

Los Límites a la Protección del Trabajo El Concepto de Subordinación frente a las Nuevas Realidades

Hugo Fernández Brignoni

Florida 1408. Esc.504 CP11.110

Montevideo. Uruguay.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Integrante del Grupo de Investigación que dirige el Profesor Américo Plá Rodríguez (CIELSS, "Grupo de los Miércoles"). Consultor Externo de la OIT.

Resumen

Se explica por qué se ha producido una ruptura del equilibrio de poderes en la relación de trabajo y de sus niveles de protección por redes supranacionales de producción y tercerización empresarial que dificultan la acción sindical.

Existen numerosas formas de contratación atípica y componentes liberales que forman parte de un contexto que ha causado estragos en el empleo.

La protección laboral enfrenta, adicionalmente, dificultades producto del encubrimiento o simulación de la relación, o por la modalidad del contrato que aun siendo laboral no protege como debería; y hasta en la identificación del empleador; quién es o dónde está.

Para restablecer el equilibrio de poderes; se requiere desarrollar una estructura eficiente de protección social, quedando claro que la subordinación no ha perdido vigencia (por su versatilidad y multiformidad) y tampoco valor jurídico.

Parece claro también que el sistema dual de trabajadores dependientes e independientes, es insuficiente.

Sin considerar la forma jurídica aplicable, la vinculación contractual requiere de una protección básica, "decente".

Palabras clave: Contratos atípicos, subordinación, "trabajo decente".

Limits in Labor Protection:

The Concept of Subjection to New Realities

Abstract

This paper explain why there has been a breakdown in the balance of power in labor relations and in labor protection: supranational production networks and third party management that make labor union action more difficult. Also there are numerous forms of atypical contracts and liberal components that form part of a context that has caused difficulties in employment. Labor protection is faced with difficulties produced by labor relation cover-ups and simulations, or with types of contracts that even when they are related to labor relations, do not fully protect the worker as they should; and are even unclear as to the identity of the employer, who he is and where he is located.

To re-establish a balance of powers, a more efficient social protection structure needs to be developed, with the understanding that subordinate relations have not lost their validity (due to income and multi-formalities), nor their judicial value. It seems clear that the dual system of workers who are dependent and at the same time independent is not adequate. Without going into applicable judicial formats, the contractual relation requires "decent" basic protection.

Key words: Atypical contracts, subordination, "decent work".

Recibido: 07-12-00.Aceptado: 26-02-01

I. Planteo del Tema

Referirse a la protección del trabajo, requiere realizar dos precisiones, a modo de preconceptos. La primera dice relación con la acepción de "trabajo" que identificamos en esta presentación y que alude al trabajo de la persona física, al quehacer humano. La segunda es que la protección del "trabajo" es posible solo a través del derecho laboral. Si bien es cierto en otras disciplinas jurídicas se ha considerado al trabajo como objeto de regulación, su tratamiento no ha sido comprensivo de sus distintos aspectos. En general, las normas del derecho común que transversalmente se ha referido al trabajo, lo han hecho considerando el resultado de la actividad más que la actividad misma (Barbagelata, 1978). El derecho laboral realiza un abordaje directo y completo del trabajo en si mismo, que lo califica como un instrumento hábil y eficaz de protección.

Históricamente, el concepto de subordinación ha jugado a lo largo del desarrollo del derecho laboral un papel muy importante en la protección del trabajo humano. En torno

del mismo se ha estructurado el sistema de protección clásico del derecho del trabajo; subordinación y protección han sido desde los orígenes y hasta el estado actual de su desarrollo, dos conceptos esencialmente emparentados en la arquitectura del sistema jurídico laboral.

En los últimos años, algunos de los cambios operados en la forma de trabajar del hombre han favorecido el aumento de algunos tipos de relaciones de trabajo, no se sustentados, por lo menos formalmente, en el concepto de subordinación. El vínculo se establece en estos casos, a través de otros conceptos, razón por la cual la protección laboral no llega.

El debate sobre la vigencia práctica del concepto de subordinación está indudablemente presente, pero también es necesario manifestar la tendencia a la utilización abusiva de formas jurídicas de trabajo no subordinado, generando situaciones verdaderamente fraudulentas que, por esos tantos contrasentidos de la vida, muchas veces suman como argumento en contra de la vigencia del concepto de subordinación.

El planteo del tema nos lleva a delimitar el desarrollo de nuestro trabajo. Para ello realizaremos la opción de marcar dos áreas temáticas: una referida a los niveles y al alcance de la protección del trabajo humano, y otra que contendrá los conceptos jurídicos útiles a través de los cuales se pueda lograr marcar el ámbito personal de protección laboral.

II. La Protección del Trabajo Humano

1) El estado actual de la cuestión. Síntesis del Contexto

Las políticas de ajuste y estabilización llevadas a cabo durante las últimas dos décadas, estimularon y concretaron una serie de reformas económicas con el objetivo de mejorar la capacidad de competencia en los mercados internacionales y mantener los equilibrios macroeconómicos.

Estas reformas conjuntamente con los cambios operados en la economía mundial, constituyen el nuevo escenario de las relaciones de trabajo.

Esencialmente, el cambio fundamental operado está ubicado en torno de los equilibrios de poder en el marco de las relaciones de trabajo. Se produjo como consecuencia de las causas que se detallan a continuación una suerte de "desajuste" que produce la ruptura del equilibrio de poderes característico de la relación de trabajo.

Han contribuido a ello algunas razones de coyuntura.

a) *La globalización económica* que se ha constituido en una interrelación profunda, organizada y a escala internacional de la producción de bienes y servicios, ha provocado que las empresas busquen recuperar la rentabilidad perdida o intenten prevenir su pérdida, por medio de la reducción de costos, utilizando formas segmentadas o descentralizadas de trabajo, localizándolas en economías nacionales distintas, de costo laboral más barato, conformando redes supranacionales de producción.

Este fenómeno de la globalización involucra a su vez, otros aspectos que van más allá de la idea de intercambio comercial o de la movilidad de los capitales. En el concepto de globalización hay mucho más que la apertura de fronteras al comercio internacional. Se encuentra presente la idea de "masificación" que contradice la heterogénea composición política y cultural de los países y las regiones del mundo, y que deriva en la reducción de la regulación del trabajo humano a través del mecanismo de "igualación a la baja" de las condiciones de protección vigentes en cada lugar.

b) Otro factor que ha incidido en la generación del desequilibrio es el desarrollo de *la tercerización o descentralización empresarial* (Brignoni y Gauthier, 1997 y Plá Rodríguez, 2000). Por esta razón también se ha producido un deterioro de los niveles de protección tanto en el plano individual como en el plano colectivo de las relaciones de trabajo. En el plano individual, se constata un deterioro del nivel de retribución, en tanto que los trabajadores de la empresa que realiza la tarea tercerizada percibe un salario más bajo que el trabajador de la empresa que ha tercerizado. También en este plano, la tercerización crea una cierta inseguridad o inestabilidad laboral, generando una gran cantidad de empleo precario e informal, que en realidad no constituyen nuevos puestos de trabajo sino la sustitución de un tipo de trabajadores por otro.

En el plano colectivo, la tercerización provoca el desvanecimiento de la identidad y solidaridad de los trabajadores, la acción sindical se dificulta, y como contrapartida se favorecen las acciones antisindicales de algunos empresarios. Los sindicatos tienen dificultades para representar los intereses de los trabajadores que se desempeñan en un régimen de tercerización, en muchos casos se pierde la capacidad sindical de implementar medidas reivindicativas de confrontación y por añadidura la posibilidad de llevar adelantes procesos de negociación colectiva que desemboquen en verdaderos instrumentos de protección laboral.

c) *El nuevo rumbo en la forma de contratación del trabajo humano* también es un factor que contribuye a una descripción de la situación actual. En este punto son varios las

causas que han determinado este cambio. Sintéticamente podrían referir a seis razones: c1) *El cambio en régimen de competencia empresarial*, al que ya aludiéramos al referir a la globalización y que provoca en cuanto a la forma de contratación, la conformación de dotaciones de personal más flexibles, en las que sea posible realizar modificaciones sin costos y de acuerdo a los requerimientos de la empresa.

La contratación típica, es decir aquella que vincula a un trabajador con un empleador por un tiempo indeterminado para prestar la actividad en el centro de trabajo de éste y a tiempo completo (Córdova, 1986), tiende a ser sustituida por un sinnúmero de otras modalidades de contratación que carecen de estos elementos característicos. Aun dentro de vínculos de trabajo subordinado, se constata el aumento del número de contratos especiales o atípicos. c2) *La implementación de nuevas tecnologías* que orientan a la empresa hacia la especialización; c3) *la manifiesta importancia adquirida por la empresa como instrumento de reactivación económica*; c4) *La creciente importancia del sector de servicios en la economía contemporánea*. En relación con estas dos últimas causas, proliferan empresas que orientan su actividad a la prestación de servicios a otras empresas y no al consumidor final; c5) *La influencia de la políticas económicas*, que fomentan en todos los ámbitos empresariales la reducción de los costos laborales y la desregulación de la legislación laboral c6) *Los cambios sociológicos y culturales*, que llevan a que determinados sectores de la población económicamente activa pasen a integrar la oferta de trabajo o a que aún formando ya parte de ella, prefieran formas de trabajo más independientes.

d) *La política de privatizaciones y liberalización económica* también constituye una causa del cambio en el contexto. En este proceso, surgido en nuestra región a comienzo de los años 90, se perciben distintos aspectos del mismo fenómeno. Todos de una forma u otra, actúan como causa directa o indirecta del cambio operado en las relaciones de trabajo. El cambio de propiedad de las empresas, de públicas a privadas, de nacionales a extranjeras, y sobre todo la reducción de la participación del Estado en asuntos tales como la determinación del salario y el nivel de empleo constituyen elementos que componen este tipo de proceso.

e) *El incremento de la tasa de desempleo* como causa derivada de las anteriores, este factor actúa como un valor adicional, que incide directamente sobre la libertad de elección del trabajador y su capacidad de determinar las condiciones de empleo en las que está dispuesto a trabajar. Conjuntamente con la desocupación podríamos colocar como causa eficiente de estos cambios la pérdida de calidad de los puestos de trabajo existentes y la creación de otros nuevos de mala calidad.

2) Los Niveles de Protección del Trabajo

Las causas expuestas han incidido en los niveles de protección de algunas legislaciones, en tanto que muchos países han puesto en vigencia normas laborales que bajo el título de "reforma laboral" y de otras expresiones similares, han reducido los niveles de protección logrados hasta ese momento.

En muchos casos, los cambios sustanciales en los niveles de protección, han sido realizada a través de normas de origen estatal. En la mayoría de los sistemas legales donde se ha promulgado una "reforma laboral", el proceso ha tenido un fuerte desigmo desregulador.

Estas reformas legislativas han tomado una doble dirección. Por una parte, modifican las condiciones de los contratos, la duración y distribución de las horas de trabajo haciéndolas más flexibles, el despido se facilita, eliminando el derecho al cobro de indemnización, o reduciendo el monto de la misma. Por otra parte, con un espíritu evidentemente compensatorio, la legislación reformista reafirma los principios de libertad sindical y la garantías de los trabajadores para que puedan negociar libremente. Se alude a la democratización de las relaciones laborales, como un valor teórico incuestionable, que lo es, aunque la realidad presenta la paradoja que en la práctica, la situación actual muestra un progresivo debilitamiento de los sindicatos (OIT, 1999).

También en aquellos otros países donde no se han planteado la propuesta de poner en vigencia una norma única con contenido reformista los niveles de protección igualmente se han visto afectados al postularse la disminución o eliminación de la protección laboral para aumentar el empleo, la inversión y la competitividad internacional de las empresas (Ermida, 1992).

En estos casos, el nivel de protección se ha visto afectado por una serie de factores que actúan de manera combinada: a) algunas normas de derecho positivo cuyo contenido es efectivamente contrario a la esencia misma del derecho del trabajo; b) la predominancia de la autonomía individual de la voluntad en la determinación de las condiciones de ejecución de la prestación contratada; c) las decisiones judiciales en donde se ha instaurado una tendencia que ha producido una alteración en los conceptos de protección tradicionales, sobre todo en materia de jornada de trabajo, calificación jurídica del contrato y valoración de la prueba; d) las actuaciones correspondientes a los órganos del Estado con competencia en materia de inspección y control de las condiciones de trabajo, en donde se ha desarrollado una acción poco eficaz, tanto sea por la falta de presupuesto, como por la implementación de medidas de organización en el funcionamiento de los

mecanismos de control, que han facilitado los incumplimientos de las normas laborales y de la seguridad social.

En cualquiera de los dos casos, y con o sin reforma legislativa sistemática, los niveles de protección también se han visto alterados por la vía de la negociación colectiva. Si bien es cierto que la negociación colectiva es un instrumento normativo más flexible que la norma estatal, lo que para algunos habilita la modificación peyorativa, con el límite del llamado orden público social, se percibe en los actuales contenidos de la negociación colectiva, una aumento desmesurado de la negociación de concesiones o "a la baja" (Barbagelata, Rosembaun y Garmendia, 1998), llegando no solo a disminuir las condiciones de trabajo preexistentes, sino también alterando los contenidos normativos mínimos indisponibles legalmente establecidos.

Esta situación no se enfrenta ni siquiera al control del poder sindical, el que no ha sido suficientemente poderoso para impedir el avance de la desregulación y el incumplimiento de la ley por medio de procesos de negociación colectivas jaqueados por una adecuada correlación de poderes entre los sujetos negociadores.

3) El Alcance de la Protección del Trabajo

Si bien es cierto que no todo trabajo constituye el objeto del derecho laboral (Plá Rodríguez, 1979), el derecho del trabajo ha manifestado siempre su vocación a expandir su alcance en tres planos distintos: en cuanto a la materia que abarca, en cuanto a las actividades profesionales alcanzadas y en cuanto a las personas a quienes se aplican las normas dictadas.

En la evolución del derecho del trabajo la tendencia expansiva del derecho laboral es fácilmente perceptible. La protección del derecho del trabajo ha alcanzado a la mayor parte de la población económicamente activa. En este sentido, el derecho laboral a través de su legislación, proyectó su alcance protector a pesar de posiciones contrarias y opiniones discrepantes, al trabajo a domicilio, al servicio doméstico, a los trabajadores rurales, a los deportistas y artistas, a los tripulantes de los buques afectados a cualquier tipo de explotación comercial y/o industrial.

También la jurisprudencia y la doctrina han afianzado esta vocación expansiva de la disciplina, con dictámenes y opiniones que reconocen la calidad de trabajador dependiente en personas que detentaban altos cargos jerárquicos dentro de la empresa para la cual trabajan, o incluso la doble condición de socio comercial de la empresa y trabajador de la misma.

Del mismo modo, la aplicación de los principios del derecho del trabajo como herramientas de dilucidación de cuestiones sustantivas han permitido dibujar el contorno del ámbito personal de la relación laboral. Desde este punto de vista, el alcance protector del derecho laboral, está relacionado con la circunstancia que se reúnan una serie de condiciones objetivas, prescindiendo de la calificación que uno o ambos de los sujetos de la relación le den a la misma.

Recientes estudios de OIT, han establecido que existe problemas importantes y crecientes en cuanto al alcance de la protección, aunque también ha sido confirmado, que a pesar de los cambios ocurridos, la relación o contrato de trabajo sigue siendo la forma predominante de vínculo personal para la prestación de servicios¹.

Según estos estudios, las dificultades en cuanto al alcance protector de la disciplina, parecen verificarse en función de dos fenómenos: a) *el encubrimiento de la relación de trabajo*; b) *la proliferación de situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores*.

Estos dos fenómenos, muy relacionados entre sí, producen en la práctica, lo que se ha dado en llamar una especie de “desenfoque” entre la norma y el sujeto al cual debe proteger, como si dicho sujeto fuera desplazado del ámbito de aplicación de la norma.

Ninguna de las situaciones que genera estos fenómenos son nuevas para el derecho laboral, todo lo contrario, pero es notorio que en la última década, han aumentado las formas de empleo dependiente encubiertos y las situaciones donde objetivamente resulta más difícil determinar el tipo jurídico de la relación.

a) *El encubrimiento*

El encubrimiento de la relación de trabajo se refiere a la creación de una apariencia distinta a la situación real, que puede estar referida a cualquiera de sus elementos constitutivos; a sólo algunos de ellos o a todos ellos.

El encubrimiento puede referirse *a la naturaleza jurídica del vínculo* (el más radical) por el cual se intenta hacer aparecer una relación laboral con una naturaleza jurídica diferente, (civil, comercial, cooperativa, familiar, o cualquier otra)².

También puede estar relacionado *con la modalidad del contrato*. En éste caso, la naturaleza del vínculo es laboral, pero la modalidad que se utiliza está encubriendo una relación de trabajo que es alcanzada con una mayor protección que la corresponde a la

modalidad que se declara. Por ejemplo, un contrato de duración indefinido y estable puede ser presentado con un vínculo de corta duración.

Por último, el encubrimiento puede existir también *respecto a la identificación del empleador*. En este caso, con la utilización de un sustituto se busca ocultar la figura del verdadero empleador y sobre todo evitar que recaiga sobre él las responsabilidades correspondientes.

b) *La ambigüedad de la situación jurídica*

La ambigüedad objetiva de determinadas situaciones jurídicas es el otro factor de distorsión del alcance o eficacia de la protección. Esta situación puede derivar de: a) *la forma específica y compleja en que se entablan las relaciones entre un trabajador y el sujeto que recibe el beneficio de la prestación laboral*, b) *por la evolución de las relaciones ocurrida a través del tiempo*.

Como ya dijéramos en otra parte de este mismo trabajo, la fuerte influencia de los cambios tecnológicos y de organización del trabajo, así como el desarrollo de ideas y comportamientos sociales específicos, puede ser visto como el fundamento real de estas nuevas situaciones impensables en otros tiempos y que son difíciles de encuadrar entre los elementos tradicionales de la relación de trabajo.

Aquí las dificultades estriban esencialmente en tres aspectos: a) *la determinación del trabajador dependiente*, b) *la determinación de la figura del empleador*, c) *el aumento de las formas de trabajo precario*.

En la determinación del trabajador dependiente juegan un papel importante las condiciones de modo, tiempo y lugar de la prestación de servicios. También puede asignársele alguna relevancia a la percepción que el trabajador tenga de si mismo y de la relación que mantiene. La persona puede creer que es independiente, porque así lo ha firmando en un contrato, aunque no sea verdad, o simplemente porque no sabe por carencia de información y/o asesoramiento cual es su condición.

Cualquiera que sea las circunstancias parece razonable sostener que jurídicamente la figura del trabajo autónomo no puede alcanzar un gran desarrollo y que como veremos mas adelante la subordinación no ha perdido ninguno de sus valores esenciales como criterio jurídico (Rivas, 2000).

Al igual que lo que sucedía en los supuestos de encubrimiento, se reitera las dificultades

de protección derivadas de la determinación del figura del empleador. Pero aquí el supuesto no es el del ocultamiento del empleador, sino más bien su desdoblamiento en varios sujetos posibles³.

En estos casos un mismo trabajador se ve vinculado, por efecto de su actividad o tarea, a más de un sujeto que se beneficia del resultado de su trabajo. Existen en relación, tres personas: el trabajador y otras dos personas que obtienen conjuntamente una ventaja o beneficio del trabajo de aquel. La triangularidad divide y hace compartir el rol del empleador. Tradicionalmente lo que sucede es la separación de la administración de la relación laboral del uso de los servicios del trabajador.

La imputación de las responsabilidades es el aspecto jurídico más importante de este tipo de situaciones y justamente el alcance de la protección laboral dependerá del criterio que se utilice para determinar las responsabilidades⁴.

Las situaciones de precariedad son factores que desdibujan el alcance de la protección laboral. Según información estadística en el año 1999 se registro en Uruguay un fuerte incremento de los trabajadores definidos precarios. Se calculo que en Uruguay sobre una PEA urbano estimado en 1.1 millones de personas, los trabajadores precarios pasaron de 187.600 a 226.000 (Diario "El País", 2000). La Central Sindical de Trabajadores (PIT-CNT) indica que al finalizar el año 1999, los empleos precarios ascendían en el país a 350.000.

Las formas en que se manifiesta el trabajo precario son muy variadas. Los propios contratos atípicos del derecho laboral (trabajo a tiempo parcial, contrato para obra determinada, contrato de zafra, temporada o estacional, prueba, contrato de trabajo eventual, contrato de trabajo intermitente o a convocatoria, contrato a prueba. Todos estos contratos han proliferado en la escena laboral y con ello el índice de precariedad de las condiciones de trabajo. Existen otros contratos especiales que también son precario que fueron creados legislativamente (Ley No. 16.873) atendiendo a una finalidad formativa o educacional, tales como: contrato de práctica laboral para egresados, becas de trabajo, contrato de aprendizaje, contrato de aprendizaje simple.

Pero también la precariedad se manifiesta en el propio contrato típico de trabajo, donde se perciben "notas de precariedad" que en nuestro país se vinculan con la forma en que se fijan los salarios, algunas reglamentaciones y dictámenes jurisprudenciales sobre tiempo extraordinario de trabajo y la carencia de un ámbito adecuado de negociación de las condiciones de trabajo en general.

En otro grupo de situaciones precarias están las relaciones de trabajo no laborales en las

que el instrumento jurídico a través del cual se establece el vínculo no es el contrato de trabajo y los trabajadores del sector informal de la economía, dentro del cual se puede establecer situaciones similares a las descritas pensando en el sector formal de la misma, con la particularidad que en este caso, la precariedad refiere a todo un sector de actividad económica y no a un tipo de contrato o relación de trabajo en particular (Raso Delgue y Brignoni, 2000).

III. Los Criterios Jurídicos útiles para la Protección del Trabajo. El reajuste de los límites de la Protección Laboral

Las dificultades descritas en los capítulos anteriores, no constituyen elementos suficientes para descartar desde ya la posibilidad que el derecho del trabajo y la seguridad social, encuentren dentro de las posibilidades de sus medios, algunos caminos útiles para desarrollar una estructura eficiente de protección social.

También es cierto y debe asumirse, que cualquier indicación sobre criterios a seguir no es neutral. En nuestra opinión, en el contenido de las distintas opiniones deben existir inexorablemente, algunos conceptos (criterios) que no pueden ser excluidos. La subordinación jurídica es uno de ellos.

A pesar de la “desvalorización” que ha sufrido este concepto frente a las nuevas formas de trabajo, el mismo no ha perdido su vigencia. Si bien es cierto en muchos casos la dependencia jurídica se desdibuja en función de los cambios de estructura del empleo, esta dificultad no descarta su valor. Precisamente su vigor está basado en su versatilidad y multiformidad.

Versátil por que el criterio de la subordinación se adapta a distintas circunstancias concretas, en tanto es una idea abstracta que no refiere a una categoría laboral o algún tipo de trabajador en particular, pero que tampoco descarta o excluye a ninguna situación concreta, en la cual una persona física presta tareas para otra.

También es multiforme, porque desde los primeros esbozos de la doctrina laboralista, ya se clasificaba la subordinación en una tipología que hacía pensar en su utilidad, más allá de uno u otro de sus tipos. Los distintos tipos de subordinación alcanzan prácticamente a todas las situaciones en que una persona física trabaje para otra y dependa de esta de una u otra forma.

Pero el concepto de subordinación no es por si un instrumento de defensa de los niveles

de protección. Es tal solo una categoría jurídica que deberá ser considerada por los medios y procesos dispuestos por el sistema para determinar y resolver la duda jurídica. Esta categoría jurídica será el receptáculo donde deberá ser subsumida la situación fáctica en cuestión y resolverla con arreglo a la búsqueda de la justicia que se presume, la regla de derecho siempre expresa.

La cuestión se plantea entre la expansión de la protección clásica a las nuevas formas de trabajo a través un concepto uniforme que abarque a todas las situaciones susceptibles de tutela (expansión con uniformidad) o la utilización de criterios y niveles diversos de protección, que se ajusten a cada tipo o modalidad de trabajo existente (expansión con diversidad).

En cualquiera de las dos opciones el criterio de la subordinación resulta operativo en la medida que se reconozca la existencia de distintos tipos. Tanto la *subordinación jurídica* como la *subordinación económica* resultan conceptos vigentes en la determinación de los niveles de protección del trabajo⁵.

Ahora bien esto no descarta que se recurra a nuevos conceptos que sin eliminar el concepto de subordinación, contribuyan a cumplir con la finalidad protectora.

El objetivo del derecho social no ha cambiado y el derecho laboral no ha perdido su razón de existir a pesar de las nuevas realidades.

Agregar nuevos conceptos a los ya existentes es una opción válida.

En este sentido, no deben descartarse criterios tales como el de "ocupación" (Veneziani, 1997).o de la "actividad o del empleo" (Lyon Caen, 1997) para alcanzar las "zonas grises" (Supiot, 1999) que existen entre el trabajo subordinado y el independiente. Tampoco las referencias doctrinarias relativas al criterio de la integración a la empresa de personas ajenas a la misma que revisten cuatro características concretas: a) trabajo efectuado personalmente, b) por cuenta de un empleador único, c) trabajo correspondiente a un empleo asalariado, d) trabajo realizado sin tomar el papel de empresario en el mercado.

Tampoco corresponde descartar la posibilidad de crear categorías híbridas a caballo de la categoría de subordinación/dependencia y autonomía/independencia. Esta opción es perceptible en algunas legislaciones comparadas con las categorías de los "parasubordinados" del derecho italiano, o "arbeitsnehmerähnliche personen" del derecho alemán, o los "gerentes de fondos de comercio" que el derecho francés trata como

asalariados en relación con sus proveedores y como independientes en sus relaciones con terceros (Supiot, 1999).

De cualquier manera ello no será suficiente si no se buscan mecanismos para eliminar los efectos de la no aplicación de los criterios tradicionales que eliminen la posibilidad del "trabajador por cuenta propio aparente", figura que ya era percibida por la OIT en el año 1990, y que es considerada con preocupación.

El fenómeno de la dependencia dentro de la independencia es real (OIT, 2000). El alcance de la protección laboral de estos casos reales (que no encubren una relación de dependencia jurídica real) es necesaria y se puede concretar a través de un concepto más amplio de las relaciones de trabajo. Parece claro que el sistema dual de trabajadores dependientes e independientes es insuficiente. La consideración de una concepto de mas amplio de relaciones de trabajo permitiría por vía de consecuencia desalentar la tercerización llevada a cabo para eludir las normas del derecho laboral (Brignoni, 2000).

El combate al encubrimiento es una tarea esencial para lograr un adecuado nivel de protección. En estos supuestos la norma que está destinada al trabajador no llega a ser aplicada porque el empleador considera que no es asalariado o no es su asalariado, o bien porque el trabajador que trata de hacer efectiva la norma, se encuentra con que la imagen del empleador se difumina entre varias figuras, algunas de ellas muy distantes.

Pero más allá de las situaciones de fraude, comienza a percibirse en el ambiente general la necesidad de dar a todos los trabajadores que prestan tareas para otro, sin consideración de la forma jurídica por la cual se vinculan una protección básica (no discriminación, salud, seguridad ocupacional, y libertad sindical)⁶.

También resulta fecundo aceptar la propuesta del Director General de OIT cuando expresa en su Memoria de 1999, la necesidad de promover la de un "trabajo decente". Este concepto nos parece que expresa también la opinión general de que la protección laboral debe orientarse a que todos los trabajadores posean un trabajo digno que en la descripción del Director General contempla tres características: a) el trabajo debe ser suficiente, en el sentido que puedan acceder todos a un trabajo a través del cual se obtenga ingresos adecuados para el desarrollo de una vida digna; b) el trabajo debe ser productivo, tanto para el tomador del mismo como para la sociedad; c) el trabajo debe ser protegido a través de los derechos fundamentales y de una adecuada protección social.

En definitiva, de lo que se trata es de detectar al "sujeto tutelable", es decir la persona que vive de su trabajo, sin contar con recursos de capital significativos, que no tiene

suficiente capacidad de autotutela, ni por tanto de negociación. En la medida que esta tarea sea realizada con éxito, el equilibrio de poderes en el ámbito de las relaciones de trabajo será restablecido, desapareciendo o por lo menos reduciéndose a su mínima expresión los efectos de los cambios derivados de las nuevas realidades de trabajo.

1 OIT, "Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (La relación de trabajo: ámbito personal). Documento técnico de base" Ginebra, 2000, p. 23 y 24. En América Latina y el Caribe los trabajadores asalariados representan entre el 45 y el 74%. En la Unión Europea los asalariados representan entre el 71% para Italia y el 89% para Francia y Reino Unido. En Estados Unidos el 92% y en Japón el 80%.

2 En Uruguay un caso paradigmático es la utilización del contrato de arrendamientos de servicios con las llamadas "empresas unipersonales", previamente constituidas al amparo de la ley No. 16.713 de reforma de la seguridad social.

3 En oportunidad de estudiar el tema conjuntamente con Antonio Grzetich, en una entrevista a una juez letrado uruguayo, se nos manifestaba que lo que ha derivado en una mayor desprotección del trabajador es la aparición de figuras de "empleadores complejos". En "Estudio Nacional Uruguayo sobre Situaciones de Trabajo y Protección de los Trabajadores." Inédito, Montevideo, agosto 1999.p.32.

4 Dos recientes trabajos doctrinarios uruguayos establecen con claridad los criterios que se han expuesto en el debate de las posibles soluciones jurídicas. Véase: Antonio Grzetich Long "El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial y Leonardo Slinger y Fernando Pérez Tabó "Responsabilidad subsidiaria o solidaria" ambos en Cuarenta y dos Estudios sobre La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo" ob.cit. p. 97 y 397 respectivamente.

5 Sobre esto hay ejemplos prácticos en algunas legislaciones comparadas. Italia, Alemania, Francia, Países Bajos, Australia, Japón, entre otros.

6 Esta idea fue recogida por la Conferencia Internacional de Trabajo de la OIT de 1998, al adoptar la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Bibliografía

1. BARBAGELATA, Héctor Hugo, ROSEMBAUN Jorge y GARMENDIA, Mario. **"El contenido de los convenios colectivos"**. F.C.U, Montevideo, 1998.
2. BARBAGELATA, Héctor Hugo. **"Derecho del Trabajo"** Tomo I, F.C.U, Montevideo,

1978.

3. CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO DE LA OIT. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 1998.
4. CÓRDOVA, Efrén. **“Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas”** en Revista Derecho Laboral. T.XXIX Nro.142, Montevideo, 1986.
5. DIARIO EL PAÍS. Suplemento Economía y Mercado, Montevideo, publicación de 17 de abril de 2000.
6. ERMIDA URIARTE, Oscar. **“Algunas reacciones de la legislación laboral latinoamericana ante las políticas de ajuste económico”** en Revista Derecho Laboral. T.XXXV No.165, Montevideo, 1992.
7. FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. **“La tercerización y el Derecho del Trabajo”**, en Revista Derecho Laboral. T.XL. No. 186, Montevideo, 1997.
8. FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. **“Las actuales formas de descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales”**, en Cuarenta y dos Estudios sobre La descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. F.C.U., Montevideo, 2000.
9. GRZETICH, Antonio. **“Estudio Nacional Uruguayo sobre Situaciones de Trabajo y Protección de los Trabajadores”**. Inédito, Montevideo, agosto 1999.
10. GRZETICH, Antonio. **“El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”**, en Cuarenta y dos Estudios sobre La descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. F.C.U., Montevideo, 2000.
11. INFORME DEL INSTITUTO CUESTA DUARTE DEL PIT-CNT. 1 de mayo de 2000, publicado en www.chasque.apc.org/icudu.
12. LEY NO. 16.713 de Reforma de la Seguridad Social.
13. OIT, “Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (La relación de trabajo: ámbito personal). Documento técnico de base” Ginebra, 2000.

14. OIT, Memoria del Director General, Decimocuarta Reunión Regional de los Estados Miembros de la OIT en las Américas, Lima, Perú, agosto 1999 "Trabajo decente y protección para todos", OIT, Lima, 1999.
15. OIT. "Trabajo Decente" Memoria del Director General de OIT; Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a. Reunión, 1999.
16. OIT. Promoción del empleo por cuenta propia, Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 77^a. Reunión, 1990; Informe de la Comisión de empleo por cuenta propia, Actas Provisionales de la CIT, No.34, 77^a. Reunión.
17. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **"Curso de Derecho Laboral"**. T.I. Vol. 1, Ed. Acali, Montevideo, 1979.
18. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **"La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo en Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Productiva y el Derecho de Trabajo"**. F.C.U. Montevideo, 2000.
19. RACCIATTI, Octavio. **"Tercerización, exteriorización del empleo y descentralización productiva"**, en Revista Derecho Laboral. T.XL. No. 185, Montevideo, 1997.
20. RASO DELGUE, Juan y FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. **"Formas de protección de los trabajadores precarios"** en XI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de Ponencias, F.C.U, Montevideo, 2000.
21. REVISTA DERECHO LABORAL T. XL No.186, Montevideo, 1997. Racciatti, Octavio, **"Tercerización, exteriorización del empleo y descentralización productiva"** en Revista Derecho Laboral T.XL No.185, Montevideo 1997, y Plá Rodríguez, Américo "La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo en Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Productiva y el Derecho del Trabajo". F.C.U. Montevideo, 2000.
22. RIVAS, Daniel. **"El trabajo autónomo"** en Cuarenta y dos Estudios sobre La Descentralización Empresarial y El Derecho del Trabajo. F.C.U., Montevideo, 2000.
23. SLINGER, Leonardo y PÉREZ TABÓ, Fernando. **"Responsabilidad subsidiaria o solidaria"**, en Cuarenta y dos Estudios sobre La descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. F.C.U., Montevideo, 2000.

24. SUPIOT, Alain. **“Trabajo asalariado y trabajo independiente”**, en Informe para el XI Congreso Empleo de Derecho del Trabajo, Versoria, 1999.

25. VENEZIANI, Bruno. **“El Derecho del Trabajo en Italia. Entre tradición y renovación”**, en Evolución del Pensamiento Iuslaboralista. Estudios en Homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata, Montevideo, 1997.