) que debía incorporar (junto con otros varios) a su proceso productivo.

Por este motivo, Marcel Planiol podía explicar sin ruborizarse que en el contrato que vinculaba al obrero con el empresario, la *cosa* arrendada era *la fuerza de trabajo que reside en cada persona “y que puede ser utilizada por otro como la de una máquina o un caballo”*²⁰ y Francesco Carnelutti aludía a una *“prestación de uso del cuerpo humano”*²¹.

Como denunciara Alfredo L. Palacios, todo esto era resultado de una concepción basada en la figura *“del propietario”*, que conducía *“al descuido de los intereses de los pobres”*²².

9. Pese a continuar ocupando un lugar dominante en la opinión jurídica de la época, la concepción que defendía la idea del trabajo como una *cosa* ya había comenzado a ser impugnada en el propio siglo XIX por quienes advertían que estaba sostenida sobre la falacia de pretender que era posible divorciar *la fuerza de trabajo del sujeto que la produce*.

Así, por ejemplo, en el minucioso análisis que en 1890 Anton Menger dedicaba al proyecto de Código Civil alemán, cuestionaba que sus autores trataran al *“...contrato de servicios cual si fuera un contrato de compra-venta, ó como cualquier contrato que tenga por objeto la prestación de una cosa”* en tanto dichos servicios –decía– *“...no pueden (...) ser separados de la individualidad del obrero, que representa un valor absoluto”*. El célebre jurista alemán, fundador del llamado *“socialismo jurídico”*²³, denotaba a dicho respecto que los trabajadores *“...resultan (...) sometidos al patrono, no sólo con referencia a los servicios que prestan, sino con toda su personalidad. Deben emplear, no solamente toda su fuerza, según las órdenes del patrono o amo, sino que con frecuencia excesiva deben*

18) Planiol, Marcel (avec la collaboration de G. Ripert), *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11^a éd., t. 12, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1937, p. 667.

19) Carnelutti, Francesco, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1913, I, p. 388 ss., cit. por Monereo Pérez, J. L., *Estudio Preliminar*, cit., nota al pie núm. 81, p. 31.

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

21) Cfe. Monereo Pérez, J. L., *Estudio Preliminar*, cit., p. 7.



someter en beneficio de los intereses del patrono mismo sus propios bienes personales (...): la vida, la salud, la energía, cuando no el honor y la moralidad”²⁴.

III) LA PRIMERA PROTECCIÓN SELECTIVA

10. La ilusión de libertad que resultaba ambientada por aquella rigurosa *concepción contractual-mercantil* del vínculo laboral, prohió la proliferación de condiciones de trabajo y de vida miserables en la nueva clase proletaria²⁵ y descargaba sus peores consecuencias sobre quienes se presentaban y ofrecían en el mercado en estados de mayor fragilidad.
11. Entre estos últimos, las espeluznantes condiciones de explotación que, con inmisericorde rigor, se hacían recaer, en especial, sobre los niños²⁶, disparó una primera (aunque inicialmente, muy tibia²⁷) alarma. No sin enfrentar importantes resistencias²⁸, a partir de

²²⁾ Menger, A., op. cit., p. 283.

²³⁾ Dichas condiciones fueron relevadas por diversas encuestas realizadas, por ejemplo, en Gran Bretaña (Kay, James Phillips, *The Moral and Physical Condition of the Working Classes employed in the Cotton Manufacture in Manchester*, de 1832, disponible en: <http://books.google.com.uy/books>; Chadwick, Edwin, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain*, de 1843, a cuyo texto se puede acceder en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>) y Francia (Villermé, Louis René, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, texto accesible en http://classiques.uqac.ca/classiques/villermé_louis_rene/tableau_etat_physique_moral/tableau_etat_physique.html). También: Barbagelata, H.-H., *Curso sobre la Evolución del...*, cit., p. 29.

²⁴⁾ Sin embargo, prevaleció durante mucho tiempo la opinión de que las objeciones que algunos hacían sobre las consecuencias de la industrialización, eran infundadas y malintencionadas. Un típico ejemplo de esta visión *edulcorada* de la realidad se aprecia en la obra del Andrew Ure, *The Philosophy of Manufactures: or an Exposition of the Scientific, Moral and Commercial Economy of the Factory System of the Great Britain* (Londres, 1835). En ella, el autor (médico de profesión y destacada personalidad de la época) testimoniaba que en sus visitas a diversas fábricas jamás había visto niños maltratados y que, al contrario, éstos *disfrutaban de sus tareas como si practicasen un deporte*. “Parecían estar siempre contentos y atentos -decía Ure-, *entreteniéndose con el ligero juego de sus músculos, gozando de la movilidad propia de su edad. La visión de su actividad, lejos de suscitar tristes emociones en mi mente, resultó siempre regocijante (...)* El trabajo de estos bulliciosos duendes parecía un deporte, cuya práctica les había proporcionado una grata destreza. (...) Y en cuanto a agotamiento al término de la jornada laboral, no mostraban rastro de él al salir de la fábrica por la tarde, pues de inmediato comenzaban a brincar por cualquier campo de juego vecino y a iniciar sus pequeñas diversiones con la misma viveza que los niños que salían de la escuela. Creo firmemente que si los niños no son maltratados por malos padres o guardianes, sino que reciben en forma de alimento y vestido cuanto ganan, prosperarán más empleados en nuestras modernas fábricas que dejados en casa en habitaciones con demasiada frecuencia mal aireadas, húmedas y frías”, op. cit., p. 301. La obra está disponible (en inglés) en: <http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/ure/PhilosophyManufactures.pdf>. Como contrapartida, los datos que arrojaban las encuestas demostraban la dureza de las condiciones de vida de los obreros. Según el informe Chadwick, para 1840 la expectativa de vida de los trabajadores en las ciudades industriales de Gran Bretaña (Liverpool, Manchester, Bolton, Leeds) rondaba entre los 15 y los 19 años (Chadwick, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain* (1842), Edimburgo, University Press, 1965, pp. 220-241, accesible en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>).

²⁵⁾ El trabajo de los niños representaba un importante y conveniente recurso para los industriales, pero también, una necesidad para las familias obreras, para las que el salario que aquellos aportaban resultaba indispensable para el sustento común. Brun, André y Galland, Henri, *Droit du Travail*, 2ª ed., t. I, París, 1978, p. 16; Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, G., *Derecho del Trabajo*, Trad. de la 5ª ed. francesa, Aguilar, Madrid, p. 8. Olszak, N., *Histoire du Droit du Travail*, cit., p. 52.

²⁶⁾ La ley francesa del 22 de marzo de 1841 -que limitó el número de horas de trabajo de los niños (ver siguiente nota al pie)- generó fuertes protestas de quienes sostenían que ponía en peligro la competitividad de la industria francesa. V.: Michaux, Laurette, *Le travail des enfants dans l'industrie en Moselle et en Meurthe: aux origines de la loi du 22 mars 1841* (v. http://documents.irevues.inist.fr/bitstream/handle/2042/33961/ANM_2005_199.pdf?sequence=1). La preocupación por la suerte de los más jóvenes parece haber tenido, en buena medida, un origen de asociado al reclutamiento para fines militares. “*La utilización del trabajo de los niños* -informaba un general prusiano en 1828- *agota prematuramente el material humano y no está lejano el día en que*



aquella incipiente preocupación los Estados comenzaron a adoptar algunas normas tendientes a limitar el esfuerzo excesivo al que los menores resultaban expuestos²⁹.

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

La ley intervino, al principio, de manera *selectiva*, a modo de excepción, con la finalidad de proteger a los niños *por su condición de tales*. De este modo, éstos, los *niños trabajadores*, pueden ser considerados los *primeros sujetos* que quedaron alcanzados por normas jurídicas alentadas por una inspiración de corte protector.

Sin embargo, al mismo tiempo se continuaba rechazando con todo énfasis cualquier posibilidad de admitir que el trabajo de los adultos pudiera ser objeto de algún tipo de regulación que pudiera distorsionar la consabida consigna de la *autonomía de la voluntad individual*³⁰.

13. De todas formas y aun así, es en este punto donde se puede ubicar el comienzo del fin del abstencionismo estatal y el inicio de lo que habría de ser el proceso de desarrollo de una

la actual clase laborante no tenga más substituto que una masa físicamente degenerada". De la Cueva, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, t. I, 5ª ed., Porrúa, México, 1960, p. 23. También: Hennock, E.O., The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914: Social Policies Compared, Cambridge University Press, 2007, p. 78 (accesible en <http://books.google.com.uy/books>). En similar sentido: Olszak, N., Histoire du Droit du Travail, cit., p. 52.

27) En este sentido, los ingleses parecen haber sido los pioneros. El antecedente más remoto se remonta al año 1788, cuando un "Act" estableció la edad mínima de 8 años para la admisión de los aprendices. Sin embargo, esta norma y otras adoptadas con posterioridad (p. ej, la *Health and Morals of Apprentices Act*, de 1802 –cuya iniciativa correspondió a Robert Peel- la *Cotton Mills and factories Act*, de 1819, etc.) no fueron cumplidas en la práctica, determinando que el trabajo de los niños, incluso los muy pequeños, continuara siendo un fenómeno muy extendido. En 1833 el Parlamento adoptó una nueva *Factory Act* que prohibió el trabajo de los niños menores de 9 años y estableció un límite máximo de 8 horas diarias y 48 semanales para los niños de entre 9 y 13 años y de 12 horas diarias para los niños de entre 13 y 18 años. Esta misma norma impuso el deber de que los niños menores de 13 años recibieran escolarización elemental durante dos horas diarias. Esta *Factory Act* fue la primera que respaldó la imperatividad de sus disposiciones con la creación de un cuerpo de inspectores (*inspectorate of factories*). V.: <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury>. En Francia, la ley del 22 de marzo de 1841 (*relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*) introdujo el tema en aquel país, prohibiendo el trabajo de los niños menores de 8 años, y estableciendo límites horarios para los mayores de esa edad (8 horas diarias para aquellos de entre 8 y 12 años, 12 horas para los de entre 12 y 16 años, prohibición de trabajo nocturno para los menores de 13 años, etc.). La norma se aplicaba solamente a las fábricas con "*moteur mécanique*" y a los talleres que emplearan a más de veinte personas. Al igual que aconteció en Inglaterra, la ley francesa de 1841 se ganó rápidamente la reputación de resultar absolutamente carente de aplicación (V.: http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi_22_mars_1841-2.pdf). Olszak, N., Histoire du Droit du Travail, cit., p. 52.

28) Recuérdese que hasta finales del siglo XIX los principales Estados europeos se resistían a aceptar la posibilidad de adoptar normas internacionales sobre el trabajo de los adultos, a pesar de que sí comenzaban a admitir la idea de una *legislación internacional* que atendiera el trabajo de los menores. Valticós, Nicolas, Droit International du Travail, in G.H. Camerlynck, Droit du Travail, T. 8. Rodgers, Gerry, Lee Eddy, Swepston, Lee y y Van Daele, Jasmien, La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009, BIT, Ginebra, 2009, p. 74 (accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_104680.pdf).



legislación interventora, que pondría su primer foco de atención en el *proletario*, en el *operario* de la fábrica.

Lentamente se empezó a abandonar la política del abstencionismo estatal, para dejar paso al novedoso impulso intervencionista que procuraba corregir las injusticias provocadas por el libre juego de las fuerzas del mercado. La *legislación industrial* surgió, de este modo, como una de las manifestaciones más relevantes de la nueva tendencia intervencionista y comenzó a desarrollarse como una clara e irreversible ruptura de la hegemonía histórica del derecho civil liberal, caracterizado por la exacerbada valoración de los aspectos patrimoniales. Rivas (1996)

14. Aquellas primeras normas, empero, todavía dispersas y carentes de unidad, no alcanzaban con sus enunciados a un universo general y abstracto de sujetos. No aludían en forma genérica, por ejemplo, a *los trabajadores*, a *los operarios* o a *los obreros*. En lugar de eso, definían su ámbito de aplicación mediante la técnica de individualizar o enumerar ciertas actividades, “*sin pronunciarse sobre la naturaleza del vínculo jurídico existente entre el trabajador y empresario*”³¹. Sólo se dirigían a regular (y todavía a título de rigurosa excepción) a *determinadas* profesiones o a *ciertas* categorías específicas de trabajadores, a las que reunía conceptualmente a partir de una suerte de *tipicidad social* basada en su condición de “*operarios*” u “*obreros*” de “*fábricas*”, “*talleres*”, “*establecimientos industriales*” o similares³².

IV) LAS LEYES DE FÁBRICAS

15. La *fábrica industrial* había sido, sin dudas, el gran disparador de la nueva legislación protectora que dificultosamente³³ se abría paso en un escenario todavía dominado por instituciones y conceptos jurídicos nacidos y desarrollados en el seno del Derecho civil. Esa

29) *Ibidem*. A este respecto, repárese en el tenor del artículo 1º de la ley uruguaya sobre “*limitación de la jornada*” (Nº 5.350, del 17 de noviembre de 1915), identificada por Barbagelata como el “*acto de nacimiento de la legislación del trabajo en América Latina*” (V.: El Derecho del Trabajo en América Latina, Madrid, 1985, p. 55), que define su ámbito subjetivo de aplicación de la siguiente forma: “*El trabajo efectivo de los obreros de fábricas, talleres, astilleros, canteras, empresas de construcción de tierra ó en los puertos, costas y ríos; de los dependientes ó mozos de casas industriales ó de comercio, de los conductores, guardas y demás empleados de ferrocarriles y tranvías; de los carreros de playa, y, en general, de todas las personas que tengan tareas del mismo género de las de los obreros y empleados que se indican, no durará más de ocho horas por día*”.

30) Según recuerda Palomeque, incluso se aludía al fenómeno como la “*locura legislativa de nuestro tiempo*”. Palomeque López, M.C., Derecho del Trabajo e Ideología, cit., p. 51, citando a A. Ruiz de Grijalba, El contrato de Trabajo ante la razón y el derecho, Francisco Beltrán, Madrid, 1902, 2ª ed., 1922, p. 23.



nueva legislación había adoptado a la fábrica empleadora del trabajo ajeno, como uno de los *sujetos* a los que estaba dirigida su aplicación.

Pero simultáneamente, la misma fábrica habría de constituirse en el *entorno* o *marco* que delimitaría las fronteras conceptuales de la naciente normativa laboral.

16. De este modo, las primeras leyes que comenzaban a ponerse en práctica en los Estados europeos más industrializados, delimitaban su campo de aplicación a las *cotton mills* y *factories*³⁴ (Gran Bretaña), a las *manufactures*, *usines* y *ateliers*³⁵ (Francia) o se las denominaban *fabriksgesetzgebung*³⁶ en Prusia, o *leyes de fábricas* en España.

Y, naturalmente, no es por casualidad que, por ejemplo, el primer *tratado* internacional de trabajo adoptado por las potencias industriales (incluso antes de la creación de la OIT) se refiriera a la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres ocupadas *en la industria* (Convenio de Berna del 26 de septiembre de 1906)³⁷ y que el primer Convenio Internacional de Trabajo aprobado en 1919 por la flamante Organización Internacional del Trabajo, tuviera por objeto la limitación de las horas de labor en, precisamente, las *empresas industriales*.

La misma razón explica que la mayoría de los autores que comenzaban a dedicar su atención a la temática, titularan sus obras aludiendo al origen e inspiración *obrero* o *industrial* de aquellas normas, denominación que muchos mantuvieron, incluso, durante casi toda la primera mitad del siglo XX, tendencia que todavía hoy se mantiene en la expresión *industrial relations*, empleada por los autores de habla inglesa. Plá Rodríguez (1979)

Más tarde el comercio y, todavía más aun, el sector de los servicios, vinieron a sumarse a este paulatino *proceso expansivo* que en materia de alcances subjetivos comenzaban a esbozar las normas laborales³⁸.

31) Fábricas de algodón y fábricas.

32) Manufacturas, usinas y talleres.

33) Legislación fabril.

34) OIT, Trabajo nocturno de las mujeres en la industria: tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, 2001, pp. 78 y ss. (accesible en <http://books.google.com.uy/books>).



17. Un determinado tipo de *empresa* (la fabril o industrial) fue la que *ambientó* un determinado *concepto* de relación individual de trabajo, en el que un empleador claramente definido y único, contrataba la prestación de una labor específica y predeterminada, que era desarrollada dentro de un establecimiento, durante un cierto número de horas -también previamente definido- y que, en esencia, se remuneraba en base al tiempo durante el cual el trabajador permanecía “*subordinado*” al poder de dirección del empleador.
18. Ese arquetipo de empresa terminó convirtiéndose en el *campo de juego* en que se desarrolló el trabajo industrial y sobre el que se moldearon los principales institutos y definiciones del Derecho del trabajo tradicional, a saber: la idea del contrato de trabajo, de la jornada, los descansos, el salario, los poderes patronales y hasta las propias definiciones de los actores (trabajador y empleador) que configuraron el vínculo laboral *típico*.

Naturalmente, también aquel modelo de organización empresarial fue la base para el surgimiento y desarrollo de todos los fenómenos laborales colectivos.

Por eso asiste razón a quienes señalan que la empresa, como hecho socio-económico, se impuso al Derecho³⁹.

V) LA DESMERCANTILIZACIÓN DEL TRABAJO

19. En las postrimerías de la segunda década del siglo XX, las *leyes de fábricas* (que hasta entonces habían proliferado en varios países de occidente sin que se hubiera desarrollado a su respecto un discurso *dogmático* que les diera una unidad *conceptual* o *científica*) se encontraron, casi por casualidad, con una consigna que terminaría por convertirse en una idea fuerza y basal en la edificación del *nuevo Derecho: el trabajo no es una mercancía*⁴⁰.

³⁵⁾ Verge, Pierre (avec la collaboration de Sophie Dufour), *Configuration Diversifiée de l'entreprise et Droit du travail*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, p. 2.

³⁶⁾ Grandi, Mario, “*El trabajo no es una mercancía. Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar*”, in *Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, cit., p. 192.



20. La fórmula, explicitada con esos términos en la Declaración de Filadelfia (1944)⁴¹, se encontraba presente *en el ambiente* desde algunas décadas atrás. No pretende ser (y, de hecho, no es) descriptiva de lo que acontece en la realidad, sino una afirmación de tipo ético-jurídico, que marca un imperativo acerca de la orientación que debe guiar la regulación del trabajo. Es un pronunciamiento definidor de la cultura contemporánea y un rasgo fundamental para comprender, tanto la evolución de la teoría general del derecho, como particularmente, el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo en el último siglo⁴².
21. La consigna se proyecta en otros valores de singular trascendencia y efecto multiplicador, a saber, el que impone la premisa de que el trabajo debe ser objeto de una *protección jurídica privilegiada* y el que adjudica a la *justicia social* el rol de oficiar como criterio rector básico de todo desarrollo jurídico-normativo vinculado con el trabajo, y a cuya consecución debe estar dirigida toda la estructura científica de la disciplina que lo regule.
22. A partir de estas tres ideas fundamentales (a saber: *el trabajo no es una mercancía*, el trabajo es objeto de *tutela jurídica especial* y la consecución de la *justicia social* como criterio rector de la regulación jurídica del trabajo)⁴³ germina el reconocimiento y la tutela de una serie de derechos humanos específicamente vinculados con el trabajo⁴⁴, cuya trascendencia los ha llevado a quedar plasmados en textos jurídicos internacionales de tal nivel, que bien pueden conceptualizarse como una verdadera reserva de valores jurídicos de nuestra época⁴⁵.

37) En la redacción original del artículo 427 del Tratado de Versalles (Constitución de la OIT) se decía que "*el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio*". V. Grandi, M., loc. cit.

38) Supiot, A., El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado total, Ed. Península, Barcelona, 2011, p. 25; Lee, Eddy, "*La Déclaration de Philadelphie: retrospective et perspective*", in VV.AA., La Mondialisation, origines, développements et effets, sous la direction de James D. Thwaites, Les presses de l'Université Laval, Québec, 2004, p. 35 y ss.

39) V. Garmendia, Mario, Orden público y Derecho del Trabajo, 2ª ed. revisada y ampliada, La Ley, 2016, p. 213 y ss.

40) Un listado de estos derechos puede consultarse en Barbagelata, H-H, Derecho del Trabajo, 2ª ed. actualizada y aumentada, T. I, vol. 1, FCU, Mdeo., 1995, p. 124.

41) Como por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; Declaración Americana de los Derechos del Hombre; Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969); Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica (1969)- y su Protocolo Adicional -Protocolo de San Salvador (1988)-; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Declaración de los Derechos de los impedidos (1975); Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (1978); Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985). Declaración sobre el Derecho al desarrollo (1986) Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990); Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas (1992); Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919); Declaración de Filadelfia (1944); Declaración de Querétaro (1974); Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Sobre el punto, ver Barbagelata, H.-H., Derecho del Trabajo, cit., p. 124; Changala, R. y García Veirano, A., "*Las normas internacionales sobre Derechos Humanos como fuente del Derecho del Trabajo*", in Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derechos del Trabajo, cit., p. 191 y ss.



VI) EL DERECHO PARA EL TRABAJO SUBORDINADO

23. Pero, en todo caso, la construcción de aquel entramado normativo comenzaba a desarrollarse sobre un cimiento conceptual que ya se vislumbraba como esencial en la futura configuración de la disciplina: la *subordinación o dependencia*.

Para quedar alcanzado por aquella legislación tutelar, el trabajador debía cumplir con su tarea en una determinada y específica condición: la de *dependiente o subordinado*, en el marco de una relación jurídica cuya naturaleza contractual era afirmada por algunos e impugnada por otros.

24. Sin embargo, aquella crucial noción, sobre la que se iniciaba el proceso de demarcación de las fronteras del “*nuevo Derecho*”, no acertaba a afianzarse en una definición única, consensuada y simple⁴⁶. En buena medida, las dificultades y dilemas que incesantemente comenzaron a plantearse a este respecto, tenían su origen en la necesidad de incorporar (o, mejor dicho, *de no dejar afuera*) del amparo que proveían las normas laborales, a determinadas categorías de trabajadores que iban apareciendo como resultado de la dinámica constante de la organización del trabajo⁴⁷.

Así fue que, por ejemplo, ante el surgimiento de formas de trabajo que no era prestado bajo el control o vigilancia directa del empleador (como el caso del *trabajo a domicilio*) la noción de subordinación jurídica típica comenzó a deslizarse hacia ámbitos que contemplaron la importancia de admitir la idea de la *dependencia económica* de quien trabaja respecto de quien se beneficia de su actividad⁴⁸. Algo similar sucedió en el caso de

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

43) Rivas, D., ibidem; Ermida Uriarte, Óscar, “*El concepto de subordinación o dependencia en el derecho laboral y de la seguridad social*”, en Revista Tributaria, T. X, Nº 52, Mdeo., 1983; Goldin, Adrián O., La tendencia de transformación del Derecho del Trabajo, Monografías Jurídicas, LexisNexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 31; Plá Rodríguez, Américo, “*A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo*”, in Estudios sobre Derecho Laboral, homenaje a Rafael Caldera, T. I, Ed. Sucre, Caracas, 1977, p. 313 y ss.

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



los *vendedores de plaza y viajantes*, cuyo proceso hacia el reconocimiento como empleados dependientes fue caracterizado por Mario De la Cueva, como una “*batalla*”⁴⁹.

25. La noción de “*subordinación*” se expandía, adoptando sucesivamente renovados perfiles y sesgos, con el propósito de hacerse cada vez más complaciente a permitir el ingreso de nuevos sujetos⁵⁰ al universo protector que ya dispensaban las normas laborales a los trabajadores “*clásicos*”.

En el momento en que dicha tendencia expansiva alcanzó su cenit, el universo subjetivo abarcado por el Derecho del Trabajo resultaba ser tan amplio, que comenzaron a surgir las críticas de quienes apuntaban a denunciar su déficit de “*selectividad social*”, en razón de que su amparo ya estaba alcanzando, incluso, a sujetos que, como es el caso de los *altos ejecutivos*, carecían de la *condición proletaria* que había resultado determinante para que se produjera el lanzamiento de la legislación social⁵¹.

26. El concepto de la *subordinación* se manifestaba de forma sumamente plástica y dúctil, de tal suerte que progresivamente se iba ampliando y enriqueciendo con elementos de tenor *socio-económico* o similares, en un proceso que parecía encaminado a consagrar la protección del trabajo a secas, es decir, “*al margen de tecnicismos jurídicos*”⁵².

Sin embargo, el terreno que a nivel subjetivo iban conquistando las normas laborales, gracias a la permeabilidad que caracterizaba al concepto sobre el que se definía su objeto (la *subordinación*), no suponía que automáticamente todos los trabajadores dependientes recibieran el mismo nivel y condiciones de protección. Antes bien, las normas (o, en algunos casos, la propia práctica jurisprudencial⁵³) consagraron distinciones entre diversas categorías de trabajadores, muchas veces siguiendo pautas o criterios inspirados en factores de carácter sociológico, que no siempre resultaban de fácil o inobjetable

45) De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, Ed. Porrúa, México. 2003, p. 533.

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

47) Rivas, D., *La subordinación...*, op. cit., p. 39. De la Cueva, M., *El Nuevo Derecho...*, cit., p. 92 y ss.

48) Barbagelata, H.-H., *Derecho del Trabajo*, T. III, cit., p. 93.

49) En Uruguay, en los repertorios jurisprudenciales es posible apreciar que a menudo en los fallos se descarta la vigencia material de las normas laborales respecto de ciertos trabajadores que realizan actividades que son calificadas como “*changas*”, a pesar de que dicha categoría no aparece discriminada por ninguna norma del ordenamiento positivo vigente.



justificación⁵⁴. Incluso es notorio que ciertos colectivos de trabajadores tradicionalmente quedaron bastante alejados del calor irradiado por la legislación laboral, a pesar de su inequívoca condición de “*dependientes*”⁵⁵.

VII) HACIA LA TUTELA DEL TRABAJO NO DEPENDIENTE

27. Cuando la doctrina laboral clásica hacía referencia al “trabajo” sin adjetivarlo, podía darse por sobreentendido que estaba aludiendo al trabajo “*subordinado*”, pues este elemento ha sido, como se viene diciendo, el que tradicionalmente sirvió como referencia para delimitar el campo conceptual de la disciplina y, por defecto, también condicionó su ámbito subjetivo de aplicación. Bronstein (2010) e Raso Delgue (2009)

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

28. Sin embargo, en las últimas décadas se han producido mutaciones muy significativas en los sistemas de relaciones laborales⁵⁶, los que en buena medida resultaron pautados por el surgimiento y desarrollo de formas novedosas de organización de la actividad productiva-empresarial. La forma tradicional de empresa perdió terreno frente al avance de modalidades que ponen en práctica la desintegración y dispersión de sus procesos productivos⁵⁷.

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

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

52) Plá Rodríguez, A., “*La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*”, in Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2000, p. 15; Garmendia, M., “*La nueva consideración de la empresa y su influencia en la caracterización de las relaciones laborales*”, in Las transformaciones de la empresa en el Derecho del trabajo (Encuentro Argentino-



La “*empresa virtual*” o “*difuminada*”, los fenómenos que se identifican con expresiones tales como *economía compartida*, *disrupción*, *economía digital* y otros⁵⁸, configuran una nueva realidad, constantemente cambiante y particularmente compleja, que pone al Derecho del Trabajo ante el reto de “*buscar las nuevas fronteras de la figura del empleador, haciendo primar la realidad sobre las construcciones societarias y contractuales, y establecer límites precisos y claros sobre la responsabilidad de los agentes que intervienen en los procesos de tercerización*”⁵⁹. Con la mirada fijada en dicha finalidad, las legislaciones han desarrollado o están en vías de desarrollar, mecanismos que atribuyen o imputan responsabilidades a sujetos que no necesariamente encajan dentro de la figura tradicional del *empleador* (Plá Rodríguez, 1998). En muchos casos, esos nuevos o renovados instrumentos legislativos vienen a sumarse a construcciones *clásicas*, que antes o paralelamente, habían sido elaboradas por la doctrina con la misma inspiración, como proyección del principio de *primacía de la realidad*⁶⁰. Así, por ejemplo, la *personería laboral del empleador*⁶¹ o la conocida como *conjunto económico* (Castello, 2001) o la del llamado *empleador complejo*, concepto de más reciente aparición y que apunta a “*formas de relacionamiento empresarial en las que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician simultáneamente de los servicios de un trabajador, pero que, en principio, carecen de lazos de dependencia entre sí y no están sometidas a un mismo centro de dirección*”. Goldin (2002)

29. Las nuevas realidades de la organización del trabajo en muchos casos no dejan casi espacio para las definiciones que tradicionalmente constituyeron la sustancia de la disciplina y determinan la necesidad de que el instituto de la *dependencia* o *subordinación laboral* sea objeto del “*más cuidadoso seguimiento*”, a efectos de establecer “*qué correspondencia guarda con los modos dominantes en los que hoy y en los tiempos por venir se contrata y se*

Uruguayo de Profesores de Derecho del Trabajo (Bs.As. – Mdeo., junio 2005), Rubinzal-Culzoni Editores, Mario Ackerman – Diego Tosca (Compiladores), p. 841 y ss. Ackerman, M., “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, cit. p. 32 y ss. Alimenti, J., “*La dependencia laboral*”, cit., p. 148 y ss.

53) V.: VV.AA., *Disrupción, Economía Compartida y Derecho. Enfoque Jurídico Multidisciplinario* (Coordinado por Gustavo Gauthier, FCU, Mdeo., 2016; Gauthier, Gustavo, “*El Derecho laboral ante el reto de la economía compartida: apps, smartphones y trabajo humano*”, in *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 9, oct-dic 2015, La Ley Uruguay, p. 7 y ss.

54) Castello, Alejandro, *Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo*, FCU, Mdeo., 2004, p. 22. V.: Gauthier, G., “*Economía compartida, “crowdworking” y Derecho del Trabajo*”, in VV.AA., *Disrupción, Economía Compartida y Derecho*, op. cit., p. 109 y ss.,

55) Que supera el concepto de la *personería del derecho civil* para aceptar otro de contornos mucho más amplios e informales. Vide: Plá Regules, María Josefina, “*La personería laboral del empleador*”, in *rev. Derecho Laboral*, tomo XIX, Nº 101, enero-marzo 1976, p. 131.



despliega el trabajo humano, si todos ellos tienen cabida en aquel molde tradicional y, en consecuencia, si encuentran respuesta a sus específicas necesidades de regulación y amparo”⁶².

30. La diversificación de las formas en que se brinda el trabajo para otro, ha determinado que desde hace algún tiempo haya reforzado su importancia la idea clásica de que “*donde hay trabajo hay virtud*”, incluso más allá del concepto tradicional de la *subordinación*. Esto ha provocado la aparición de lo que algunos califican como un Derecho del trabajo “*de segundo tipo*”⁶³, que reacciona contra la excesiva relevancia tradicionalmente otorgada a la noción *jurídico-formal* de subordinación y cuestiona la falta de atención brindada a lo que, según entienden, debió ser el foco de la legislación tutelar: la existencia de desequilibrios contractuales reales⁶⁴. En esta nueva regulación, las propias nociones clásicas de “*trabajador*” y “*empleador*” ya no se identifican tan claramente con los sujetos que en ella interactúan. Otras expresiones, como “*oferta*” y “*demanda*” de trabajo, comienzan a emplearse para aludir a los nuevos protagonistas de las relaciones laborales y simultáneamente, adquieren *carta de ciudadanía* algunos conceptos, como la *parasubordinación* (empleada por la legislación italiana), los *trabajadores autónomos económicamente dependientes* (TRADE), definidos por la legislación española⁶⁵, los *cuasi asalariados* de la normativa alemana, o el empleo de términos que en otros tiempos habrían sido calificados como una *contradictio in adjectio*, como el de “*empresario dependiente*”⁶⁶. Sin embargo, estos novedosos términos parecen reflejar mejor una realidad donde la distinción entre “*subordinación*” y “*trabajo independiente*” es cada vez menos perceptible⁶⁷.

56) Supiot, Alain, “*Pourquoi un Droit du Travail?*”, in *Droit Social*, N° 6, junio 1990, p. 489.

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

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

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

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



31. La técnica del “*haz de indicios*”, que fue concebido para *extender* el campo de aplicación del Derecho del Trabajo a actividades que, por su naturaleza, realizan su trabajo con ciertos márgenes de autonomía (comisionistas, agentes de comercio, profesionales liberales, artistas, periodistas, deportistas, etc.), hoy “*puede servir para mantener dentro de las fronteras de la condición de asalariado a trabajadores por cuenta ajena atrapados por el «posfordismo» y la autonomización de su puesto de trabajo*”⁶⁸.
32. Como respuesta frente a la crisis del concepto de “subordinación” hoy es apreciable un movimiento de adaptación que exige ampliar la mira, para captar a modalidades de trabajo que, según las ideas clásicas, calificarían como de *autonomía*, evitando que queden excluidas del campo de protección del Derecho del Trabajo⁶⁹. La sumisión a órdenes ha dejado de ser tomada como el elemento característico del asalariado y se admite que la necesidad de protección debe reconocerse también a quien, sin recibir tales órdenes, se encuentra en situación de *dependencia económica* o de *hiposuficiencia*⁷⁰ respecto de un empresario. Estas tendencias habilitan afirmaciones tales como que “*el Derecho del Trabajo ha dejado de ser el derecho de los obreros o de los empleados para convertirse en el derecho común de toda relación laboral*”⁷¹.
33. Sin embargo, esta corriente se encuentra con objeciones provenientes de dos vertientes, de signo contrario entre sí.

Por una parte, hay quienes la denuncian como un retroceso, por considerarla la *puerta de entrada* para una disminución general de los niveles de protección de las normas laborales.

En el otro extremo, están aquellos que, concibiendo al Derecho del trabajo como un factor contraproducente para el desarrollo económico, defienden la conveniencia de contar con una normativa *funcional* o *dúctil* ante las necesidades de la *nueva empresa* y,

⁶¹) Informe Supiot, cit., p. 50.

⁶²) Bronstein, A., “*Ámbito de la relación del trabajo: el debate en la OIT*”, in La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 16.

⁶³) Deveali, Mario L., El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, T. I, Astrea, Bs. As., 1983, p. 179, apud Goldin, A., La tendencia..., cit., p. 34.

⁶⁴) Informe Supiot, p. 50.





por lo tanto, consideran beneficioso que se permita *escapar a los que deseen fugarse*⁷². Es del caso señalar que fue con inspiración en ideas de tal índole, que en los años '90 del siglo pasado, varias legislaciones incorporaron normas que toleraban o, incluso, estimulaban el recurso a modalidades de trabajo *autónomo* o *seudo autónomo*. En estos casos, la *reconstrucción* del ámbito subjetivo *tradicional* del Derecho del trabajo se consigue mediante la derogación de las mismas⁷³.

34. La Recomendación 198 de la OIT, así como los informes que la precedieron, contienen un excelente compendio de los debates y dificultades que suscita el concepto de *relación de trabajo*. Esta Recomendación (adoptada el 15 de junio de 2006, en la 95ª Sesión de la Conferencia General del Trabajo) si bien es un instrumento que por su propia índole no se impone con carácter imperativo, posee un contenido particularmente relevante, pues concentra una serie de conceptos básicos en la materia que constituye su objeto, de tal suerte que ofrece una cabal síntesis de lo que es el "*estado del arte*" a nivel mundial acerca de la noción de *relación de trabajo*⁷⁴.

10) EPÍLOGO

35. Dos siglos atrás comenzaban a surgir las primeras normas dirigidas a contemplar la situación de sujetos que habían resultado *victimizados* por efecto del desarrollo industrial. Quienes hasta entonces habían sido ignorados en su particularidad por la cultura jurídica

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

66) En Uruguay, el art. 178 de la ley 16.713 (3 de setiembre de 1995) fue un claro ejemplo de lo señalado. Sobre la base de criterios puramente formalistas la norma promovía, al decir de Plá, "*a apartarse de la verdad para achicar la órbita del derecho del trabajo*" (Plá Rodríguez, A., "*La actual coyuntura del Derecho del Trabajo*", in Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Mdeo., 1998, p. 386). La norma fue derogada por la ley 18.783 (19 de julio de 2011). V. también: Barretto, H., "*Realidad y verosimilitud en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social*", in rev. Derecho Laboral, núm. 190, 1998, p. 282 y ss.; Garmendia, M., Eficacia práctica de las normas laborales, FCU, Mdeo., 2005, p. 99 y ss.; Grzetich, Antonio y Fernández, Hugo, "*La subcontratación laboral y las figuras afines*", in Temas Prácticos de Derecho Laboral, FCU, Mdeo., 1999, p. 120; Fernández, Hugo, Nicolliello, Ariel y Rodríguez Azcúe, Álvaro, "*Empresas unipersonales y regulación del trabajo autónomo: posibles alternativas teóricas*", in rev. Derecho Laboral, núm. 220, octubre-diciembre 2005, p. 723 y ss.; Nicolliello, A., "*La derogación del artículo 178 de la ley Nº 16.713 (empresas unipersonales)*", in rev. Derecho Laboral, núm. 244, octubre-diciembre 2011, p. 741 y ss.; VV.AA., 21ª Jornadas Uruguayas de DTSS, Maldonado, 27-28 nov. 2010, etc.

67) V.: Ermida Uriarte, O., "*La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo*", in rev. Derecho Laboral, T. XLIV, p. 673 y ss.; Barretto Ghione, H., "*La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica*", in rev. Derecho Laboral, T. L, p. 81 y ss.; Corradetti, Susana, "*La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?*", in Revista Derecho del Trabajo, núm. 8, ene.-dic. 2009, Barquisimeto, p. 75 y ss.



dominante, comenzaban a recibir la atención de una rudimentaria legislación, todavía muy resistida, pero que muy paulatinamente se abriría camino en un *tiempo social* en que, a lo sumo, sólo sería aceptada como un *mal necesario*.

Eran, en todo caso, *normas de excepción*, enfocadas específicamente hacia *determinados sujetos*, a quienes se apartaba de las reglas del *Derecho común* para comenzar a hacerlos destinatarios de un tratamiento especial.

Comenzando por los niños y las mujeres, para pasar luego a los operarios de las manufacturas de algodón, lana o seda, a los obreros de las minas de carbón o de las acerías; el proceso de aquella nueva legislación se inició enfocándose en sujetos concretos, incluidos en universos que sucesivamente fueron comprendiendo, primero, a determinados sectores o actividades, luego, con más generalidad, a la industria y, más adelante, al comercio y a los servicios.

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

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

37. Si bien dejaba abiertas (o entreabiertas) algunas hendiduras de desprotección o infra-protección, el Derecho del trabajo dejó de ser una normativa de excepción, para extenderse, con carácter general, sobre toda la actividad *subordinada* realizada en el, por entonces, aún preciso entorno de la empresa ajena. El adjetivo que calificaba al objeto, se había demostrado, además, lo suficientemente dúctil como para absorber situaciones que,



como el trabajo a domicilio, podían presentar características que no encajaban exactamente en el tipo más común.

38. No estaba por entonces en tela de juicio que la subordinación era el mojón que demarcaba los confines de la disciplina. No se podía vislumbrar, hace cuatro o cinco décadas, qué interés podría tener *“el trabajo libre del mundo capitalista en que se le incluya dentro de la categoría del trabajo subordinado”*, ni resultaba aceptable que el Derecho del trabajo, concebido como *el derecho de la clase trabajadora*, pudiera extenderse *“a quienes manifiestamente no forman parte de ella”*⁷⁵. No había espacio para imaginar *“cómo podría extenderse el derecho colectivo del trabajo a los trabajadores libres”* o de qué manera aquellos *“que ejercen libremente su profesión dentro de un sistema de clientela, pudieran sindicarse y exigir (...) la firma de un contrato colectivo”* o de qué forma se les podrían aplicar *“las instituciones del derecho individual del trabajo”* como la *fijación de salarios mínimos* o la *prohibición, menos aún la vigilancia sobre un pintor para impedirle que permanezca diez horas o más en su estudio*⁷⁶.

39. Sin embargo, la realidad ha ido superando todas las categorías, todas las nociones y definiciones formales, y se ha encargado de demostrar que sí era posible que los trabajadores *autónomos* pudieran tener interés en aproximarse al cobijo de las normas laborales, que también era posible que negociaran y celebraran acuerdos colectivos⁷⁷ y que se beneficiaran con el establecimiento de condiciones mínimas de remuneración, descansos, vacaciones y otras cuestiones similares⁷⁸.

Imposible, inaceptable e inimaginable hace cuatro o cinco décadas; posible, aceptado y comprensible por estos días.

40. ¿Significa esto que se ha producido una expansión del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo? ¿Es que efectivamente las normas laborales han sorteado la valla de la subordinación para lanzarse a la captura de los autónomos? ¿O se trata en realidad del

68) De la Cueva, M., El Nuevo..., cit., p. 92.

69) De la Cueva, M., loc. cit.

70) Informe Supiot, cit., 158 y ss.

71) Sala Franco, T., op. cit., p. 241 y ss.



primer paso del sutil triunfo de las corrientes que pugnaron por reducir la protección consagrada por las normas laborales?

41. Para quien de antemano diera por cierto que los *autónomos económicamente dependientes* estaban predestinados a quedar exiliados del amparo de las normas del Derecho del trabajo, el hecho de recibir alguna tutela (aunque más no sea, *alguna*), tiene, claramente, un sentido expansivo.

En cambio, para quien visualizara a la *dependencia económica* como el factor verdaderamente distintivo del fuero laboral, todavía estaba por verse si realmente esos sujetos estaban o no *del otro lado de la línea*.

42. La paradoja de que *“lo tradicional sirve al progreso”*⁷⁹, también puede ser una forma de tomar posición frente a esta novedosa tendencia, que desde esta perspectiva podría no presentarse como una *evolución*, sino como un retroceso, como un éxito épico de las corrientes que postularon la reducción del *garantismo social* a una *porción congrua*⁸⁰.

Desde este ángulo, podría ser, en el mejor de los casos, la consolidación de una transacción histórica con dichas corrientes y, en el peor, como el inicio de un avance de estas últimas sobre el terreno antes ocupado por las normas inspiradas en el sentido protector *clásico*.

El dilema es de difícil e incierto pronóstico y, por esa razón, quizás sea prudente atender el consejo de Tomás Sala Franco, cuando sugestivamente sugiere *“esperar y ver” con mirada crítica cómo se desarrollan los acontecimientos*”.

BIBLIOGRAFÍA

Bronstein, A. (2010) Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales, Plaza y Valdes Editores, OIT, p. 14 y ss.

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

⁷²⁾ Le Goff, Jacques, “*Quand le traditionalisme sert le progrès*”, in 13 paradoxes en droit du travail (sous la direction de Philippe Waquet), Éditions Lamy, Paris, 2012, p. 23 y ss.

⁷³⁾ Lyon-Caen, Gérard, “*La bataille truquée de la flexibilité*”, Droit Social, N° 12, diciembre 1985, p. 810.

⁷⁴⁾ Sala Franco, T., op. cit., p. 248.



Goldin, Adrián O. (2002) La tendencia de transformación del Derecho del Trabajo, Monografías Jurídicas, LexisNexis, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 31.

Radbruch, Gustav. (1930) Introducción a la Ciencia del Derecho, Bib. de la Rev. de Der Privado, Volumen 11: Serie C, p. 113.

Plá Rodríguez, Américo (1979) Curso de Derecho Laboral, T. I, vol. 1, Ed. Acali, Mdeo, p. 104.

Plá Rodríguez, A. (1998) Los principios del Derecho del Trabajo, 3ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., p. 339 y ss.

Raso Delgue, Juan. (2009) La contratación atípica del trabajo, 2ª edición, AMF, Mdeo. p. 26 y ss.

Rivas, Daniel, La subordinación. (1996) Criterio distintivo del contrato de trabajo, FCU, Mdeo., p. 28.