

## CONFERENCIA MAGISTRAL

### REPENSAR LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y REAFIRMAR SUS PRINCIPIOS

**AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ**

El origen de este título fue una responsabilidad académica que asumí en el XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en Jerusalén hace justamente un año: en setiembre del 2000.

El sistema de múltiples mesas redondas me llevó a presidir una mesa en español cuya reseña debí hacer en cinco minutos en una de las sesiones plenarias. Una de las frases de síntesis fue la que después sirvió como título de esta conferencia. El entusiasmo de Mario Pasco lo llevó a proponer que esa frase sirviera también como lema de este Congreso.

La frase fue improvisada pero respondía a una profunda convicción.

Sobre el tema de las fronteras de nuestra disciplina yo le había dedicado mi colaboración al volumen de estudios en homenaje a Rafael Caldera publicado en 1977. Y sobre los principios notoriamente le he dedi-

cado un libro que ha circulado por todo el continente.

Pero corresponde ahora ubicar esa frase dentro del momento que atraviesa nuestra disciplina.

El Derecho del Trabajo viene siendo combatido con fervor, imaginación y tenacidad por quienes pretenden hacerlo desaparecer. Es como la revancha de la lucha ideológica que se libró al comienzo del siglo XX y que ahora, en los primeros años del siglo XXI quiere volverse a repetir con el ánimo de cambiar el resultado. De la lucha del comienzo del siglo anterior surgió el Derecho del Trabajo. Y de la lucha del inicio de este siglo se quiere destruirlo, hacerlo desaparecer o limitarlo sustancialmente.

Diversas circunstancias son invocadas por quienes conducen esa lucha: la globalización de la economía que ha puesto en el primer término de las preocupaciones la competitividad que se extiende en todo el mundo; la transformación tecno-

lógica asombrosa que ha cambiado sustantivamente la forma de producción e incluso de comercialización; el desempleo que se ha extendido en todos los países por una serie de razones de distinto origen; el auge de la ideología neo-liberal que, difundida en todo el orbe, surge en los diversos ambientes nacionales impulsada por organismos internacionales de crédito.

Ese combate contra el Derecho del Trabajo se plantea en dos planos: cuantitativo y cualitativo.

En el terreno cuantitativo han surgido dos fenómenos de enorme dimensión.

Uno que consiste en la difusión del trabajo informal que priva a grandes sectores de trabajadores de la protección del derecho laboral y de la seguridad social.

Los poderes públicos han procurado disminuir el mercado negro pero el sistema de financiación de la seguridad social conspira contra ese esfuerzo oficial. Lo cierto es que el avance del informalismo ha sido incontenible en el mundo entero. Puede decirse que los esfuerzos oficiales por contenerlo han fracasado pese a los diversos mecanismos que se han intentado.

El otro fenómeno es el proceso de descentralización de la actividad de las empresas que se suele aludir con el nombre de tercerización y por medio del cual los propios empleadores tratan de traspasar cargas y riesgos a los trabajadores.

Ese sistema que se ve facilitado por los adelantos tecnológicos, es-

pecialmente en materia informática, ha permitido dispersar el trabajo no sólo en diversos locales, sino también en distintos empleadores.

De esa manera, muchos empleados se convierten en empresas unipersonales o directamente en patronos más o menos ficticios y se ven excluidos de los beneficios laborales y de la protección social. En otros casos se convierten en trabajadores autónomos también excluidos de los beneficios que sólo amparan a los trabajadores dependientes.

Para peor, todo este segundo fenómeno no sólo es combatido por el Estado, sino que en muchos países es estimulado o fomentado por el propio gobierno.

Esta doble corriente disminuye sensiblemente el número de beneficios de la legislación, lo que se ve agravado por el debilitamiento del movimiento sindical, que es otro producto del desempleo. Las cifras estadísticas demuestran que en la medida en que crece la desocupación, aumenta también la tercerización porque ante la inminencia de perder su fuente de ingresos familiares, el trabajador se inclina a aceptar y tolerar cualquiera de estas transformaciones que, en otras circunstancias, hubiera resistido con éxito.

El otro factor se desarrolla en el plano cualitativo. No se trata simplemente de una merma de las personas beneficiarias, sino que se procura debilitar, anular, neutralizar el posible efecto del derecho laboral.

El ataque al derecho laboral busca discutir o controvertir los principios del derecho laboral: se cuestiona el principio protector o algunas reglas consecuencia del mismo, se discute el principio de irrenunciabilidad, se ignora el principio de continuidad, se controvierte la aplicación del principio de la primacía de la realidad o del principio de razonabilidad.

Con ese propósito se procura anular la aplicación de los principios, ignorados en la práctica, reducir su alcance y con ello frenar la eficacia de los mismos, que tienen una fundamental importancia y trascendencia en la vigencia efectiva de las normas laborales.

Por eso creemos que este ataque contra los principios no es casual o episódico: es una de las formas más sutiles y eficaces de destruir por dentro la importancia del derecho laboral.

Los dos temas aludidos en el título de la conferencia tienen una sustancial trascendencia y vinculación para decidir el futuro real del Derecho del Trabajo.

Entremos, pues, en la consideración de los dos grandes temas.

Empecemos por el tema de las fronteras.

Nos permitiremos aportar dos citas de dos destacados profesores franceses para mostrar la relevancia del mismo.

En un libro publicado en 1999 por la Fondazione Giulio Pastore en Milán con el título de "La transformación del trabajo" aparece una co-

laboración de Jean Claude Javillier titulada "El futuro de la subordinación en la evolución del Derecho del Trabajo". El capítulo II lleva este título, "El replanteo de la cuestión de las fronteras y la puesta en obra de un derecho de la actividad". Empieza con estas palabras: "*Nos limitaremos a indicar algunas pistas que parecen copiadas de aquellos que en adelante critican las categorías especialmente tecnológicas y culturales que sufren nuestras sociedades, entre las cuales especialmente la sociedad francesa*". (pág. 47)

En un trabajo también reciente de Alain Supiot llamado "Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa", en su cuarto capítulo se denomina "Ampliación de las fronteras del derecho laboral" (pág. 5). En él leemos los siguientes párrafos que no nos resistimos a transcribir textualmente:

*"El derecho laboral se basa en una concepción a la vez jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo. En él se define principalmente el contrato de trabajo por el vínculo de subordinación que establece entre el trabajador y quien se vale de sus servicios.*

Esa concepción corresponde a lo que en el vocabulario de las relaciones de trabajo recibe el nombre de modelo fordista, esto es, el de la gran empresa industrial que lleva a cabo una producción en masa, basada en una especialización rigurosa de las tareas y de las calificaciones y en una organización piramidal del trabajo (sometimiento jerárquico del

personal, separación de las tareas de concepción y las de producción). La piedra angular de ese modelo era, en Europa, el empleo típico de duración indefinida, que garantiza al trabajador una vida asegurada a cambio de su situación de dependencia. Es obvio y bien conocido que está perdiendo terreno rápidamente. Por la triple influencia de la elevación del nivel de calificación profesional (y de la autonomía profesional consiguiente, que aumenta al margen de la subordinación contractual), de la presión creciente de la competencia en unos mercados más abiertos y de la aceleración de los progresos técnicos (sobre todo en materia de información y de comunicación) han surgido otros modelos de organización del trabajo.

El problema estriba en que esos nuevos modelos son muy variados, en que sus características son, las más de las veces, diferentes según los países (aunque se deban a los mismos procesos globales de transformación) y en que no han acabado con las diversas relaciones de trabajo que aparecieron en toda Europa con arreglo al régimen fordista de empleo y de prestaciones. La situación económica y social actual no puede simplificarse diciendo que surge un modelo único de relaciones de trabajo, puesto que se caracteriza por una pluralidad de modos de producción. Así, por ejemplo, el hecho de recurrir al trabajo por cuenta propia, a la subcontratación o a la utilización de mano de obra exterior puede ser una simple estra-

tagema para rehuir el derecho del trabajo y reducir los costos en sectores de actividad tradicionales y de poco valor añadido. No obstante, puede obedecer también a un objetivo innovador en los sectores de alta calificación y especialización. En el primer caso, la finalidad perseguida es disminuir el peso del factor humano (reducir su costo); en el otro, por el contrario, se apunta a incrementarlo (fomentando la iniciativa y las calificaciones y aptitudes profesionales). Las nuevas configuraciones del poder, así como los nuevos equilibrios entre la autonomía en el trabajo y la protección en relación de trabajo pueden revestir formas muy diferentes y requerir más respuestas jurídicas igualmente diferentes. De ahí la diversidad creciente de los contratos que renuevan el trabajo. Entre los trabajadores realmente subordinados y los empresarios realmente independientes está apareciendo una tercera categoría: la de unos trabajadores que son jurídicamente independientes o autónomos, pero económicamente dependientes. Esta categoría parece abocada a generalizarse, aunque no tenga todavía una gran importancia cuantitativa.

Semejante evolución repercute poderosamente en la protección que ofrece el derecho laboral. El primer efecto es, en muchos casos, una mayor inseguridad de las personas, como lo pone claramente de manifiesto el caso de los falsos independientes o de los trabajadores precarios invitados a no sindicarse. El

segundo efecto es la extensión de una zona gris situada entre el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena. Unas personas o unas empresas subcontratantes jurídicamente independientes son a veces económicamente dependientes de unos o de varios clientes o contratantes; a la inversa, hay trabajadores jurídicamente dependientes que se parecen cada vez más en la realidad a los trabajadores autónomos. Por último, y en tercer lugar, procede considerar la relación de trabajo en las redes de empresas, sobre todo la responsabilidad de la empresa contratante en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las empresas subcontratantes, la protección de los trabajadores eventuales y temporeros y la corresponsabilidad de unas empresas y otras en lo que atañe a la duración del trabajo y a otras normas vigentes”.

Dentro de este tema, nos proponemos estudiar cinco situaciones que pueden justificar su estudio.

Antes de hacerlo, recordemos que se trata de una reflexión, de una meditación sobre las mismas sin que corresponda exponer conclusiones definitivas. Es un comienzo de diálogo en el que cada participante puede adelantar sus puntos de vista, sin perjuicio del intercambio de ideas partiendo de enfoques diferentes.

El primer caso es el de los Altos Empleados o Empleados de Dirección.

En nuestro curso de Derecho Laboral hemos expuesto que de todas las grandes categorías en que se

ha dividido el personal, la que ha provocado mayor atención desde el punto de vista doctrinario es la referente al personal de dirección porque respecto de sus integrantes se ha llegado hasta cuestionar su ubicación dentro del derecho laboral. No se trata, en el caso, de la mera modalidad de aplicación, sino de si está alcanzado o no por la protección del derecho laboral.

En efecto, De la Cueva entiende que los “altos empleados” –que él distingue de los empleados de confianza– no celebran contratos de trabajo. No se obligan a poner a disposición del propietario de la empresa determinada cantidad de energía pues su función consiste en la dirección general de la empresa, dependiendo la energía que presten de la actividad que desarrolle el gerente, o sea, lo que él mismo decide. Tampoco existe subordinación porque en el funcionamiento real de las sociedades es tan importante la influencia del gerente o director que, de hecho, son los que dirigen los órganos de la sociedad. En realidad, sustituyen a la persona del propietario siendo semejante su posición a la de los profesionales universitarios que actúan sin someterse a un contrato de trabajo.

Otros autores sin llegar a esa conclusión extrema, destacan algunas características que los distinguen de los restantes trabajadores como ser su mayor independencia, su colaboración estrecha con los propietarios de la empresa, que en los conflictos entre el personal y su

empleador suelen estar frente a los demás trabajadores defendiendo y representando al empleador y que por su posición económica y el nivel de beneficios obtenidos, están menos necesitados de protección laboral que el trabajador común.

Pero pese a la existencia de tales características, lo cierto es que los altos empleados siguen siendo empleados. Como dice Orlando Gomes, los altos empleados tienen una subordinación menor y distinta que la de los demás empleados, pero ella existe. Hay siempre ciertos límites de los cuales no se puede apartar, sin el riesgo de perder su puesto. Por eso, puede decirse que los altos empleados –según trasunta su denominación– siguen siendo empleados, si bien de una categoría especial.

En el Uruguay el personal de dirección es considerado un trabajador, teniendo alguna peculiaridad en cuanto a las disposiciones legales aplicables. Por ejemplo, no puede representar a los trabajadores en los Consejos de Salarios y no le corresponde cobrar horas extras ya que él mismo puede fijar su horario.

Por otra parte, si bien tiene mientras trabaja una influencia grande en la empresa en que actúa, en el caso de discrepancia con el propietario de la misma puede perder su puesto y queda muchas veces sin otra protección que su jubilación. Por el sistema de topes jubilatorios su protección es muy pequeña. En otras palabras, mientras desempeña el cargo de dirección tiene una si-

tuación privilegiada que cesa cuando pierde el empleo.

El segundo caso es el de los llamados trabajadores parasubordinados.

Tradicionalmente el criterio fundamental para marcar la órbita de aplicación del Derecho del Trabajo –y por tanto para indicar dónde debe figurar la frontera del derecho laboral– ha sido la existencia de la subordinación. De allí que sea una de las figuras centrales de nuestra especialidad y que H. Sinzheimer haya dicho que la subordinación es el problema fundamental del Derecho del Trabajo.

Pero otra gran figura más reciente, el profesor Mario Grandi ha señalado que la dicotomía tradicional entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo resulta insuficiente para comprender una realidad mucho más compleja y ambigua de las situaciones laborales expuestas a la exigencia de la protección (“Le trasformazioni del lavoro”, p.13).

No es de extrañar que haya sido en Italia donde se buscó una forma de superar esa dicotomía que llevaba a una frontera litigiosa. A quien le cupo un papel fundamental en esa tarea fue al profesor Giuseppe Santoro Passarelli, quien en 1979 publicó un libro “Il lavoro parasubordinato”, en el cual desarrolló ese concepto del trabajo parasubordinado.

Basándose en una disposición procesal que declaraba aplicable el procedimiento laboral a los conflictos surgidos de relaciones de traba-

jo continuadas, coordinadas y predominantemente personales, aunque no sean subordinadas. El artículo 409º, numeral 3 del C.P.C. declara inválidas las renunciaciones y transacciones respecto de derechos del trabajador concernientes a las relaciones referidas en la norma procesal mencionada.

La protección sustancial significa admitir la existencia de una debilidad contractual aún si no existe subordinación formal. De este modo, protegiendo al trabajador contratante débil, independiente de su calidad de trabajador formalmente subordinado, se supera la identificación entre los dos conceptos (debilidad contractual y subordinación).

El concepto de contratante débil no puede ser objeto de una definición rígida.

Pero será necesario que exista efectiva debilidad contractual del prestador de trabajo continuado y coordinado. Podrá ser considerado contratante débil no sólo si resulta económicamente débil, sino también si el empleador está en situación de anular o reducir sensiblemente su libertad contractual. La debilidad contractual puede manifestarse, ya sea en la dependencia económica y en la reducción de la autonomía organizativa durante el desarrollo de la relación, ya sea en la adhesión al contenido de cláusulas impuestas al momento de constituirse la relación.

Se requiere, asimismo, que exista continuidad de la prestación del trabajo en el sentido que ella está

dirigida a satisfacer un interés durable de la otra parte, excluyendo los casos en que se resume en el cumplimiento de una única obra o servicio.

Que la prestación sea coordinada, indica la conexión funcional de la misma con la actividad ejercida por el empresario. A diferencia de lo que ocurre en la relación subordinada, "el prestador de trabajo puede determinar autónomamente —o de acuerdo con el dador de trabajo— no sólo las modalidades, sino también el lugar y tiempo del cumplimiento de la prestación. Es decir que el prestador de trabajo organiza su propia actividad y depende sólo funcionalmente del dador de trabajo.

Esta autonomía organizativa del trabajador parasubordinado lo excluye de estar a disposición del comitente, así como del poder disciplinario de éste.

En cuanto al carácter predominantemente personal que debe tener la prestación, significa que ese carácter debe prevalecer sobre el posible aporte de colaboradores y sobre los otros componentes del proceso productivo. Sirve para comparar las dimensiones organizativas del pequeño empresario o trabajador autónomo con las del dador de trabajo, y este criterio de dimensión es un índice también de la dependencia económica y de la disparidad de la fuerza contractual de ambos.

Se concluye en que las relaciones de trabajo autónomo continuado y coordinado y predominante-

mente personal, pueden tener en común con la relación de trabajo subordinado la dependencia económica y funcional y la disparidad de fuerza contractual del prestador de trabajo, por lo que con razón pueden ser denominadas relaciones parasubordinadas, no en el sentido de que son semi o casi subordinadas, sino de que ocupan un área más amplia que la subordinación en sentido técnico".

Hemos recogido esta versión para demostrar que se ha basado en disposiciones del derecho positivo italiano, lo que impide acoger estrictamente los criterios que hemos expuesto.

En Alemania, los juristas han hablado de cuasi-laboralidad coincidiendo con los italianos en el mismo objetivo de ensanchar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo más allá de su contenido clásico.

En la ley sobre convenios colectivos (1974) se les define como "trabajadores jurídicamente independientes" pero económicamente dependientes, que tienen necesidad de una protección parecida a la de los subordinados. Tienen derecho a las vacaciones y actualmente se les aplica también las normas técnicas sobre seguridad en el trabajo, menores pensiones de vejez, protección contra el acoso sexual. Pero están excluidos de las normas sobre horarios, despido, protección de la maternidad y otros. Por ley de 19/12/98 se ha incorporado al régimen de seguridad social a quienes ejercen

un trabajo independiente, pero en dependencia económica. Esta se traduce a través de cuatro criterios: trabajo cumplido personalmente, sin ayuda de colaboradores (salvo los miembros de la familia) para un único empleador; trabajo propio de un empleo asalariado y efectuado sin aparecer como empresario.

En el plano doctrinario, una posición que se aproxima al concepto de "parasubordinación" es defendida por Rolf Wank para sostener que la necesidad de protección no está ligada a la subordinación jurídica, sino al hecho de depender económicamente de un solo empleador. No puede ser considerado trabajador subordinado quien voluntariamente asume riesgos de la empresa y opera en el mercado con distintas contrapartes y con organización empresarial propia. Estos criterios cubren una ancha franja del sector de trabajadores semi autónomos que cuentan generalmente con una organización propia escasamente desarrollada y reducida normalmente a su sola fuerza laboral y se ligan contractualmente de manera continuada a un único comitente, de modo que es posible hablar de dependencia económica.

En un trabajo reciente de dos especialistas uruguayas -las doctoras Martha Márquez Garmendia y Pilar Beñarán- afirman que aun admitiendo la existencia del tipo "trabajo parasubordinado" queda el problema más complejo de identificar la normativa aplicable a las relaciones que éste crea.

Han surgido diversas posiciones.

Una de ellas sostiene que debe asegurarse a estos trabajadores una tutela más incisiva que estaría formada por la combinación de normas correspondientes a las distintas figuras contractuales que caerían en el ámbito de la parasubordinación integradas con las normas de protección del trabajo subordinado.

Otra posición entiende que los trabajadores parasubordinados permanecen siendo independientes, a los cuales del Derecho del Trabajo no les es aplicable sino en los casos expresamente previstos por la ley, es decir, principalmente en materia de procedimiento contencioso y de higiene y seguridad. En todo caso, en la medida que se reconoce a esta categoría el derecho de negociación colectiva, existirá por esta vía la posibilidad de regular condiciones de trabajo más allá de la extensión legal de la protección.

Por otra parte, se ha planteado la necesidad de reconocer la existencia de un contrato de trabajo independiente, comprensivo de toda esta zona "gris", al que debería dotarse "de un encuadramiento jurídico particular". Sin perjuicio de reconocer el riesgo de tal solución, que podría multiplicar los "falsos independientes", se señala que mantener el *statu quo* no impide el desarrollo de este tipo de contratos de colaboración y conduce en los hechos a abandonar a estos trabajadores a las condiciones generalmente impuestas por el comitente.

En un reciente estudio del laborista chileno José Luis Ugarte Cataldo, explica las razones por las cuales la subordinación ha sido el criterio preferible porque constituye la mejor combinación de eficacia y eficiencia. Eficacia porque protege del modo más exacto a los acreedores de esa protección. Eficiencia porque permite individualizarlos en el menos tiempo y con el menor costo posible.

Y se pregunta qué ocurrirá en el futuro y se contesta afirmando que en el futuro seguirá aplicándose el criterio de la subordinación.

¿Qué criterios deben ser utilizados para efectuar la inclusión de los autónomos en condiciones de dependencia económica a algún tipo de protección jurídico laboral?

Hay tres alternativas posibles:

La primera -sustitución del criterio de calificación de las relaciones laborales, pasando de la subordinación al de la dependencia económica- es la más radical y la menos probable de todas.

La subordinación jurídica ha sido la elegida por ser más eficaz y eficiente. No se va a abandonar el criterio experimentado por otro que además de impreciso y complejo, sólo sirve para resolver problemas planteados en un sector minoritario.

La segunda sería aprobar una cláusula general que delimite de forma abstracta los contornos del colectivo de trabajadores autónomos en cuestión. Será la opción italiana. Pero tiene el inconveniente de la imprecisión, la ambigüedad lo que

le quita eficiencia. Genera una gran incertidumbre y dependerá de cada fallo judicial.

La tercera consiste en la ampliación selectiva del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo a través de un conjunto de regulaciones especiales adaptadas a las necesidades específicas de determinados grupos o sectores de los mismos.

Esta opción permite al legislador, a diferencia de las anteriores, seleccionar del modo más exacto quiénes conformarán el colectivo específico a proteger y qué tipo o grado de tutela van a recibir. El ejemplo de España con los altos directivos o los representantes de comercio han resultado positivos.

Esta opción despierta críticas porque difumina en exceso los límites del Derecho del Trabajo, confunde sobre el criterio unitario de inclusión y, lo que es más importante y negativo, diversifica en extremo el contenido del mismo y termina por desdibujar la relación común.

Es un problema de política social que debe resolverse en función de una serie de criterios y factores. El autor parece inclinarse por el sistema de las puertas laterales de acceso para los autónomos en condiciones de dependencia económica. De resolverla la comunidad jurídica en función de su racionalidad pragmática, ya que entre la segunda y tercera alternativa puede haber resultados similares.

La resume en esta frase final: "la subordinación o dependencia jurídica seguirá siendo, como ha sido des-

de su nacimiento, la puerta de acceso principal al régimen protector del Derecho del Trabajo pero esta vez acompañado cada vez más por el de parasubordinación o por las relaciones laborales especiales, no las históricas, sino aquellas "nuevas" que prescindiendo del elemento subordinación o dependencia, servirán para incorporar selectiva y parcialmente a los trabajadores autónomos en condiciones de dependencia económica".

El tercer caso es el de la empresa unipersonal.

Es una de las tantas modalidades de trabajadores independientes –o seudo independientes– que se han propuesto como medios de reducir los costos laborales. Por eso puede decirse que es una de las manifestaciones más generalizadas de descentralización productiva.

Nos vamos a referir a la experiencia uruguaya que es donde se ha utilizado más esta denominación que no se origina en una norma, sino en la práctica aplicada.

La propia denominación empleada es lo suficientemente indicadora como para no requerir una explicación.

Hugo Fernández Brignoni glosa esa realidad en términos muy claros: "las empresas han adoptado distintas formas en base a distintos criterios. Dos de los principales son las dimensiones y la especialidad de su actividad. La empresa unipersonal se ubica de acuerdo al principio de los criterios distintivos en el grupo de las pequeñas y medianas empre-

sas, y con relación al segundo, en el de las empresas especializadas. Por su parte, la especialidad puede derivarse tanto porque desarrollen únicamente una tecnología distinta a la que utilizan las demás empresas de su rama de actividad, o porque estén dedicados únicamente a la producción o prestación de determinados bienes o servicios o por ambas circunstancias a la vez.

Existen algunos elementos caracterizantes. Ellos son:

- a) La poca estabilidad en razón de la alta competitividad y las profundas y continuas innovaciones en productos y servicios. Se verifica un alto índice de mortalidad.
- b) La coincidencia no casual de condición económica entre los trabajadores subordinados y los titulares de empresas unipersonales que, en general, no cuentan con más capital que su propio trabajo.
- c) Como consecuencia de ello, se aprecia una fuerte dependencia económica de este tipo de empresas con respecto a las que contratan sus servicios o compran sus productos. En base a estas tres características se aprecia una cierta tendencia a reconocer detrás de las formalidades de la empresa unipersonal, situaciones que deberían ser objeto de protección.

Son pocos los casos donde la empresa unipersonal desarrolla su

actividad de marketing directa sobre el mercado de consumo o posee un poder económico de cierta relevancia que permita no dudar sobre su verdadera razón de ser ("Las empresas unipersonales en perspectiva laboral" en la revista Derecho Laboral, T XXXIX, pág. 596).

El reconocimiento legal de dichas empresas unipersonales aparece no en una norma de derecho laboral, sino de seguridad social: en la Ley 16.713 del 3 de Setiembre de 1995 sobre reforma de la seguridad social.

En esa ley aparece el artículo 178° (Empresas unipersonales) que dice así: "Las contribuciones especiales de seguridad social generadas por las empresas unipersonales se regirán por las siguientes reglas:

1. Su actividad estará gravada por las referidas contribuciones de acuerdo a los sueldos fictos previstos en el presente capítulo, sin perjuicio de las situaciones de hecho en las que sea de aplicación lo indicado en los numerales 4 y 5 de este artículo.

2. No constituyen materia gravada a los fines de las contribuciones especiales de seguridad social, las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales, toda vez que conste por escrito claramente delimitadas por obligaciones de las partes y la ausencia de relación de dependencia y que la misma cumpla, además, con las obligaciones tributarias, particularmente con la ins-

cripción en el Registro Unico de Contribuyentes de la Dirección General Impositiva.

3. Dichos contratos deberán ser registrados ante el Banco de Previsión Social en la forma que indique la reglamentación.

4. El Banco de Previsión Social podrá formular, de manera fundada, observaciones a dichos contratos, cuando entienda que los mismos implican una clara relación de dependencia encubierta, en cuyo caso la materia gravada estará constituida por las retribuciones percibidas por concepto de servicios prestados. En tales casos, la obligación de pago de las contribuciones especiales de seguridad social existirá a partir del primer día del mes siguiente al de la notificación, sin perjuicio de los recursos administrativos que pudiesen corresponder.

5. Las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales constituirán materia gravada, en caso de que no exista contrato escrito o de que el mismo no haya sido debidamente registrado, y siempre que la Administración compruebe que la relación contractual ha sido establecida con la finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social.

Se presumirá que no existe finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social cuando se trate de empresas unipersonales formadas por ex-trabajadores de la co-contratante, cuando la relación contractual

sea consecuencia de una reestructura de ésta, acordada con su personal”.

Pese a que se limita a tratar temas de seguridad social, no cabe duda de que influirá en materia laboral por el fenómeno del deslizamiento.

Hace notar Fernández Brignoni que las reglamentaciones legales de este tipo constituyen un fuerte impulso a los procesos de tercerización sin planificación ni controles jurídicos adecuados.

Esta afirmación –señala– deriva sintéticamente de las cuatro consecuencias más importantes que origina la aplicación de la ley.

- a) en primer lugar, la carga tributaria es menor a la del trabajador dependiente.
- b) en segundo lugar, el contribuyente es sólo el titular de la empresa unipersonal.
- c) en tercer lugar, en caso de comprobarse por los mecanismos que prevé la norma, que la relación es en realidad una relación laboral, la obligación de aportar sobre el precio del servicio contratado y no sobre fictos establecidos para los trabajadores no dependientes, existe hacia el futuro.
- d) en cuarto lugar, no se prevé cómo se compensa al trabajador por el cual no se hicieron aportes, hasta el momento en que fue detectada la infracción.

De estas cuatro referencias, se desprende que la ley de seguridad social no fue hecha, por lo menos en este punto, a favor del beneficiario del servicio, sino a favor de la empresa que contrata los servicios de la empresa unipersonal. Se trata, sin duda, de un fomento frontal y abierto a las relaciones productivas no laborales. (op.cit. pág. 605).

La única manera de evitar que el criterio aplicable para la seguridad social se extienda también en materia laboral es establecer otros criterios distintos. Pero fuera de la complejidad que deriva de la diferencia de criterios, de todos modos la ley vigente ha contribuido a respaldar y fomentar la descentralización empresarial y hacer descender el número de personas amparadas por el derecho laboral.

Es un fenómeno que ya se ha producido espontáneamente, por lo que no necesita estímulos legislativos que conducen a extenderlo a casos que no se justifican y que reducen la órbita de aplicación –la frontera– del derecho laboral.

El cuarto caso es el de los profesionales universitarios.

El profesional universitario puede prestar una tarea concreta (una consulta médica, la dirección de una obra, la atención en un juicio) o puede tener una vinculación más estable cuando se repitan los servicios con frecuencia.

Este tema obliga a discernir entre los casos de prestación de un servicio o la configuración de una rela-

ción laboral cuyo objeto es la realización de una actividad propia de una profesión.

Este tema que, a diferencia del anterior, se ha venido planteando desde hace mucho tiempo, ha llevado a distinguir tres situaciones:

- a) profesional contratado como empleado mediante un contrato de trabajo y al cual se le aplica todo el derecho del trabajo.
- b) profesional que es contratado para prestar un servicio esporádico, como profesional independiente. No se le aplica el derecho del trabajo.
- c) zona gris en la que hay que examinar cuál ha sido la voluntad de las partes y que tendrá solución diferente, según las circunstancias de cada caso.

Hay varios factores que contribuyen a hacer más difícil la distinción entre un caso y otro.

- a) la confianza que debe existir entre profesional y cliente que lleva a éste a consultar al mismo profesional en otro caso. En ello influye el conocimiento del asunto y del ambiente que adquiere el profesional y la relación entre el profesional y el particular necesitado de sus servicios.
- b) la tendencia de que un profesional que sirva a un cliente se convierta en el profesional habitual del cliente. La propia expresión cliente o clientela hace pensar en una rela-

ción estable que marca el progreso o el éxito del profesional en su trabajo.

- c) el carácter técnico de los servicios que hace que el profesional opine con su propio criterio. El cliente puede indicar la necesidad que tiene pero el profesional es el que determina cómo se atiende esa necesidad y cómo debe cumplirse la tarea que debe ejecutarse.
- d) la práctica aplicable en muchos casos de calcular los honorarios en razón del tiempo, o sea que cada mes, cada semestre o cada año se le paga la misma cantidad. Ese sistema le sirve a ambas partes: al cliente porque puede organizar el pago de un servicio sin que existan elementos sorpresivos y desequilibrantes y al profesional porque cuenta con un ingreso estabilizado y a su vez le asegura la permanencia del cliente. Pero esta modalidad de pago no es índice cierto de dependencia.

Por las mismas razones prácticas expuestas en el caso anterior, vamos a describir cómo se plantea el fenómeno a través del ejemplo uruguayo.

Confirmando que no se trata de un problema reciente surgido como consecuencia de las últimas transformaciones, podemos mencionar una norma vigente desde hace unos veinte años.

En el Decreto 290/982 se incluía dentro de la materia gravada a "las retribuciones de los profesionales universitarios, cuando exista una clara relación de dependencia laboral, no siendo relevante a esos efectos, la mera circunstancia de percibir honorarios en forma regular. La obligatoriedad del aporte se determinará mediante el análisis de todas las pautas que permitan establecer la dependencia del profesional para con su empleador".

En la Ley 16.713 -más reciente, porque es del 3 de Setiembre de 1995- llamada de reforma jubilatoria, se dedican a este tema dos artículos:

El artículo 161° (Retribuciones de profesionales universitarios) dice: "Las remuneraciones de los profesionales universitarios se regirán, a los efectos de las contribuciones especiales de seguridad social, por las siguientes reglas:

1) Constituirán materia gravada las retribuciones a los profesionales universitarios, cuando exista una relación de dependencia laboral, no siendo relevante, a esos efectos, la mera circunstancia de percibir honorarios en forma regular y permanente. La Administración deberá probar la existencia de tales caracteres, mediante el análisis de todas las pautas y elementos de hecho que permitan establecer la existencia de relación de dependencia.

2) Se presumirá que no existe relación de dependencia cuando el profesional universitario cumpla con las obligaciones impositivas y efec-

túe los aportes correspondientes a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios.

El artículo 162° (Retribuciones de Profesionales Universitarios derivadas de contrato de arrendamiento de servicios profesionales u obras): "No constituyen materia gravada las retribuciones percibidas por profesionales universitarios en virtud de arrendamiento de servicios profesionales o de obra, toda vez que conste por escrito la delimitación de las obligaciones de las partes, así como la ausencia de relación de dependencia siempre que el profesional universitario cumpla con las obligaciones impositivas y efectúe los aportes correspondientes a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios".

Estas dos disposiciones de la misma ley son contradictorias. Por un lado, el primer artículo ordena basarse en el análisis de todas las pautas y elementos de hecho que permitan establecer la existencia de la relación de dependencia. Por otro lado, el segundo artículo se remite a criterios meramente formales: la existencia de un contrato en el que conste por escrito la delimitación de las obligaciones de las partes, así como la ausencia de la relación de dependencia.

Ello revela la dificultad de la determinación y permite suponer la prolongación de las dudas y discusiones.

El quinto caso lo componen las sociedades cooperativas de produc-

ción que ante las dificultades económicas por las que atraviesan las empresas comunes, aparecen como una forma de eludir algunas cargas de las mismas y beneficiarse con las exoneraciones.

En algunos casos, empresas que enfrentan grandes dificultades les plantean a sus trabajadores que están dispuestas a entregarles los establecimientos si los empleados y obreros forman una cooperativa de producción. Los trabajadores, en la alternativa entre cerrar la fuente de trabajo o intentar proseguirla a su riesgo, se ven obligados a optar por esta segunda posibilidad. En la mayoría de los casos, los intentos fracasaron por la falta de capital en giro y por la negativa del otorgamiento de crédito de las instituciones bancarias.

Ello no significa que las cooperativas no pueden servir para desarrollar algunas actividades ya que los principios cooperativos son plausibles.

Deben tenerse presente los principios cooperativos aceptados por la Alianza Cooperativa Internacional:

1) Adhesión abierta y voluntaria a todas aquellas personas sin distinción de género, raza, ideas políticas, religiosas, etc. La cooperativa será, pues, una organización de "puertas abiertas", lo que hace que en principio el número de socios sea ilimitado y el retiro del socio sea absolutamente voluntario.

2) Gestión democrática de sus miembros: los miembros de las cooperativas participan democrática-

mente en la definición de sus políticas y en la toma de decisiones. Todos los miembros, hombres o mujeres, tienen igual derecho de voto (un miembro, un voto).

3) Participación económica de los miembros: todos los miembros contribuyen de manera equitativa a la formación y al control del capital de la cooperativa. Los excedentes generados por la actividad misma de la cooperativa, vuelven a los socios en proporción a la participación de los mismos en las operaciones que generan dichos excedentes.

4) Autonomía e independencia: las cooperativas son autónomas, son organizaciones de ayuda mutua que están controladas por sus miembros. En caso de que suscriban acuerdos con otras organizaciones o reciban capital de fuentes externas, se respeta el control democrático de sus miembros, así como la independencia de la cooperativa.

5) Educación, formación y entrenamiento a sus miembros, a sus dirigentes, gerentes y empleados de forma tal que contribuyan al mejor desarrollo societario. Asimismo, tienen dentro de sus cometidos el de informar al público en general acerca de la naturaleza y beneficios del cooperativismo.

6) Cooperación entre cooperativas: las cooperativas sirven a sus miembros más efectivamente y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando de manera conjunta a través de estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales, por

lo que fomentan el asociacionismo y la federación.

7) Compromiso con la comunidad: así como las cooperativas se orientan a las necesidades o intereses de sus miembros, también trabajan para el desarrollo sostenible de la comunidad, por ello pueden ampliar sus servicios a los no socios de la cooperativa.

En un estudio reciente sobre el tema, el profesor uruguayo Humberto Henderson expresa que es importante destacar que en algunos países las legislaciones establecen expresamente que las cooperativas de trabajo no generan relaciones de trabajo dependientes entre sus asociados y de los últimos con las empresas principales, lo que hace que, salvo que se pudiera acreditar fehacientemente el fraude laboral, sus socios se encuentran absolutamente al margen de la legislación laboral, como de la protección brindada por la seguridad social.

Esta "deslaboralización" o "desaplicación" de la normativa laboral en virtud de estas legislaciones, reduce sensiblemente los costos operativos y salariales de las cooperativas y de quienes las pretenden utilizar en un proceso de descentralización productiva, lo que las convierte en especialmente atractivas. A ello se le debe agregar que en algunos países tienen como objeto permitido la intermediación de productos y mano de obra, lo que facilita aún más su utilización como empresas terceras prestadoras de servicios.

Esto significa que estamos en plena zona fronteriza: debe decidirse si los socios de las cooperativas de producción están comprendidos por el derecho laboral o no y si esa comprensión es total o parcial. Por ejemplo, dentro de la legislación uruguayana de acuerdo a la Ley 13.481 del 23 de Junio de 1966, los socios de la cooperativa no pueden realizar actividades de intermediación, pero tienen derecho a todos los beneficios concedidos por la legislación laboral, salvo la indemnización por despido.

Dada la proliferación de cooperativas, uno de los temas a repensar es si se le deben conceder todos los beneficios laborales o no.

La descentralización empresarial en estos casos se hace doblemente atractiva, ya que la empresa principal puede reducir costos, atenuar responsabilidades, simplificar su administración, centrarse en sus obligaciones, deja de afrontar ciertas obligaciones derivadas de convenios colectivos y puede disminuir tanto la afiliación como la efectividad de la acción sindical dentro de su establecimiento.

En estos países, las cooperativas de trabajo o de servicio de mano de obra pueden actuar como una subempresa dentro de una empresa lucrativa y trabajar en el lugar y con los materiales de esta última. No cuesta demasiado advertir que estas soluciones pueden facilitar el fraude laboral, lo que obliga a los órganos jurisdiccionales revisar en cada caso concreto la eventual autentici-

dad de estas sociedades cooperativas, a la luz del ordenamiento jurídico laboral.

Será el marco jurídico que consagra la constitución, las relaciones y el funcionamiento de las cooperativas de producción el que facilite o dificulte la utilización de estas sociedades en un proceso de descentralización empresarial lícito o fraudulento ("Cooperativas de producción" en "Cuarenta y dos y sus estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo". FCU 2000, pág. 166)

Pasamos ahora al tema de los principios.

Hemos elegido verbos distintos para referirnos a estas dos realidades.

REPENSAR significa reexaminar, meditar, reflexionar. Los temas referentes a las fronteras son abiertos, que requieren estudio y meditación conjuntos.

En cambio, en materia de principios convocamos a nuestra REAFIRMACION.

Es cierto que los principios por su propia naturaleza tienen un carácter germinal, fecundo, abierto, inacabado.

No se trata de clausurar el tema, sino de reafirmarlo, revigorar su adhesión y su defensa. Es como hacer un nuevo acto de fe en la necesidad y potencialidad de los principios.

El tema de los principios nunca está congelado y nadie puede tener el control y mucho menos el monopolio del tema.

Nosotros nos inclinamos a ser cautos y prudentes en cuanto al número de principios. No nos parece acertado ni apropiado elevar el número de principios. Los principios no están sometidos a una votación, pero resultan espontáneamente, naturalmente, de la propia realidad doctrinaria y jurisprudencial.

Pero del mismo modo que no miramos con simpatía la proposición de nuevos principios —porque al aumentar su número, se desvalorizan— tampoco creemos que corresponda prescindir de los principios que han contribuido a configurar la materia y que le dan sustancialidad a esta disciplina.

Los criterios para distinguir la parte básica de la norma que no puede alterarse y la parte accesoría en que puede jugar la flexibilidad legítima, lo suministran los propios principios del Derecho del Trabajo. Ello permite salvar lo esencial aunque se modifiquen las soluciones concretas. Supone diferenciar lo principal de lo accesorio.

Los principios propios del Derecho del Trabajo por su propia naturaleza y por la índole de su función, tienen una capacidad de adaptación y de ajuste a distintas realidades, que le quitan rigidez. Por el contrario, son particularmente aptos para conducir y acompañar los intentos legítimos de flexibilización.

Todo el Derecho del Trabajo nació a impulso de un propósito pro-

ductor. Si éste no hubiere existido, el Derecho del Trabajo no hubiera nacido. Surgió con el objeto preciso de equilibrar con una desigualdad jurídica favorable la desigualdad económica y social que existía en los hechos.

Justamente cuando el Derecho del Trabajo es combatido y asediado, es el momento en que los principios desarrollen y demuestren su razón de ser. No se dejan de usar los paraguas cuando llueve, sino todo lo contrario.

En el momento en que se cuestiona la razón de ser de los principios es cuando deben ser invocados, defendidos y aplicados.

Creemos que son los principios los que pueden dar consistencia, firmeza, seguridad a la lucha por mantener y fecundar el Derecho del Trabajo.

Los principios reflejan el Derecho del Trabajo, pero también lo arman, lo respaldan, lo estructuran, lo animan.

No son meramente descriptivos, a los efectos de permitir el conocimiento del Derecho del Trabajo, como si fueran equivalentes a la labor de un relator o de un historiador que debe ceñirse a reproducir lo que ve, con objetividad pero con frialdad.

Los principios están nutridos de ideales, de valores, de fundamentos sólidos que no pueden abandonarse.

Vázquez Vialard destaca ese papel fundamental que juegan para fijar pautas que el legislador debe

recoger a fin de que el orden creado como modelo sea justo y, por lo tanto, eficiente en cuanto asegure relaciones de esa índole. Los principios no sólo son decisivos para caracterizar y distinguir el ámbito propio de las distintas ramas jurídicas, sino en especial para precisar el marco de actuación del legislador.

Los principios tienen la suficiente fecundidad y elasticidad como para no quedar aprisionados en fórmulas legislativas concretas. Han de poseer la debida maleabilidad como para inspirar distintas normas en función de la diversidad de circunstancias. Así como los principios tienen la posibilidad de inspirar distin-

tas legislaciones y soluciones en diversos países, así también pueden inspirar diversas fórmulas, según las épocas y las circunstancias históricas.

Hay que saber extraer de la riqueza potencial de los principios, toda la savia que puedan tener para engendrar distintos modelos prácticos o para funcionar dentro de ambientes diferentes.

Debe cumplirse una atenta, inteligente, perseverante labor de creatividad y adaptación para que esos principios sigan operando y funcionando en circunstancias distintas, incluso adversas o difíciles, como son las de nuestro tiempo. □