

UM NOVO DIREITO
DO TRABALHO PARA
O MUNDO DE HOJE:
AMPLIAR A BASE
E EXPANDIR
A IMAGINAÇÃO

DEPENDENCIA LABORAL: AJENIDAD, VULNERABILIDAD Y AUTONOMÍA PARA UNA NECESARIA REDEFINICIÓN TEÓRICA

Juan Manuel Nieto
Universidad Nacional de
Córdoba, <https://orcid.org/0000-0001-9387-7562>

Data de submissão:
28/02/2021
Data de aceite:
27/05/2021

Dependência do trabalho: força, vulnerabilidade e autonomia para uma redefinição teórica necessária

RESUMEN

La aparición de nuevas formas de trabajo y su falta de regulación, genera grandes debates hacia adentro de la teoría del derecho del trabajo. La dependencia laboral es la categoría jurídica que permite y justifica la intervención del derecho laboral en un contrato entre privados y, por lo tanto, una intromisión del Estado en la autonomía de la voluntad contractual. Sin embargo, el desarrollo teórico en torno al concepto de dependencia laboral presenta numerosos problemas de precisión y hasta de coherencia lógica. Por lo tanto, para poder establecer la existencia de dependencia laboral es necesario recurrir a una definición diferente y más precisa, aunque no necesariamente más concreta. Este trabajo intentará definir a la dependencia laboral a partir de una reinterpretación de dos nociones ya conocidas, pero abordadas desde una perspectiva diferente: ajenidad y vulnerabilidad.

Palabras clave: Dependencia laboral. Subordinación. Ajenidad. Vulnerabilidad

Resumo

A emergência de novas formas de trabalho e a sua falta de regulamentação, gera grandes debates no seio da teoria do direito do trabalho. A dependência laboral é a categoria jurídica que permite e justifica a intervenção do direito do trabalho



num contrato entre partes privadas e, portanto, uma interferência do Estado na autonomia da vontade contratual. No entanto, o desenvolvimento teórico em torno do conceito de dependência do trabalho apresenta numerosos problemas de precisão e mesmo de coerência lógica. Por conseguinte, a fim de estabelecer a existência de dependência laboral, é necessário recorrer a uma definição diferente e mais precisa. Este documento tentará definir a dependência laboral reinterpretando duas noções já conhecidas, mas abordadas de uma perspectiva diferente: trabalho por conta de terceiros e vulnerabilidade.

Palavras-chave: Dependência do trabalho. Subordinação. Vulnerabilidade.

1. INTRODUCCIÓN

Lejos de ser una nueva discusión en la dogmática laboralista, la cuestión de la dependencia laboral (en adelante DL) reaparece sistemáticamente a medida que van apareciendo nuevas modalidades de trabajo humano. A pesar de que la imagen “prototípica” del trabajador durante la revolución industrial fue desapareciendo lentamente del mundo laboral, el concepto de DL¹ sigue siendo la herramienta utilizada por la teoría laboralista para intentar abarcar un abanico de formas de trabajo muy distintas entre sí, con el objetivo de diferenciar a los contratos de trabajo de otra clase de contratos entre particulares, y así habilitar la aplicación de un conjunto de normas con una marcada impronta “proteccionista” del trabajador o la trabajadora. Por supuesto que también están quienes creen que el concepto de DL debe ser abandonado por no ser representativo de las nuevas formas de trabajo existentes, muy lejanas al “ideal” de trabajador² para el que fue creado.³

En este trabajo se intentará demostrar que este debate -generalmente- parte de una definición de DL que resulta problemática en diversos aspectos. En algunos casos puede ser falsa por sobre incluyente, ya que no todo caso de subordinación jurídica implica la existencia de una relación laboral. A su vez, la inexistencia de órdenes, controles o

¹ Me refiero al concepto “clásico” de dependencia laboral, aquel que la entiende como la existencia de subordinación jurídica en una relación de trabajo por cuenta ajena. Sobre este concepto “clásico” se profundizará más adelante. Por una cuestión práctica, no se abordará aquí otras definiciones alternativas, pero que considero igualmente problemáticas.

² Un ideal muchas veces representado como un trabajador varón, blanco, obrero de fábrica, etc.

³ CAAMAÑO ROJO, 2005, p. 25-53

Para poder establecer la existencia de DL será necesario precisar algunos de sus rasgos característicos y, de este modo, lograr una mejor comprensión de su alcance como categoría jurídicamente relevante. Quizás esto permita mantener a la DL como herramienta jurídica útil para el derecho del trabajo.

sanciones por parte de la parte empleadora no demuestra la inexistencia de DL, por tratarse de una facultad del empleador. Asimismo -y quizás el mayor de los problemas de esta definición-, definir al contrato de trabajo (CL) a partir de la subordinación jurídica, implicaría -al menos- un problema lógico en su razonamiento.

Para poder establecer la existencia de DL será necesario precisar algunos de sus rasgos característicos y, de este modo, lograr una mejor comprensión de su alcance como categoría jurídicamente relevante. Quizás esto permita mantener a la DL como herramienta jurídica útil para el derecho del trabajo.

En primer lugar, es necesario delimitar que clase de trabajo es el que reúne ciertos requisitos necesarios para ser considerado trabajo dependiente. Se trata de la nada novedosa idea del trabajo por cuenta ajena, pero abordada desde una perspectiva -quizás- diferente. Para esto se utilizará las nociones de trabajo como fuerza de trabajo, ajenidad en el producto y mercancía desarrollada por la teoría marxista.

Esto servirá para establecer una clara línea de separación entre el llamado trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, que permita alejarnos de todas aquellas teorías que abordan a la *ajenidad* como con ajenidad en los riesgos o beneficios de la empresa, en el mercado, en la organización productiva y en el control de la actividad⁴. La teoría marxista, a su vez, introduce algunos elementos relevantes que permiten cuestionar la idea muy difundida de que “el trabajo no es mercancía”.⁵

Pero, como se verá, no todo trabajo por cuenta ajena se configura como trabajo en relación de dependencia, a pesar de que algunos teóricos laboristas vinculen directamente a la DL con la *ajenidad* en el trabajo. Ya que, desde el momento en que se asume a aquella como “ajenidad en el control y dirección de la organización productiva en la que el trabajo se inserta”,⁶ esto nos vuelve a llevar al problema de la DL antes planteado, al de la subordinación jurídica.

⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, 2017, p. 94

⁵ Así, por ejemplo, Supiot dice que: “La dificultad jurídica deriva precisamente de que el trabajo no es una mercancía: es inseparable de la persona del trabajador. Hay, pues, en esta noción abstracta de trabajo-necesaria para la emergencia de un mercado de trabajo- una ficción económica que plantea al derecho un difícil enigma”. SUPIOT, 1996, p. 24

⁶ Ver por ej. GONZÁLEZ ORTEGA, *Ibidem* p. 114

Finalmente, para intentar abordar el concepto de dependencia laboral en forma más precisa se utilizará la noción de *libertad como no dominación* desarrollada por la teoría republicana de Pettit, para así poder establecer esta segunda delimitación dentro del llamado trabajo por cuenta ajena.

De esta manera será posible llegar a una comprensión de la DL que aborde con mayor precisión el vínculo laboral existente entre la parte empleadora y las personas trabajadoras, y una justificación más robusta de la interferencia no arbitraria del Estado en un contrato entre privados. Cabe aclarar que este intento de redefinición probablemente nos lleve a un concepto más amplio de dependencia laboral y no necesariamente más concreto o de fácil aplicación judicial, ya que la precisión aquí buscada es de carácter conceptual y no operativa. A partir de esta reconstrucción conceptual será posible contar con una definición lo suficientemente clara de DL, que mantenga su vigencia teórica como elemento diferenciador del trabajo dependiente y que, a su vez, permita establecer un marco de análisis para las nuevas formas de trabajo.

2. ALGUNOS ARGUMENTOS DISPARADORES: TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES

Si bien el trabajo en plataformas digitales (TPD) sólo cumplirá en este trabajo una función disparadora del verdadero problema que pretendo abordar, -esto es, la definición conceptual de la dependencia laboral- analizar y comprender el trasfondo de los diversos argumentos esgrimidos en el actual debate jurisprudencial, puede servir de ayuda para entender muchos de los problemas presentes, y para visualizar porque una mejor definición de DL puede ser utilizada en casos similares. Es por ello que aquí no realizaré un análisis exhaustivo de estos antecedentes, sino sólo de aquellos argumentos que importan a los fines de este trabajo.

2.a Los argumentos a favor de la existencia de un contrato laboral

En la sentencia 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, el Tribunal Supremo de España entiende que la relación contractual entre los “riders” y la plataforma digital Glovo es de naturaleza laboral.

Allí puede leerse alguna definición de lo que el tribunal entiende por dependencia-subordinación:

La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa» [...] Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial.⁷

Asimismo, menciona como indicios de esta dependencia laboral: el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación, las instrucciones de Glovo que precisaban cómo debía prestarse el servicio, el control del cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación, entre otros⁸

En un contexto y un ordenamiento jurídico distinto, hace algunos días el máximo tribunal del Reino Unido confirmó el fallo del *Employment Tribunal* de Londres. Allí el juez también recurrió a algunos indicios que, según él, indicaban la presencia de una relación contractual de tipo laboral entre los conductores y la plataforma digital Uber: la posibilidad de la empresa de controlar los recorridos, las instrucciones sobre las condiciones de los vehículos, la existencia de un procedimiento disciplinario por parte de Uber, etc.⁹

2.b Los argumentos en contra de la existencia de un contrato laboral

En una sentencia anterior de España, otro tribunal resolvió en sentido contrario en un caso similar de un trabajador de la plataforma “Glovo”. El Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, entendió que no se estaba en presencia de una relación de dependencia laboral, sino que, por el contrario, se trataba de una relación de trabajo autónomo económicamente dependiente.¹⁰ Entre otros argumentos, y si siguiendo con técnica indiciaria, se desarrolla el siguiente:

⁷ Tribunal Supremo de España, Sentencia Nº 805/2020, 25/09/2020 (concretamente en el décimo fundamento de derecho)

⁸ Tribunal Supremo de España, Sentencia Nº 805/2020, 25/09/2020 (concretamente en el decimonoveno fundamento de derecho)

⁹ Employment Tribunals, London, Case Nos: 2202550/2015, 28/10/2016

¹⁰ La categoría de “trabajador autónomo económicamente dependiente” surge del art. 1.2 d) del Estatuto del trabajo autónomo de España, Ley 20/2007. La complejidad de dicha categoría no será abordada en este trabajo, pero a los fines explicativos resulta oportuno mencionar que se trata de una subcategoría dentro del llamado trabajo autónomo, al que se le reconocen mayores derechos respecto al resto de los trabajadores autónomos que no se consideran dentro de esta categoría. Es decir, que no se trataría de un trabajador en relación de dependencia laboral.

Los que definen la DL: ambos tribunales parecen entender que habrá relación de dependencia laboral siempre que se trate de trabajo por cuenta ajena y en un ámbito de dirección y organización establecido por la empresa.

Se ha acreditado que el demandante prestaba servicios en el horario que él previamente determinaba, los días que él fijaba, con su propio vehículo o medio de transporte elegido por él, con su criterio organizativo propio, eligiendo el itinerario; que el riesgo y ventura del transporte lo asumía él; que no estaba sometido al poder disciplinario ni organizativo de la empresa [...].¹¹

En la resolución mencionada es posible separar dos tipos de argumentos:

Los referidos a la valoración de la prueba: en ambos casos –aunque con resultados diferentes– están orientados a demostrar la existencia o inexistencia de un poder organizador, disciplinario y de control por parte de la empresa.

Los que definen la DL: ambos tribunales parecen entender que habrá relación de dependencia laboral siempre que se trate de trabajo por cuenta ajena y en un ámbito de dirección y organización establecido por la empresa.

Como se verá, cualquier problema referido al concepto de DL incide directamente en la forma que los tribunales valoran la prueba en los casos concretos en los que se discute la existencia de dependencia laboral.

3. LA DEPENDENCIA LABORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Es posible advertir, hasta aquí, que el debate en torno al trabajo en plataformas digitales enfrenta un problema ya abordado por los teóricos del derecho del trabajo en otros contextos asimilables. Se trata de la discusión en torno a la definición de dependencia o subordinación laboral, y su condición de “llave maestra”¹² –como la caracteriza Goldin– para la intervención del Estado a través de los institutos del derecho laboral.

Pero como toda llave, la DP puede servir tanto para abrir como para cerrar una puerta o –en este caso– para permitir o impedir la aplicación de las normas laborales en una relación entre particulares. De allí la importancia de intentar realizar una reconstrucción

¹¹ Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, Sentencia Nº 12/2019, 11/01/2019 (concretamente en el segundo fundamento de derecho)

¹² GOLDIN, 2001, p. 311

racional más precisa de este concepto que, hasta ahora, parece haberse mantenido más o menos vago, lo que ha puesto en duda la viabilidad operativa y hasta la propia legitimidad teórica del derecho del trabajo.¹³

Para esta tarea, parece oportuno, -en primer lugar- desarrollar lo que Alchourrón y Bulygin denominan “la elucidación informal del *explicandum*”¹⁴, es de decir, una descripción de las definiciones y usos que hasta aquí se le dio a la dependencia laboral.

3.a El trabajo dependiente como objeto de protección del derecho del trabajo

Desde la aparición de las primeras normas laborales es que se empieza a configurar una forma jurídica de protección del trabajo esclavizante -primero- y mercantilizado -posteriormente-. Pero el “centro de imputación” de esas normas no era cualquier clase de trabajo, sino aquel que era producto del trabajo industrializado que predominaba en la época. Ya los primeros desarrollos teóricos del derecho del trabajo intentaron establecer cierta distinción entre los contratos de trabajo y el resto de los contratos civiles, utilizando para ello la comparación entre trabajo dependiente y esclavitud.

Menciona Supiot sobre este tema que, tras la desaparición de la esclavitud y la servidumbre, incluso entre hombres libres e iguales, el trabajo implicaba la organización de una jerarquía, el sometimiento de unos al poder de otros.¹⁵ De manera similar lo decía ya Aristóteles cuando, al hablar del trabajador libre, mencionaba que: “[...] mientras el esclavo participa de la vida de su amo, el artesano está más alejado, y sólo le concierne la virtud en la misma medida que su servidumbre, pues el obrero manual tiene una especie de servidumbre limitada”¹⁶

A partir de estos primeros signos característicos del derecho del trabajo empieza a configurarse una distinción que, en mayor o menor medida, se mantiene hasta la actualidad. Por un lado, se encuentran las relaciones de trabajo protegidas por el sistema laboral y

¹³ GOLDIN, 2001 (2), p. 56.

¹⁴ ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2012, pp. 11-12

¹⁵ SUPIOT, 1996. p. 25

¹⁶ ARISTÓTELES, 1988; pp. 83-84

caracterizadas en diversas legislaciones nacionales como relaciones en la que existe *dependencia* o *subordinación laboral*.¹⁷ De esta forma, la DL -o “subordinación” en otras legislaciones- se constituye como la categoría central a la hora de identificar una relación de trabajo “protegida” por el derecho laboral.

Del otro lado, se encuentran aquellas formas de trabajo ajenas al ámbito de protección del derecho del trabajo, caracterizadas como “*trabajo autónomo*”, y que abarcan -por ejemplo- todas las formas de la actividad profesional y que se hallan sometidas a una organización jurídica particular: profesiones liberales, artesanos, la explotación agrícola, etc. Aunque con cierta imprecisión, es posible afirmar que el trabajo autónomo funciona como categoría residual de toda forma de trabajo que no es considerada trabajo dependiente. Hay quienes definen al trabajo autónomo como la “autoorganización” del trabajo¹⁸, para diferenciarlo del trabajo dependiente. A ello le agregaría que lo central en esta forma de trabajo es la inexistencia de un tercero que limite ciertos aspectos centrales de esa organización.

3.b La dependencia laboral como subordinación jurídica

Tal vez la definición de DL más utilizada en la doctrina laboralista es la que la vincula a la denominada “*subordinación jurídica*” (en adelante SJ). La SJ es usualmente identificada como el poder de dirección, de control y disciplinario que ostenta el empleador respecto al trabajador. La idea de SJ parece remontarse a la obra clásica del autor italiano Ludovico Barassi, cuando en 1901, al definir la subordinación laboral -y en su intento de diferenciar las relaciones laborales de las civiles- la identificaba como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.¹⁹

En este sentido, al definir la DL regulada en el derecho argentino, Krotoschin mencionaba que esta: “[...] consiste en que el patrono debe tener, principalmente, el derecho exclusivo de dirigir el trabajo y dar órdenes al trabajador con el consiguiente deber de cumplir”,²⁰ y la caracterizaba como *dependencia jurídica*.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Art. 22, Ley 20.744 (Argentina)

¹⁸ Véase, FERNÁNDEZ MADRID, 2007, p. 182

¹⁹ Citado por: ERMIDA URIARTE, HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, 2002, p. 281.

²⁰ KROTOSCHIN, 1955, p.103

Ackerman, por su parte, al hablar de la DL dice que esta se encuentra:

[...] identificada con la subordinación jurídica, y se materializa, en concreto, en la facultad que ostenta el empleador de dar órdenes de trabajo [...] y la consiguiente obligación del trabajador de acatar tales órdenes; el poder de organización y dirección de la empresa; el derecho de disponer de la capacidad laboral del trabajador²¹

En igual sentido, la jurisprudencia de diversos países se ha encargado de definir a la DL con estas mismas características. Por citar un ejemplo, el Tribunal Supremo Español ha entendido a la DL como “la sujeción, sometimiento directo o su control, órdenes e instrucciones sobre la forma de desarrollar la actividad” del trabajador.²²

Es decir que, a diferencia los contratos civiles -según quienes sostienen la tesis de la SJ-, lo que caracterizaría a la DL es que el trabajador debe cumplir esta obligación con cierta sujeción personal al poder directivo del empleador.²³ Entonces, podría decirse que habrá DL cuando:

1. T trabaja para E

2. E puede controlar, impartir órdenes y sancionar a T

Algunas críticas teóricas a esta definición apuntan a un posible error conceptual. Se sostiene que la SJ sólo funciona como un “haz de indicios” de uso práctico, pero que no da cuenta de lo que realmente es la DL. Goldin entiende que se trata de una *definición impropia* porque la protección del derecho laboral no recae sobre los derechos y deberes de las partes contratantes, sino sobre la desigualdad existente entre ambos.²⁴

Aunque esta crítica avanza en una cuestión conceptual relevante, y que será desarrollada con mayor profundidad más adelante, presenta dos problemas centrales: a) caracteriza a la desigualdad entre las partes a partir de sus efectos, pero no identifica claramente la causa de esa desigualdad.²⁵ b) el solo reconocimiento de esa desigualdad no justifica -al menos en ordenamiento jurídico actual- la interven-

²¹ ACKERMAN, 2019, p. 180.

²² TS 14/05/90, RJ 4314; 09/02/90, RJ 886

²³ ERMIDA URIARTE, HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, 2002; p. 284

²⁴ GOLDIN, 2001, p. 320

²⁵ Cabe aclarar que, en obras posteriores, el propio autor desarrolla más detalladamente algunos aspectos que dar origen a esta desigualdad.

ción del Estado en un contrato entre privado. De hecho, podríamos citar numerosos casos de contratos civiles en los que existe una clara desigualdad entre las partes contratantes y esto no justifica *-per se-* la robusta intervención estatal que si se da en las relaciones laborales. c) finalmente, y como se intentará demostrar, si bien la desigualdad existente la parte trabajadora y la empleadora resulta sumamente importante para caracterizar este tipo de relaciones, no es esta desigualdad lo que justifica la intervención – al menos de manera directa – ni lo que busca corregir el derecho del trabajo, sino los efectos producidos por esta desigualdad.

3.c ¿Un problema de sobre inclusión? ¿Un razonamiento circular?

Se dijo que, para quienes sostienen la tesis de SJ, habrá trabajo en relación de dependencia cuando:

1. T trabaja para E, y;
2. E puede controlar, impartir órdenes y sancionar a T.

Expresada de esta forma -bastante vaga y tosca-, la tesis de la DL como SJ enfrentaría un problema muy grande ya que esta construcción conceptual incluiría muchas relaciones sociales que claramente no busca incluir. No me refiero sólo al trabajo autónomo, sino a relaciones sociales prohibidas en un Estado de Derecho.

Pensemos, por ejemplo, en un caso en donde E es esclavo de A. Si bien es cierto que la relación entre ambos posee características que exceden al mero trabajo de uno hacia el otro, también es cierto que dicha relación de servidumbre incluye la facultad de A de exigirle a E que trabaje para él. A su vez, otro caso que también quedaría incluido en esta forma de entender la DL es el de trabajo forzoso o el trabajo de niños o niñas que, si bien no implican una relación de servidumbre, se encuentran expresamente prohibidos por numerosos tratados internacionales.²⁶

Evidentemente reducir la tesis de la SJ a esta forma de explicación resulta de una simplificación fácilmente objetable. Pero esta simplificación es necesaria para efectuar algunas precisiones en torno a 1 y 2.

²⁶ El Convenio sobre el trabajo forzoso N° 29 de la OIT (1930) entiende por trabajo forzoso a “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Claramente 1 no se refiere a cualquier trabajo de una persona respecto a otra, sino a una relación contractual en la que una persona T, con capacidad suficiente, se obliga libremente a trabajar para E. En este sentido, cualquier forma de trabajo de una persona libre respecto a otra debe ser el producto de un acuerdo, o una forma contractual determinada, sin importar -por el momento- que se trate de una convención civil o laboral. Es decir que, esta libertad de contratación, se trataría de una característica común en cualquier forma de trabajo, se trate de trabajo autónomo o en relación de dependencia.

Una vez aclarado el punto 1, probablemente se argumentaría que la facultad de controlar, impartir órdenes y sancionar que tiene E respecto a T debe -necesariamente- ser producto de esa convención entre personas libres. Mientras que el poder del amo sobre el esclavo no es legítimo por no surgir de una relación contractual entre personas libres, E tiene un poder legítimo respecto a T por su origen convencional. A su vez, sería justamente el punto 2 lo que diferenciaría a este contrato laboral de otros contratos civiles en los que una persona se obliga a trabajar para otra.

Resumiendo, según esta tesis, estaremos frente a un contrato laboral cuando:

3. T se obliga libremente a trabajar para E (*Tr*), y;
4. E puede controlar, impartir órdenes y sancionar a T como consecuencia de la obligación contractual asumida por T. (*SJ*).

De una forma podría decirse que la tesis de la *SJ* sostiene que:

Si se dan *Tr* y *SJ*, entonces existe *DL*

Sin embargo, cabe realizar alguna precisión más respecto a esta tesis pues lo que se intenta hacer es formular una definición de *DL*, y esto implicaría una relación más rigurosa que una relación lógica condicional (aquella que indica que si A, entonces B) entre "*Tr* y *SJ*" y *DL*, ya que esto podría suponer casos en que se dé *DL* sin "*Tr* y *SJ*". En este sentido, no podríamos definir a la dependencia laboral en base a la subordinación jurídica si solamente afirmamos que "*Tr.SJ*" es condición suficiente para *DL*. Para ello es necesario afirmar que no es posible admitir el supuesto de que haya *DL* sin que exista "*Tr* y *SJ*" o, lo que es lo mismo, que sólo puede haber *DL* y se dan de

manera conjunta *Tr* y *SJ*. Para poder definir a la *DL* según la tesis de la *SJ*, tendríamos que suponer que *DL* y “*T* y *SJ*” son a la vez condición necesaria y suficiente el uno del otro.²⁷ Es de decir que:

Habrà *DL* si y sólo si se dan *Tr* y *SJ*

Precisada de esta forma la tesis de la *SJ* podría tal vez sortear el problema de sobre inclusión planteado anteriormente, pero llevaría a otros problemas. Acá tenemos dos afirmaciones que, según esta tesis, deben ser ciertas.

a) todo contrato laboral (*CL*) se caracteriza por la presencia de *DL*;

b) todo *CL* se caracteriza por la presencia de “*Tr* y *SJ*”

La primera de las afirmaciones debe ser necesariamente cierta según lo que vengo sosteniendo hasta ahora, ya que lo que caracteriza a un contrato laboral es la presencia de *DL*. Esto parece surgir con bastante claridad de la formulación normativa del contrato laboral de diversos países.²⁸

Ahora bien, ya se dijo que *Tr* puede ser el resultado de un contrato civil o uno laboral, entonces la pregunta que debemos hacernos es si *SJ* puede ser producto de cualquier vínculo contractual entre *T* y *E* o si, por el contrario, sólo un contrato de naturaleza laboral permite esta clase de relación de subordinación cuando se da en forma conjunta con *Tr*.²⁹ Esto daría por cierto la siguiente afirmación:

Si hay *CL*, entonces está permitido “*Tr* y *SJ*”.

En el caso del derecho argentino, por ejemplo, esto surge claramente de los Arts. 65, 67 y 70 de la Ley de Contratos de Trabajo (20.744), que regula dentro de las facultades del empleador en un *CL*, la de dar órdenes, controlar y sancionar a los trabajadores. Podría formularse de la siguiente manera:

Si hay un contrato laboral (*CL*) entonces está permitido (*P*) que exista una relación de trabajo bajo subordinación jurídica (*Tr* y *SJ*) .

Es decir, $CL \supset P(Tr.SJ)$

²⁷ ECHAVE, URQUIJO, GUIBOURG, 2008; p. 63

²⁸ Véase, por ejemplo, Art. 21, Ley 20.744 (Argentina)

²⁹ Por ahora se utilizará sólo la noción de permisón, pero en el desarrollo de este trabajo se demostrará que en realidad estamos frente a una acción facultativa, ya que se encuentra permitida su realización como su omisión.

Para evaluar si sólo un CL permite esta clase de relación, es posible evaluar que sucede en los casos en que no estamos frente a un contrato laboral (\sim CL).³⁰ Una primera alternativa sería sostener que, si bien la presencia CL permite expresamente SJ (en un sentido fuerte de permisión, no como una mera ausencia de prohibición), esto no excluye la posibilidad que la SJ se encuentre permitida -al menos en un sentido débil- en otra clase de contratos, por no estar prohibida.³¹

Esto llevaría nuevamente a un problema en la definición de la tesis de la SJ, ya que, si está permitido que un contrato de naturaleza no laboral establezca este tipo de relación entre T y E cuando se da en forma conjunta con Tr, entonces la SJ no sería un rasgo definitorio de la DL, pues podría existir un contrato de naturaleza civil en el que exista Tr y SJ, y no exista DL. También podría sostenerse que es posible encontrar contratos civiles en los que exista DL, pero ya afirmé que la DL sólo se puede encontrar presente -para poder mantener cierta utilidad conceptual- en los contratos laborales.

Por eso es necesario recurrir a una alternativa distinta, suponer que sólo un CL permite la existencia DL, y por lo tanto de “T.SJ”, estando prohibida para el resto de los casos. Lo que equivaldría a afirmar lo siguiente:

1. E no puede controlar, impartir órdenes y sancionar a T, en una relación contractual en la que T trabaja para E, si no es consecuencia de un CL

Lo que se formularía de la siguiente manera:

Si no hay un contrato laboral (\sim CL) entonces está prohibido (Ph) que exista una relación de trabajo bajo subordinación jurídica (Tr y SJ) .

Es decir, \sim CL \supset Ph (Tr.SJ)

Si esto es así, entonces debemos modificar la primera formulación y afirmar que CL es condición necesaria y suficiente para que “Tr.SJ”

³⁰ Decido abordar el problema reduciendo al campo de posibilidades a “CL” y “ \sim CL”, sin contemplar si otros contratos permiten en forma explícita la existencia de SJ, ya que a los fines explicativos basta con esta distinción para intentar determinar si la SJ es un rasgo típico de la DL.

³¹ Sobre esta concepción “débil” de permisión, véase: ALCHOURRON, BULYGIN, 2012, p. 176 y ss.

esté permitida y, su vez, que en todo contrato laboral estará permitido “Tr.SJ”, es decir:

Hay CL si y solo si está permitido Tr y SJ.

Está permitido Tr y SJ si y solo si hay CL.

Esto es, $CL \equiv P(\text{Tr.SJ})$

Es posible llegar a la siguiente conclusión: si en un ordenamiento jurídico determinado “trabajo” y “subordinación jurídica” solo están permitidas en forma conjunta como consecuencia de un contrato laboral, entonces el argumento se vuelve circular.

Resumiendo, lo que la tesis de la SJ parece afirmar es lo siguiente:

2. Hay CL si y solo si hay DL
3. Hay DL si y solo si hay Tr y SJ
4. Por lo tanto, hay CL si y solo si hay Tr y SJ

Pero como ya intenté demostrar, solo puede darse Tr y SJ si hay un contrato laboral que lo permita, lo que convertiría a este razonamiento en circular ya que, si bien las premisas efectivamente prueban su conclusión, lo hacen de una manera trivial.³² Veamos:

5. Hay CL si y solo si hay Tr y SJ
6. Hay Tr y SJ si y solo si hay CL
10. Por lo tanto, hay CL si y solo si hay CL.

Es posible llegar a la siguiente conclusión: si en un ordenamiento jurídico determinado “trabajo” y “subordinación jurídica” solo están permitidas en forma conjunta como consecuencia de un contrato laboral, entonces el argumento se vuelve circular. Si, en cambio, no es el contrato laboral lo que permite que se puedan dar en forma conjunta sino cualquier tipo de forma contractual entre personas libres, entonces no es posible afirmar que la dependencia laboral sea un rasgo exclusivo de los contratos laborales.

³² COPI, COHEN, 2013, p.183

3.d La subordinación jurídica como una facultad del empleador

Goldin menciona que la tesis de la SJ no es más que una técnica de “haz de indicios” utilizada -como ya se pudo ver- jurisprudencialmente para determinar la existencia o no de dependencia laboral en los denominados “casos grises”.³³ Esta tesis puede parecer correcta ya que, como se vio en el punto 2.b de este trabajo, el eje central de los argumentos desarrollados por los tribunales en casos de TPD, a la hora de determinar la existencia de un CL, tiene que ver con la existencia – o no- de un ámbito de dirección y organización establecido por la empresa.

Sin embargo, entender a la tesis de la SJ ya no como definición de la dependencia laboral, sino como una técnica de “haz de indicios”, también presenta otros problemas. Para entender estos problemas primero es necesario introducir la distinción entre acciones *permitidas* (P) y *facultativas* (F).

Von Wright menciona que la categoría de “facultativo”³⁴ es más estrecha que la de “permisión”, ya que todo lo que es facultativo está permitido, pero no todo lo que está permitido es facultativo.³⁵ Según esta distinción, una acción es facultativa si y solo si está permitido cumplirla y también está permitido omitirla, mientras que en el caso de una obligación sólo está permitido su cumplimiento pero no su omisión, y en el caso de una prohibición sólo está permitido su omisión pero no su cumplimiento.³⁶

Volviendo al caso de la subordinación jurídica, esto es, el poder del empleador de impartir órdenes, controlar o sancionar a un trabajador, parece claro que estamos en presencia de una acción facultativa, ya que se encuentra permitida tanto su acción como su omisión.³⁷

Esto lleva a precisar aún más lo afirmado en el punto anterior al abordar “T y SJ” como una permisión. Si se entiende que -como consecuencia del contrato de trabajo- el empleador tiene permitido tanto realizar las conductas caracterizantes de la SJ como omitirlas,

³³ GOLDIN, 2001, p. 312

³⁴ Se utiliza el término “facultativo” utilizado por ALCHOURRÓN Y BULYGIN, pero también podría utilizarse en forma equivalente el operador “indifferent” desarrollado por Von Wright.

³⁵ VON WRIGHT, 1951, pp. 3-5.

³⁶ ECHAVE, URQUIJO, & GUIBOURG, 2008, p. 134-135

³⁷ Véase, por ejemplo, Art. 20.3; Estatuto de los Trabajadores (España); Real Decreto Legislativo 2/2015

entonces en realidad estamos en presencia de una facultad. Si existe contrato laboral (CL) entonces es facultativo ejercer la subordinación jurídica (FSJ). Esto es, $(CL \supset FSJ)$.

Una vez realizada esta aclaración, es posible retomar y analizar los argumentos esgrimidos por los tribunales españoles para analizar el trabajo en plataformas digitales. Se podría traducir el argumento del Tribunal Supremo de España que reconoce la existencia de DL, de la siguiente manera:

7. Si E está facultado a dar instrucciones y controlar a T, hay CL³⁸

8. E está facultado a dar instrucciones y controla a T

9. Por lo tanto, hay CL.

Si tomamos a la relación entre “CL” y “FSJ” como la relación condicional antes formulada $[CL \supset FSJ]$ entonces la premisa 12 resulta falsa, ya que esta relación sólo afirma que no es el caso que el antecedente “CL” sea verdadero y el consecuente “FSJ” falso, pero no que de la verdad del consecuente se derive la verdad del antecedente.³⁹ Por ejemplo, si digo que siempre que llueva el césped estará mojado, no quiere decir que siempre que el césped esté mojado sea por ha llovido.

Como puede advertirse la primera premisa parece afirmar otra cosa. Si “FSJ” es verdadero, entonces “CL” debe ser también verdadero $[FSJ \supset CL]$. Puesto de esta forma, la tesis de Goldin sobre la subordinación jurídica como “haz de indicios” resulta correcta, ya que no puede ser el caso de que “FSJ” sea verdadero y “CL” falso. Pero de esta tesis también resulta que puede darse que “CL” sea verdadero y “FSJ” falso, lo que demuestra que no es posible definir al contrato laboral y a la dependencia laboral sólo por la presencia de “FSJ”.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, en cambio, se pronuncia negativamente respecto a la existencia de dependencia laboral. Su argumento es ligeramente diferente al anterior:

³⁸ Otra forma posible de entender esta premisa sería como relación bicondicional: “A está facultado a dar instrucciones y controlar a B, si y solo si hay CL”. Este no parece ser el razonamiento de del tribunal español y además, si lo fuera, ello implicaría suponer que SJ y CJ son condición necesaria y suficiente el uno del otro, y con ello el problema del argumento circular abordado en el punto 4b.

³⁹ ECHAVE, URQUIJO, GUIBOURG, 2008, p. 59

10. Si T no está sometido al poder disciplinario ni organizativo de E, no hay CL
11. T no está sometido al poder disciplinario ni organizativo de E
12. Por lo tanto, no hay CL.

Aquí el problema no es el mismo que en el caso anterior, porque efectivamente no puede ser que el consecuente sea falso y el antecedente verdadero en la relación condicional antes formulada (CL \supset FSJ). El problema que se presenta es que, si estamos en presencia de una conducta facultativa, entonces el empleador tiene permitido tanto realizar las conductas de la SJ como omitirlas.

Esto lleva a un problema probatorio para el tribunal, ya que la inexistencia efectiva de controles, órdenes y sanciones por parte del empleador no resulta útil para demostrar que no existe la facultad de hacerlo. El empleador puede omitir las conductas de la SJ, y esto también sería parte de la facultad que le otorga la norma que lo regula, pues no tiene la obligación de hacerlo.

Con lo afirmado hasta aquí es posible llegar a las siguientes conclusiones parciales:

- a) No es posible definir a la dependencia laboral según la tesis de la subordinación jurídica
- b) La tesis de Goldin sobre la subordinación jurídica como “haz de indicios” de dependencia laboral resulta plausible sólo en determinados casos.
- c) Aun cuando la subordinación jurídica funcione como “haz de indicios”, todavía resulta necesaria una definición conceptual adecuada y precisa de dependencia laboral.

4. HACIA UNA DEFINICIÓN ALTERNATIVA DE DEPENDENCIA LABORAL

Aun cuando la tesis de la subordinación jurídica pueda funcionar como técnica práctica para establecer la existencia de dependencia laboral en algunos casos, si no es posible construir una definición precisa de DL entonces la viabilidad operativa y hasta la propia

legitimidad teórica -en incluso política- del derecho del trabajo se encuentran en duda. Es por ello que resulta necesario formular una nueva definición, más precisa que las desarrolladas actualmente por la doctrina laboralista, aun cuando esto pueda quizás ampliar el concepto mismo de dependencia laboral.

Para abordar esta tarea considero necesario redefinir al concepto de DL a partir tres nociones vinculadas a dos aspectos centrales de su función dentro del derecho del trabajo: su ámbito de aplicación y su justificación teórica. Sobre el primer aspecto, es necesario precisar las nociones de *trabajo y dependencia*. Respecto al segundo, es necesario abordar una justificación adecuada de la *interferencia estatal* en este tipo de relaciones contractuales.

4.a El trabajo por cuenta ajena como condición necesaria

La utilidad de esta tesis reside, no tanto en su capacidad para determinar los casos de trabajo dependiente, sino en los casos que excluye de su ámbito de aplicación.

Al precisar los postulados de la tesis de la SJ (en los puntos 3 y 4), asumí que esta puede ser reconstruida de la siguiente forma:

3. T se obliga libremente a trabajar para E (Tr), y;

4. E puede controlar, impartir órdenes y sancionar a T como consecuencia de la obligación contractual asumida por A. (SJ).

Descartado el punto 4 -me remito a lo desarrollado en el título 3d.-, cabe ahora precisar algunas cuestiones del punto 3. Como se puede advertir, la dependencia laboral se basa en una relación entre dos personas libres⁴⁰, en la que A se obliga a trabajar para B. Es decir que toda forma de trabajo "*por cuenta propia*" resulta ajena a la DL. En este aspecto la afirmación 3 parece correcta, aunque aún poco clara.

Es posible analizar la ajenidad en el trabajo de la siguiente forma. Toda forma de trabajo puede ser clasificada dentro de una de estas categorías: I) *por cuenta propia*; II) *por cuenta ajena*. Aquellas pertenecientes

⁴⁰ Al menos en cierto sentido de libertad, como se verá.

a I no puede ser trabajo dependiente y, por lo tanto, será trabajo autónomo.⁴¹ Sin embargo, aquellas formas de trabajo pertenecientes a II pueden ser tanto trabajo autónomo como trabajo dependiente.

Entendido de esta forma, todo CL – o toda relación de dependencia laboral- será trabajo por cuenta ajena, pero no todo trabajo por cuenta ajena será CT. El trabajo por cuenta ajena constituye una condición necesaria para la existencia de DL, pero no una condición suficiente. A la inversa, todo CL es condición suficiente para determinar la existencia de trabajo por cuenta ajena. Dada la importancia del trabajo por cuenta ajena para la definición de DL, me propongo precisar este concepto y diferenciarlo adecuadamente del trabajo por cuenta propia.

Una forma tradicional de entender la ajenidad se refiere al riesgo asumido por el empresario y ajeno al trabajador. En otro sentido, se suele hablar de la ajenidad de los frutos o del producto que se obtienen con el trabajo. Uriarte y Álvarez dicen: “*Forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aun antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono.*”⁴² Cabe preguntarse, entonces, cuál es este riesgo empresarial o el producto del trabajo relevante para el concepto de ajenidad.

4.b Aportes de la teoría marxista

4.b.1 El trabajo como mercancía

Como menciona Machado⁴³, las teorías tradicionales de la ajenidad en el trabajo tienen una innegable impronta marxista, en donde la posición económica del empleador, en tanto “propietario de los medios de producción”, es la principal causa del destino del producto del trabajo. Pero un análisis en profundidad de la teoría de Marx debería llevar a distinguir en ella diferentes elementos, no siempre compatibles con los postulados del derecho laboral. Esto, sin embargo, no implica descartar la utilidad de todas de las categorías conceptuales que nos puede aportar esta corriente teórica. El primer

⁴¹ Utilizo la noción de trabajo autónomo como categoría residual, conforme lo ya explicado en el punto 3.a.

⁴² ERMIDA URIARTE, HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, 2002; p. 289

⁴³ MACHADO, 1999, p. 154.

problema que presenta esta tarea tiene que ver con la concepción de *fuerza de trabajo* en la obra de Marx, ya que entra en contradicción con algunas de las principales concepciones del trabajo que actualmente esgrime el derecho laboral.

Marx entiende a la fuerza de trabajo como un conjunto de facultades físicas y mentales propias de un ser humano, y que se ponen en movimiento cuando este último produce un valor de uso determinado.⁴⁴ ⁴⁵ El primer problema se presenta con la noción de fuerza de trabajo como mercancía. Esta sostiene que el trabajador utiliza su fuerza de trabajo como mercancía en un proceso de intercambio -dentro del sistema capitalista- con los dueños del capital. En este sentido, un trabajador puede ofrecer su fuerza de trabajo a quienes deseen pagar un precio por ella con el objetivo de utilizarla en un proceso de producción mayor.⁴⁶

Sin embargo, no son pocos los autores laboristas que sostienen que el trabajo no es ni puede ser considerado mercancía. Incluso el art. 1 de la Declaración de Filadelfia, instrumento constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo, sostiene: “*La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (a) el trabajo no es una mercancía [...]*”⁴⁷. Esta afirmación parece responder a cierta idea -de tradición libertaria- de que el trabajo es un elemento propio de la persona humana y, por consiguiente, no puede desprenderse de él y ser vendido como una cosa.

Una lectura con mayor precisión de la noción del trabajo como mercancía en la obra de Marx puede aportar una distinción necesaria en este momento. En un pasaje de *El Capital*, se afirma:

[...] la fuerza de trabajo, como una mercancía, sólo puede aparecer en el mercado en la medida y por el hecho de que su propio poseedor -la persona a quien pertenece esa fuerza de trabajo-, la ofrezca y venda como mercancía. Para que su poseedor la venda como una mercancía,

⁴⁴ MARX, 2018, p. 203.

⁴⁵ Hasta aquí parece no haber contradicción con lo regulado por la legislación laboral de la mayoría de los países occidentales. Por citar un ejemplo, la ley argentina menciona que: “El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí”. Ver, Art. 4, Ley 20.744 (Argentina)

⁴⁶ MARX, 2018, p. 203.

⁴⁷ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), 1944.

es necesario que pueda disponer de la misma y, por lo tanto, que sea propietario libre de su capacidad de trabajo, de su persona. Él y el poseedor del dinero se encuentran en el mercado y traban relaciones mutuas en calidad de poseedores de mercancías dotados de los mismos derechos, y que sólo se distinguen por ser el uno el comprador y el otro vendedor: ambos, pues, son personas jurídicamente iguales. Para que perdure esta relación es necesario que el poseedor de la fuerza de trabajo la venda sólo por un tiempo determinado, y nada más ya que, si la vende toda junta, de una vez para siempre, se vende a sí mismo, se transforma de hombre libre en esclavo, de poseedor de mercancía en simple mercancía.⁴⁸.

De este párrafo es posible extraer algunas características centrales de la idea de fuerza de trabajo como mercancía:

- a) El trabajador debe ser libre propietario de su fuerza de trabajo.
- b) Sólo el poseedor de la fuerza de trabajo puede ofrecerla y venderla.
- c) El poseedor de la fuerza de trabajo y el poseedor del dinero negocian como personas jurídicamente iguales.⁴⁹
- d) La fuerza de trabajo sólo puede ser vendida por un tiempo determinado, ya que lo contrario implicaría venderse a sí mismo.

Nozick, al discutir esta idea de Marx, entiende que el objetivo y la naturaleza de la libertad es una función de nuestra *propiedad de sí*. En este sentido, la propiedad de sí sería el punto de partida para generar los derechos sobre nuestros cuerpos y nuestras potencialidades.⁵⁰ Agrega que las personas no conciben a este sentido de la propiedad como poseer una cosa, sino como poseer derechos.⁵¹

Esta forma de entender la *propiedad de sí* parece ser compatible con la idea de que “*el trabajo no es mercancía*”. Pero como bien señala Cohen⁵², el trabajador que diariamente vende su fuerza de trabajo continúa siendo propietario de sí mismo y sigue siendo una persona libre. De lo contrario no podría ser capaz de vender esa fuerza de trabajo a otra persona. Al menos en este sentido, -y que es el sentido relevante para lo que se intenta sostener- el trabajo si puede ser una mercancía.

⁴⁸ MARX, 2018, p. 203-204.

⁴⁹ Hablamos, claro, de una igualdad en sentido formal.

⁵⁰ Citado en: COHEN 2017, pp. 89-90

⁵¹ NOZICK, 1988, p. 272

⁵² COHEN, 2017, p. 89-92

Desde la teoría marxista del trabajo también es posible distinguir al trabajador que vende su fuerza de trabajo como mercancía, de aquel trabajador independiente o autónomo que plasma esa fuerza de trabajo directamente en un producto (un bien o un servicio), y que participa en el intercambio de bienes con ese producto⁵³. Tomando prestadas estas nociones podríamos afirmar que, mientras el trabajador por cuenta propia es aquel que vende directamente y sin intermediarios el producto de su fuerza de trabajo, el trabajador por cuenta ajena sólo puede vender su fuerza de trabajo, la que, a su vez, en un proceso posterior generará un producto que será comercializado por otra persona.

4.b.II El trabajo como productor de valor

Corresponde ahora analizar el polo opuesto de esta relación de intercambio mercantil. Para que un trabajador pueda vender su fuerza de trabajo, es necesario que alguien necesite comprarla o intercambiarla por otra mercancía. Marx sostiene que, para que alguien puede vender una mercancía diferente a la fuerza de trabajo, deberá poseer medios de producción que logren transformar fuerza de trabajo en otro producto con valor determinado en el mercado, que luego podrá ser vendido nuevamente.⁵⁴

Ese bien tendrá un valor intrínseco que estará determinado por la fuerza de trabajo necesaria para producirlo. Es lo que Marx llama “*la magnitud de valor*” plasmado en el producto de ese trabajo. Este estará representado en su *valor de uso*⁵⁵, que es el valor que un objeto tiene para satisfacer una necesidad, y por su *valor de consumo*⁵⁶, que no es más que una forma relacional de valor y que se mide por su intercambiabilidad con otros bienes.

Pero como se puede advertir, la sola propiedad de medios de producción no le alcanza a su dueño para generar productos con un valor de uso determinado. Necesita de una mercancía cuyo valor de uso posea la cualidad de ser fuente de valor, o creador de valor intrínseco de lo que se produce, independientemente del valor de consumo que luego ese bien tenga. Es así que el poseedor de dinero

⁵³ MARX, 2018, p. 88-89

⁵⁴ Ibidem, p. 205.

⁵⁵ Ibidem, p. 215

⁵⁶ Ibidem, p. 74

encuentra en el mercado esta mercancía específica: la capacidad de trabajo o la fuerza de trabajo.⁵⁷

Es a partir de esta última afirmación que ciertos autores afirman que el trabajo y sólo el trabajo crea valor, y que el valor de una mercancía se determina por el tiempo de trabajo invertido. Pero Cohen, -en una reconstrucción analítica de la teoría laboral del plusvalor- menciona que el trabajo no crea valor, ya que, si el trabajo del pasado determina el valor de un producto, esto no puede dar cuenta de que las magnitudes de valor de un bien estén determinadas por las necesidades actuales del mercado.⁵⁸

Si bien es correcta la afirmación de que solo el trabajo produce aquello que tiene valor, y que ninguna otra actividad humana puede hacerlo, Cohen establece una distinción adecuada al sostener que los trabajadores no *crean valor* sino *aquello que tiene valor*. Si esto es así, entonces el capitalista no se apropia del valor del trabajo de sus empleados, sino del valor de lo que produce el trabajo de sus empleados.⁵⁹ A su vez, el valor del producto podrá verse determinado por acciones del propio empleador, o por factores externos a él como los flujos del mercado, los gustos sociales, las modas, etc. En este sentido, la magnitud del valor no está determinada por la fuerza de trabajo invertida en un bien determinado.

Esta distinción entre el valor generado por el trabajo, y que se encuentra representado en su valor de uso y el valor de cambio -o de consumo- ajeno al trabajo necesario para la producción de una mercancía, puede ser útil para delimitar la diferencia principal entre aquellos laboristas que hablan de *ajenidad en el riesgo* o en *los beneficios* de la empresa, de los que entendemos que la ajenidad recae sobre el producto, independiente de los riesgos o beneficios ulteriores de ese producto. Mientras la primera concepción se encuentra vinculada con el valor de cambio de la mercancía producida y sus fluctuaciones económicas, la teoría de la ajenidad en el producto hace referencia a la apropiación por parte del empleador del producto de la fuerza de trabajo del trabajador, independientemente del valor del cambio que esta pueda tener.

⁵⁷ Ibidem, p.205

⁵⁸ Cfr. COHEN, 1979, p.338-360

⁵⁹ Ibidem, p. 354

Si bien es cierto que una es consecuencia de la otra, ya que, para que el empleador asuma los riesgos del valor de cambio de un producto previamente debe haberse apropiado de ese producto, lo que parece caracterizar al trabajo por cuenta ajena es justamente el hecho de esa apropiación y no el eventual valor que la mercancía luego adquiera en el mercado. A su vez, que el ingreso económico que reciba la persona trabajadora dependa en alguna medida del valor de consumo, no cambia el hecho de que la disponibilidad del producto -y de su valor- continúa quedando en manos de la patronal.

Tal vez no ocurre lo mismo con la idea de “ajenidad en el mercado”, que aporta una característica diferente e interesante al actual intercambio de bienes y servicios mediante el uso de plataformas digitales, y que no necesariamente funciona como una consecuencia de la apropiación del producto. Unas breves consideraciones al respecto: como bien señala Trillo, en la economía de plataformas, la importancia de la marca empresarial está adquiriendo cada vez mayor importancia en los intercambios comerciales. Señala que este fenómeno “*hace que la autonomía de los sujetos que intervienen en un determinado mercado de bienes o servicios se limite o restringa sensiblemente, incluso, [...], la de las empresas que producen un bien u ofrecen un determinado servicio*”.⁶⁰ Si a esta idea de la concentración de los mercados le sumamos lo que Srnicek llama *capitalismo de plataformas*, en donde estas plataformas digitales “*se volvieron una manera eficiente de monopolizar, extraer, analizar y usar las cantidades cada vez mayores de datos que se estaban registrando*”⁶¹, el resultado arroja un escenario en el que la distancia entre la creación de valor (mercancía), apropiación, y comercialización, es aún mayor.

Podríamos decir que el monopolio de las “marcas” y la concentración del mercado mediante el uso de *datos*, generan una nueva forma de apropiación de la mercancía. Pero, aunque esto sea cierto, y pueda arrojar cierta perspectiva diferente a la anterior, este fenómeno excede, en algún punto, a la apropiación del producto de la fuerza de trabajo del trabajador, ya que puede abarcar incluso a un nuevo proceso de apropiación del valor de lo que produce el trabajo.

⁶⁰ TRILLO, 2021, p 12

⁶¹ SRNICEK, 2018, p. 39-51

Insisto, aunque la idea de “ajenidad en el mercado” merece ser revisitada y analizada para entender los nuevos fenómenos de trabajo por cuenta ajena, puede que no logre la precisión analítica que nos otorga la teoría marxista de la apropiación del producto.

Podríamos decir, una apropiación del trabajo ya apropiado por otros. Insisto, aunque la idea de “ajenidad en el mercado” merece ser revisitada y analizada para entender los nuevos fenómenos de trabajo por cuenta ajena, puede que no logre la precisión analítica que nos otorga la teoría marxista de la apropiación del producto.

4.b.III El trabajo como explotación

La reconstrucción que hace Cohen del argumento marxista puede resumirse de la siguiente manera:

13. Solo los trabajadores crean productos, y ese producto tiene un valor
14. El capitalista recibe parte del valor de ese producto
15. El trabajador recibe menos valor que el valor del producto
16. El capitalista se queda con parte del valor del producto creado por el trabajador.
17. Por lo tanto, el trabajador es explotado por el capitalista.⁶²

De la reconstrucción es posible advertir que la afirmación de que el trabajador es explotado por el capitalista (22) se deriva del hecho que el capitalista se queda con parte del valor del producto creado por el trabajador (21). Sin embargo, este argumento -así como está planteado- parece insuficiente para justificar una reprochabilidad jurídica a la práctica del empleador tal que permita interferir en ese libre acuerdo entre las partes, o que nos permita hablar de explotación en los términos que nuestros ordenamientos jurídicos generalmente lo hacen.

Si en una determinada relación laboral A se obliga libremente a trabajar para B, y éste último se apropia del producto del trabajo de A, el que, a su vez, tendrá un valor mayor en el mercado, lo que beneficiará a B, ¿Deberíamos considerarla una relación injusta? ¿Por qué debería intervenir el Estado en esta relación contractual? La respuesta a la primera pregunta posiblemente podría servir para contestar la segunda.

Cohen entiende que en la teoría de Marx esta relación de explotación se considera injusta por dos motivos: a) los trabajadores son

⁶² Ibidem, p. 356

los últimos en una cadena de distribución desigual de los medios de producción, y; b) los trabajadores están forzados a trabajar bajo las órdenes de otros. Sin embargo, el autor señala adecuadamente que la injusticia reside en el primer punto, precisamente por ser la distribución injusta de medios de producción lo que obliga a algunas personas solo puedan ofrecer su fuerza de trabajo.⁶³

Aquí el derecho del trabajo se encuentra con otro obstáculo en la definición de la dependencia laboral. Si adopta esta reconstrucción de la explotación laboral de Marx, entonces sólo podría evitar esta injusticia corrigiendo la desigual distribución de medios de producción. Si, en cambio, sólo se dedica -como sucede actualmente- a regular la forma en que los trabajadores venden su fuerza de trabajo, en realidad sólo está regulando un mercado que siempre será injusto. Una tercera alternativa, que ahora resulta evidente, es la de abandonar la noción marxista de explotación laboral, al menos en la reconstrucción hasta aquí realizada.

Ahora resta intentar compatibilizar dos afirmaciones aparentemente contradictorias, que los trabajadores *se obligan libremente* a trabajar para sus empleadores, y que, a su vez, *se ven obligados a hacerlo*.

4.c. Relaciones de dominación e interferencia estatal no arbitraria

Una alternativa posible es recurrir a otra forma de entender el vínculo entre trabajador y empleador, que permita justificar la interferencia estatal sin cuestionar la propiedad de los medios de producción. Cabe hacer algunas aclaraciones previas respecto a la tensión existente entre el contrato al que se obliga “libremente” una persona trabajadora, y la “falta de libertad” precontractual en la que se encuentra.

Lejos de tratarse de una nueva discusión en la filosofía del derecho, ni de ser el problema central a abordar en este trabajo, si es posible reconstruir algunas de estas discusiones sólo a los fines de explicitar ciertas posturas asumidas y descartar otras. Así, podríamos partir -cómo lo hace Sandel- de las siguientes preguntas: ¿En qué condiciones es el libre mercado realmente libre?⁶⁴ ¿Si contrato con alguien que se encuentra en mejor posición de negociación que la

⁶³ COHEN, 2017, p. 239-240

⁶⁴ Incluso, podríamos introducir esta pregunta dentro del dilema filosófico de larga data: ¿Somos realmente libres?

mía, puedo negociar libremente? Un acuerdo libre y consentido ¿Es necesariamente de un acuerdo equitativo?⁶⁵

Si entendiésemos a la libertad de contratar como la mera ausencia de obstáculos que me permitan elegir con quien firmar un contrato y, por otro lado, a la libertad contractual como la facultad de negociar libremente bajo qué condiciones se contrata, entonces seguramente tendríamos que afirmar estas formas de libertad no existen.⁶⁶ En igual sentido, tampoco podríamos afirmar que un acuerdo firmado libremente (libertad de contratar) pueda garantizar alguna forma de equidad en su contenido (libertad contractual), ya que la desigual posición de negociación o el mayor grado de conocimiento que tenga una de las partes contratantes puede llevar a un acuerdo inequitativo.⁶⁷

Si esto es así entonces estaríamos en condiciones hacer -al menos por ahora-, dos afirmaciones. En primer lugar, no cualquier falta de libertad a la hora de contratar resulta relevante para el derecho del trabajo, pues incluso en los contratos civiles o comerciales puede llegarse a acuerdos sin que existe plena libertad contractual. En segundo lugar, no es la falta de libertad la que genera contratos laborales en condiciones inequitativas, ya que la libertad de contratar no garantiza llegar a firmar acuerdos equitativos.

Pero en los contratos laborales parece existir algún rasgo distintivo que coloca a las personas trabajadoras en una particular forma de dominación respecto a la parte empleadora. Para esto adoptaré la noción de “relaciones de dominación” desarrollada por Pettit, y la explicaré brevemente a continuación.

4.c.1 Libertad republicana

La idea republicana de libertad como no-dominación, según entiende Pettit, se remonta a la histórica contraposición entre libertad y esclavitud, entre el ciudadano y el esclavo. La tradición republicana era antimonárquica precisamente en este sentido, ya que el poder absoluto del monarca atentaba contra la libertad que se pretendía defender. Es posible decir que, para los republicanos, goza de libertad aquella persona que no se encuentra sometida al poder arbitrario de otra.⁶⁸

⁶⁵ SANDEL, 2009, p. 149-151

⁶⁶ Ibidem, p. 129-132

⁶⁷ Ibidem, p. 141

⁶⁸ Cfr. PETTIT, 2004, p. 35-40

Pues, lo que caracteriza a la dominación de unos sobre otros, no es la presencia de cualquier tipo de interferencia, sino solo de aquellas interferencias arbitrarias.

Esta idea de libertad republicana se separa de la idea de libertad negativa como no-interferencia, llegándose así a reconocer la posibilidad de que exista libertad aún bajo la existencia de interferencias en las vidas de las personas. Pues, lo que caracteriza a la dominación de unos sobre otros, no es la presencia de cualquier tipo de interferencia, sino solo de aquellas interferencias arbitrarias.

De igual forma puede que se dé la pérdida de libertad aún sin interferencia alguna. Pettit afirma que, lo que caracteriza a la dominación, es el poder interferencia arbitrario sobre otro, aunque de hecho se decida no interferir en la vida de ese otro. A su vez, esa interferencia arbitraria afecta en las elecciones que el otro pueda realizar y busca empeorar la situación en la que se encuentra la persona dominada.⁶⁹ A su vez, agrega el autor, una persona puede dominar a otra independientemente del origen contractual que esa relación pueda tener.⁷⁰

Por el contrario, existe una forma de interferencia no arbitraria, cuando ese acto se vea forzado a tomar en cuenta los intereses y opiniones de la persona afectada por la interferencia. Se trataría de una forma de interferencia sin dominación. Es en este sentido que el republicanismo persigue la no-dominación, y no la no-interferencia.⁷¹ Se sostiene que el derecho es constitutivo de libertad, aun cuando pueda implicar formas de interferencias no arbitrarias. Es decir, la idea de libertad existe bajo un régimen jurídico adecuado, ya que son las leyes las que deben crear las libertades de los ciudadanos, siempre que las interferencias en los individuos no revistan el carácter de arbitrarias.⁷²

El Estado cuenta con diversas estrategias para evitar las relaciones dominación. Una de estas estrategias tiene un carácter preventivo y suele presentarse en normas de carácter constitucional. Se trata del poder que tiene la autoridad estatal para privar a los ciudadanos del poder de interferencia arbitraria entre pares, y el poder de castigar cuando esa forma de interferencia se presente.⁷³

⁶⁹ Ibidem, p. 77-82

⁷⁰ Ibidem, p. 88-91

⁷¹ Ibidem, p. 81-83

⁷² Ibidem, p. 57-59

⁷³ Ibidem, p.96-99

4.c.II Libertad social y libertad en el mercado

Para la teoría económica liberal clásica, el libre intercambio del mercado suele ser la mejor representación de la idea de libertad como no-intervención, en donde la libre elección de los consumidores es la que genera competencia y esta, a su vez, el aumento de las posibilidades de elección. Sin embargo, desde la concepción republicana de libertad como no-dominación esta libertad de mercado no siempre beneficia la libertad de elección de los consumidores.

Al analizar la libertad en el mercado, Pettit introduce la noción de libertad social, que no se condice con la noción de libertad propia de las teorías económicas liberales. Según esta idea de libertad social, una persona será libre sólo en la medida en que sus elecciones no se vean obstaculizadas. O, dicho de otro modo, una persona será socialmente libre en la medida en que esté protegida contra cualquier forma de obstrucción social de esa libertad de elección. Y las opciones que se presentan son socialmente libres en la medida que son el ejercicio de esa libertad de elección sin obstáculos.⁷⁴

En esta forma de entender la libertad social, la idea de interferencia arbitraria juega un rol particularmente diferente. Esta forma de interferencia no implica, necesariamente, imposibilitar la elección de opciones. Puede implicar, simplemente, una forma de obstaculización que elimina una o un conjunto de opciones que de otro modo estarían disponibles, dejando de este modo un abanico de opciones más limitado de lo que hubiese podido ser. Así, una persona será dominada por otra cuando no tenga opciones de elección (o libertad de contratar), o cuando las opciones disponibles se encuentren sujetas al arbitrio de la persona dominante (o libertad contractual).⁷⁵

Cabe hacer una aclaración más: al pensar en las posibles obstrucciones que se pueden imponer, Pettit distingue entre amenazas y ofertas. En un marco de opciones A, B y C, una persona puede realizar una oferta sin coacción alguna, simplemente ofreciendo una recompensa si se elige una opción concreta. En este caso, por ejemplo, podría modificarse el universo de opciones por A-plus, B y C (es decir, añadiendo una recompensa a la opción A).

Distinto es el caso de las amenazas, en donde la modificación en el universo de opciones posibles consiste en agregar una penalización

⁷⁴ PETTIT, 2005, p. 131-134.

⁷⁵ Ibidem, p. 135-137

junto con una de las opciones. Por ejemplo, A, B y C-menos (es decir, añadiendo una penalización a la opción C). En este caso, la penalización funciona como una coacción que priva a la persona dominada del control sobre las opciones posibles.⁷⁶

Para Pettit la desigual distribución de propiedades no es contraria a la libertad por el mero hecho de ser desigual. Sólo se verá afectada la libertad en la medida que la desigual distribución de propiedades tenga el efecto de permitir la dominación, o la interferencia arbitraria, de unos sobre otros. En este caso, el Estado podrá intervenir en el mercado y en la distribución de propiedades, siempre que esa intervención busque ajustar la desigualdad en la medida que genera dominación.⁷⁷

5. DOMINACIÓN Y TRABAJO

Afirmé que la ajenidad sólo constituye una condición necesaria pero no suficiente para la existencia de dependencia laboral. Dicho de otro modo, es posible encontrar situaciones de intercambio en donde una persona sólo tenga su fuerza de trabajo para ofrecer, pero que su forma de relacionarse contractualmente con terceros no configure dependencia laboral. Pero aún parece haber algo más que diferencia a este trabajador por cuenta ajena de aquel otro que trabaja bajo la dependencia laboral de un empleador.

Si esto es así, entonces todavía resta volver al problema central de este trabajo, definir a la dependencia laboral de manera tal que permita distinguir los casos de trabajo por cuenta ajena *autónomos*, de aquellos trabajos por cuenta ajena *dependientes*, y que, a su vez, permita justificar la interferencia estatal en esa relación contractual privada. Es aquí donde la noción de libertad de mercado de Pettit puede aportarnos algunos elementos que permitan delimitar estas dos formas de trabajo.

5.a El trabajo como forma de dominación

Pensemos, por ejemplo, que el agente T se vincula contractualmente para trabajar para el agente E. Dentro de las condiciones de

⁷⁶ Ibidem, p. 143-144

⁷⁷ Ibidem, p. 138.141

contratación posibles se encuentran las alternativas *Q*, *R* y *S*. Mientras que *Q* y *R* resultan razonables teniendo en cuenta los “estándares mínimos de contratación en el mercado”⁷⁸, *S* claramente resulta favorable para *E* y perjudica notoriamente a *T*. Como *T* necesita contratar con *E* ya que no hacerlo le implicaría un perjuicio aún mayor, *E* sólo le ofrece la condición de contratación *S*. *T* acepta la forma de contratación *S* porque, aun cuando lo perjudica en comparación con las otras posibilidades de contratación, el perjuicio que le generaría no contratar con *E* es aún mayor. En este escenario hipotético *E* domina a *T*, porque interfiere arbitrariamente en las opciones de *T*. No porque obligue a *T* a contratar con él, ya que este aún posee -aunque de manera limitada- su capacidad de contratar, sino porque introduce un obstáculo que elimina una o un conjunto de opciones que de otro modo estarían disponibles para *T*, lo que limita notoriamente la libertad contractual de este último.

Si el Estado quisiera interferir en esta relación contractual y eliminar la dominación de *E* sobre *T*, tendría tres opciones posibles. La primera implicaría permitir a *T* satisfacer sus necesidades sin tener que recurrir a un vínculo contractual con *E* que lo obligue a ser dominado por este último. Una segunda opción, quizás la sostenida por el propio Pettit, sería eliminar el estado necesidad de *T* que lo obliga a contratar con *E*, y de esta forma permitirle a *T* no contratar con *E* cuando las condiciones de contratación lo perjudicasen, esto es, reforzar su libertad para decidir contratar o no, lo que llevaría al agente *E*, a ofrecer también las condiciones *Q* y *R*., y como consecuencia aumentar la libertad contractual de *T*.

Una tercera alternativa, que considero que es la que mejor representa el rol el Estado *efectivamente* cumple en las relaciones de trabajo, implicaría diseñar un sistema de cobertura jurídica estatal que impida que *E* obligue a *T* a contratar bajo las condiciones *S*. Esto se lograría prohibiendo las condiciones de contratación *S* y, de esa forma, sólo dejando como alternativas posibles las condiciones de contratación las alternativas *Q* y *R*.

⁷⁸ Lo que aquí llamo “estándares mínimos de contratación en el mercado”, podría también ser planteado como “condiciones mínimas de trabajo digno” u otras formulaciones similares presentes en el Derecho Internacional del Trabajo. El uso de expresiones tan generales y abstractas siempre puede resultar un problema, y de hecho lo son. Pero ello no será objeto de esta investigación, aunque si es debo reconocer aquí un punto problemático que deberá ser desarrollado con mayor profundidad en un futuro.

Para entender cómo se vincula este ejemplo con las relaciones de trabajo es necesario hacer algunas precisiones previas. Lo que resulta particular en el ejemplo, y que es origen principal de la situación de dominación, es que “T necesita contratar con E”. Esta necesidad no puede ser un mero deseo o preferencia, sino una necesidad real que coloque a T en cierta situación de vulnerabilidad que permita a E sacar algún beneficio de ella.

A su vez, esa situación de vulnerabilidad tiene que estar directamente vinculada con lo que E tiene para ofrecer a T. Es decir que T sólo puede satisfacer esa necesidad contratando con E o, al menos, desconocer si existe otra posibilidad real de satisfacer esa necesidad sin tener que contratar con E, por lo que no contratar con él lo colocaría en una situación de incertidumbre respecto a la posibilidad de poder satisfacer esa necesidad a través de un tercero.

Nótese, sin embargo, que contratar con E en las condiciones S no necesariamente implica un perjuicio para T. Incluso podría pensarse que la condición de contratación S le genera algún tipo de beneficio, esto es, eludir la situación de necesidad en la que se encuentra. Pero la relación de dominación entre E y T no radica en el perjuicio efectivo que se le cause a T, sino en la obstaculización de las opciones disponibles que T tendría de no ser por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. Se trata de un elemento de presión sobre la voluntad de T que, en este caso, funciona como una amenaza. Esta amenaza es: no contratar con T al menos que éste acepte las condiciones de contratación S.

Es posible, sin embargo, sostener que en realidad no hay amenaza alguna en la oferta de E, sino una especie de recompensa. Esto sería, si T acepta la condición S podrá contratar con E. No habría aquí coacción alguna por parte de E, ya que T puede “libremente” rechazar esa oferta. Podríamos decir, es libre de no contratar con E. Al analizar la distinción entre ofertas y coacciones, Peralta sostiene que es indiferente si esta se trata de una acción o una omisión ya que, tanto las ofertas como las coacciones pueden ser formuladas también como omisiones. Pero lo característico en este caso es que T no tiene en realidad muchas opciones debido a su situación de vulnerabilidad, y esta situación es aprovechada por E para proponer sólo las condiciones de contratación que lo favorecen en mayor medida que otras opciones. Es decir que, de no existir la situación de

vulnerabilidad de T, las condiciones de contratación probablemente también hubiesen incluido las opciones Q y R. En este sentido, la oferta de E funciona en realidad como una amenaza por omisión, como consecuencia de un aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de T.⁷⁹

Nótese que lo que lo que justificaría la interferencia estatal en esta relación no es la desigualdad entre E y T como origen de la causa de dominación, ya que esto implicaría hacer responsable a T de esa desigualdad. Lo que justifica la intervención estatal es el reproche a la intervención arbitraria de E sobre T como aprovechamiento de esa situación de desigualdad.

En las relaciones de trabajo pasa exactamente esto. T, que sólo tiene su fuerza de trabajo para vender, busca en el mercado de trabajo alguien que acepte contratar con él, y pagarle una remuneración x que le permita satisfacer sus necesidades básicas. La situación de vulnerabilidad de T no reside la desigual distribución de activos productivos, o en el hecho de que T solo tenga su fuerza de trabajo para vender, sino en las posibilidades de contratación que le ofrece el mercado de trabajo.

Si la situación de vulnerabilidad se encuentra relacionada con la tasa de desempleo del mercado de trabajo en la que se ofrece la fuerza de trabajo, entonces la situación de vulnerabilidad será mayor en aquellos países que poseen una tasa de desempleo mayor, ya que las posibilidades de contratación de ese trabajador son menores que las de un trabajador que ofrece su fuerza de trabajo en un mercado laboral con tasas bajas. Es decir que la situación de vulnerabilidad puede ser graduada según el lugar en el que una persona ofrezca su fuerza de trabajo.

En este sentido, es posible también pensar que no todo trabajador se encuentra en igual situación de vulnerabilidad, y que aquellos trabajadores más jóvenes o más preparados se sienten menos amenazados por la no contratación que algunos trabajadores a los que probablemente les cueste más vender su fuerza de trabajo. Lo mismo sucede en las sociedades en donde el nivel de contratación laboral de mujeres es porcentualmente inferior al de varones.

⁷⁹ Cfr. PERALTA, 2014, p. 491-510

Además del nivel de desempleo de cada sociedad y de las características personales de la persona trabajadora, hay un factor vinculado con ciertas características de la actividad productiva que también incide en esta situación de vulnerabilidad. Me refiero al grado de “intercambiabilidad” de la persona que brinda su fuerza de trabajo, y que se encuentra íntimamente vinculado con lo que Marx denominó la “desubjetivización de la fuerza de trabajo”.⁸⁰ Según esta idea, el trabajador o la trabajadora pasar a ser una mera pieza en el proceso de producción que puede ser fácilmente intercambiable por otra pieza que cumpla igual función. Podría decirse que, en aquellas actividades productivas con mayor grado de intercambiabilidad del trabajo, mayor será la situación de vulnerabilidad de las personas contratadas para realizar esas tareas, ya que las posibilidades de ser reemplazada por otra persona serán proporcionalmente mayores.

Ahora bien, si se comparte la idea de libertad como no dominación, las condiciones individuales que posea un individuo, o las características de la actividad productiva, no resultan de gran importancia, ya que lo que se pretende es limitar la posibilidad de dominación de cualquier persona en la sociedad. Pues no se trata de evaluar las posibilidades que tiene un individuo particular para escapar a la interferencia arbitraria de otro, sino de que esa persona se encuentre debidamente protegido contra esa eventual interferencia, vale decir, contra la mera posibilidad de que ello ocurra.⁸¹

Pero no todo trabajador por cuenta ajena se encuentra en situación de vulnerabilidad. Como ya se mencionó, es posible pensar en trabajadores que sólo tengan su fuerza de trabajo para vender -por ej. un arquitecto o un abogado- pero que no parecen encuadrar en lo que llamamos relaciones de dependencia laboral, sino más bien en una forma de trabajo autónomo. Lo que sucede en estos casos es que la afirmación “T necesita contratar con E” no se encuentra presente en este tipo de relaciones contractuales de igual manera. No porque T no necesite contratar con E para obtener algún provecho económico que le permita subsistir, sino porque en estos casos la necesidad de contratación es mutua, e incluso puede llegar a ser mayor la necesidad de contratación de E. Es decir que, en estos casos, es posible también afirmar que “E necesita contratar con T”,

⁸⁰ Cfr. MARX, 2018, p. 451-462

⁸¹ PETTIT, 2005, p. 138

A esta altura ya es posible advertir que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos trabajadores por cuenta ajena, y la posibilidad de aprovechamiento de esa situación por parte de los empleadores, es lo que justifica -siempre que se asuma a la libertad como no dominación- un sistema de cobertura jurídica estatal que impida que se pueda contratar bajo ciertas condiciones desfavorables.

ya que T posee algún tipo de conocimiento específico o mano de obra especializada que limita este tipo de oferta de fuerza de trabajo que E puede encontrar en el mercado laboral.

Y es justamente esto lo que elimina la situación de vulnerabilidad que si está presente en el trabajo en relación de dependencia, ya que en los casos de trabajo autónomo la persona que contrata esa fuerza de trabajo no cuenta con la posibilidad de obstaculizar las posibilidades de contratación de T en beneficio propio, y de esta forma interferir en su libertad contractual. Aquí sí podríamos hablar de un libre intercambio comercial de la propia fuerza de trabajo.

6. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO INTERFERENCIA ESTATAL

Como sostuve anteriormente, una adecuada definición de la dependencia laboral debe ser capaz también de dar una justificación adecuada de la *interferencia estatal* en este tipo de relaciones contractuales. A esta altura ya es posible advertir que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos trabajadores por cuenta ajena, y la posibilidad de aprovechamiento de esa situación por parte de los empleadores, es lo que justifica -siempre que se asuma a la libertad como no dominación- un sistema de cobertura jurídica estatal que impida que se pueda contratar bajo ciertas condiciones desfavorables. En el caso del derecho del trabajo, el mecanismo utilizado para lograr este objetivo es la prohibición de determinadas condiciones de contratación, y lo viene siendo desde el nacimiento mismo de esta rama del derecho.

Piénsese, por ejemplo, en la jornada de trabajo, la remuneración mínima o las vacaciones. Si bien es común en la doctrina laboralista que estos temas sean abordados genéricamente como derechos de los trabajadores, se trata en realidad de prohibiciones dirigidas al empleador. Esta distinción puede parecer irrelevante, sobre todo si se piensa que existe una clara correlación entre derechos y deberes. Alguien podría, quizás, argumentar que en realidad se trata de derechos de los trabajadores y que, por la “regla de no impedimento”, se impone obligatoriamente a los empleadores no perturbar a los trabajadores del disfrute de estos derechos. Que cuando el ordenamiento normativo permite tales acciones (los derechos de los

trabajadores), prohíbe los actos de otros que impidieran el ejercicio de esas acciones permitidas.⁸²

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores es justamente lo que justifica esta interferencia, no por la situación de vulnerabilidad misma, sino por el aprovechamiento que los empleadores pueden hacer de esta situación, y la constante amenaza implícita entre las opciones con las que cuentan las personas que trabajan. Entonces el mecanismo utilizado parece claramente estar dirigido a prohibir al empleador ciertas condiciones de contratación, y no tanto a permitir a los trabajadores contratar en condiciones que le sean más favorables, porque de continuar existiendo una opción menos favorable dentro del mundo de opciones posibles, la amenaza patronal no habría desaparecido.

Es por esto que al derecho laboral poco le interese el consentimiento del trabajador cuando se trate de jornadas laborales que superen el máximo de horas permitidos, o cuando se pacten salarios por debajo de los mínimos legales, porque se trata de en realidad de condiciones prohibidas para el empleador, independientemente del consentimiento que pueda prestar o no el trabajador.

Otra alternativa podría ser plantear que estos derechos de las personas trabajadoras, son en realidad *obligaciones de hacer* dirigidas al empleador. Pero tampoco daría cuenta de lo que efectivamente regulan las normas laborales. Retomemos los ejemplos anteriores: jornada de trabajo y salario mínimo. ¿El empleador tiene la obligación de pagar un salario mínimo o de contratar por la cantidad de horas que establece la jornada legal? En realidad no, ya que podría contratar por menos horas o pagar un salario mayor. Si esto es así, entonces sólo podríamos afirmar que el empleador tiene una *obligación de no hacer*, esto es, una obligación de no contratar por debajo de estos mínimos legales. Y esto no es otra cosa que la equivalencia lógica de una prohibición.

Lo que intento demostrar es que el fundamento mismo de la dependencia laboral y de la interferencia estatal en este tipo de relaciones contractuales -o al menos de un núcleo de condiciones mínimas de trabajo-, se encuentra en la prohibición dirigida al empleador sobre aquellas condiciones de contratación que representen un

⁸² Cfr. PEÑA, 2009, p. 73-102

aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores dependientes.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En búsqueda de una definición de dependencia laboral lo suficientemente precisa, aunque -debo reconocer- no necesariamente más concreta, como primera medida se estableció un marco de análisis que permita delimitar que clase de trabajo es el que reúne ciertos requisitos necesarios para ser considerado trabajo dependiente, tomando para ello las nociones de *fuerza de trabajo* y *mercancía* desarrollada por la teoría de Marx y Cohen. Esto permitió distinguir entre el *trabajo por cuenta ajena* y el *trabajo por cuenta propia*, tomando como elemento diferenciador la ajenidad en la propiedad del resultado del trabajo humano.

También se demostró que no todo trabajo por cuenta ajena puede ser entendido como trabajo en relación de dependencia. Para precisar la definición de dependencia laboral, es necesario introducir la noción de *libertad como no dominación*, la cual permite distinguir aquellas formas de trabajo por cuenta ajena en las que está justificada la interferencia estatal no arbitraria, de aquellas en las que no lo está. A la ya varias veces mencionada desigualdad entre trabajadores y empleadores, se le agregan dos elementos claves en el concepto de dependencia laboral y en la justificación de la interferencia estatal: la particular situación de vulnerabilidad de la persona que trabaja, y la posibilidad de interferencia arbitraria por parte de la parte empleadora. Así, la intervención del Estado sólo está justificada en la medida que busque eliminar del mundo de opciones posibles aquellas que permitan al empleador establecer una relación de dominación hacia la persona trabajadora. A su vez, esta interferencia estatal se presenta predominantemente como prohibiciones dirigidas al empleador.

Para llevar este argumento, por ejemplo, al caso de trabajadores de plataformas digitales, y aunque no puedo afirmar que todos los casos de trabajo de reparto a través de plataformas digitales sean exactamente iguales entre sí -por lo que me resulta imposible categorizar a esta forma de trabajo de manera concluyente-, si parecen haber ciertos elementos comunes en gran parte de ellos⁸³:

⁸³ Muchos de estos datos estadísticos consultados en: MADARIAGA, BUENADICHA, MOLINA, ERNST, 2019

el producto de su trabajo es comercializado por una empresa a través de una *app*; el capital de la empresa hoy se presenta como la concentración de *data*; quienes ingresan en este tipo de trabajo no requieren de un grado de cualificación profesional elevado, lo que permite un alto nivel de rotación entre quienes realizan estas tareas; esta forma de trabajo ha crecido comparativamente más en países con alto nivel de desocupación, las personas que trabajan en estas actividades aceptan obtener un ingreso económico comparativamente menor a quienes trabajan en otras actividades, no gozan de vacaciones, ingresos mínimo ni seguros ante accidentes, y deben costear los gastos de sus elementos de trabajo, lo que muestra que estos trabajadores suelen aceptar libremente condiciones de contratación peores que las tienen otros trabajadores autónomos o dependientes.

Todas estas características no harían más que caracterizar a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos trabajadores y trabajadoras, y su falta de poder de negociación frente a la empresa con la que contratan, que generalmente sólo se presenta ante ellos como una *app* en los *smartphones* que llevan en sus bolsillos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Mario; “Manual de elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social”; Rubinzal-Culzoni; Santa Fe; 2019.

ACKERMAN, Mario E.; “Los principios del derecho del trabajo” en *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*; Coord. TOSCA Diego M.; Dir. ACKERMAN Mario E.; 11 ed.; Rubinzal Culzoni; Santa fe; 2005.

ACKERMAN, Mario E.; “Reflexiones en torno de la dependencia laboral y la descentralización empresaria de cara a la legislación y la jurisprudencia argentinas” en *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Coord. KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, UNAM, Ciudad de México, 2005.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio; *Sistemas normativos*; 2da Ed; Astrea, Buenos Aires, 2012.

ALEGRE, Marcelo; “¿Quién le teme a la igualdad?” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 2004.

ALIMENTI, Jorgelina F; “La dependencia laboral” en *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*; Coord. TOSCA Diego M.; Dir. ACKERMAN Mario E.; 11 ed.; Rubinzal Culzoni; Santa fe; 2005.

ALONSO OLEA. Manuel; “Trabajo libre y trabajo dependiente”; en *Estudios sobre derecho individual del trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali*; Buenos Aires; Heliasta; 1979.

ARNESON, Richard, “Exploitation, domination, competitive markets, and unfair division”, en *The Southern Journal of Philosophy*, Volume 00, 2016.

ARAGÜEZ VALENZUELA, Lucía, “La consideración del trabajador como mercancía en la economía de plataformas virtuales”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 8, número 1, enero-marzo de 2020.

ARENA, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIX-Nº1, Julio 2016.

ARISTÓTELES; “*Política*”; Ed. Gredos; Madrid; 1988.

BULYGIN, Eugenio, “Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo; “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, en *Revista de Derecho*, vol. XVIII, Nº 1, Julio 2005.

CALDERA, Rafael; *Derecho del trabajo*; El ateneo; Buenos Aires; 1961.

COHEN, Gerald A.; “The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation” en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 8, No. 4; Wiley; 1979.

COHEN Gerald A.; *Propiedad de sí, libertad e igualdad*; Prometeo libros; Buenos Aires; 2017.

COPI, Irving M. & COHEN, Carl; *Introducción a la lógica*; 2da Ed.; Limusa; México; 2013.

DAGNINO, Emanuele; “Uber Law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, 2015.

ECHAVE, Delia T., URQUIJO, María E. & GUIBOURG, Ricardo A.; *Lógica, proposición y norma*; Astrea; Buenos Aires; 2008.

ERMIDA URIARTE, Oscar, & HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar; “Crítica de la subordinación”; en *Ius et veritas*; 13(25), 2002.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan C; *Tratado práctico de derecho del trabajo*, 3º Edic., Vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2007.

GOLDIN, Adrián O; “Las fronteras de la dependencia”; en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2001.

GOLDIN, Adrián O; “La Protección del Trabajo en la Encrucijada” en *Derecho & Sociedad*, (17), 2001.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, Núm. 138/2017, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2017.

GONZÁLEZ RICOY, Iñigo, “Democratizar la empresa: un análisis desde la filosofía política”, en *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 148, Madrid, abril-junio, 2010.

GOUREVITCH, Alex; “Labor Republicanism and the Transformation of Work” en *Political Theory* 2013; Nº41 (4); SAGE Publications, 2013.

GUERRERO VIZUETE, Esther, “La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 6, núm. 1, enero-marzo de 2018.

KROTOSCHIN, Ernesto; “*Tratado práctico del Derecho del Trabajo*”; vol. 1; Depalma; Buenos Aires; 1955.

LOBATO, Julieta; “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso ‘Sisnero’”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, (46), ene-jun, 2019.

LOVETT, Frank; “The labour republicans and the classical republican tradition: Alex Gourevitch’s From Slavery to the Cooperative Commonwealth” en *European Journal of Political Theory* 2015; Nº 0(0); SAGE Publications, 2015.

MADARIAGA, César; BUENADICHA, Erika; MOLINA, Christoph Ernst; *Economía de plataformas y empleo: ¿cómo es trabajar para una app en Argentina?*, CIPPEC, BID y OIT, 2019, obtenido de: <https://www.cippec.org/publicacion/economia-de-plataformas-y-empleo-como-es-trabajar-para-una-app-en-argentina/>

MACHADO, José D.; “El trabajoso deslinde del concepto de dependencia y sus ‘vecinos’”; en GARCÍA VIOR, Andrea

(Coord.); *Colección Temas de Derecho Laboral: Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*; Errepar; Buenos Aires; 1999.

MARX, Karl; *El capital: el proceso de producción del capital*; Tomo I; 1er ed.; Siglo XXI; Buenos Aires; 2018.

MONTES CATÓ, Juan, “Subordinación y dominación en los espacios de trabajo. Estudio sobre la disciplina y sus formas de expresión”, en *Athenea Digital*, num. 8, 2005.

NOZICK, Robert; *Anarquía, Estado y Utopía*; Fondo de Cultura Económica; México; 1988.

PEÑA, Lorenzo; “La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos” en *Persona y Derecho (Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos)*; Nº 61; Universidad de Navarra; Navarra; 2009.

PERALTA, José M; “La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud” en *Homenaje a Schünemann*, Gaceta jurídica, Lima, 2014.

PÉREZ AMORÓS, Francesc; “Sin frenos y sin contrato: a vueltas con la ajenidad laboral” en *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo*, Año 2018, Número 5, pp. 123-132.

PETTIT, Philip; *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*; Paidós; Barcelona; 2004.

PETTIT, Philip; “Freedom in the market” en *Politics, Philosophy & Economics* (2); 2005, doi: 10.1177/1470594x06064218.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Sobre las fronteras del derecho del trabajo”, en: *Estudios homenaje a Rafael Calderas*, Caracas, 1997.

RAMÍREZ BOSCO, Luis; “El derecho del trabajo”; en *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*; Coord. TOSCA Diego M.; Dir. ACKERMAN Mario E.; 11 ed.; Rubinzal Culzoni; Santa fe; 2005

SABA, Roberto; *Más allá de la desigualdad formal ante la ley*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.

SANDEL, Michael; *Justice: What’s the Right Thing to Do?*, Penguin Books, Londres, 2009.

SEN, Amartya Kumar, “Trabajo y derechos”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119 (2000), núm. 2, 2000.

SRNICEK, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Caja Negra Editora, Buenos Aires, 2018.

SUPIOT, Alain; *Crítica del derecho del trabajo*; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones; Madrid; 1996.

TRILLO, Francisco, *El trabajo en plataformas digitales: modelos de regulación jurídica del trabajo subordinado en el siglo XXI*, Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2021

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, 8ª Edic., T. I, Astrea, Buenos Aires, 1982.

VILLASMIL PRIETO, Humberto, “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016.

VON WRIGHT, Georg H.; “Deontic Logic”; *Mind*; Vol. LX, No. 237; 1951.

VROUSALIS, Nicholas, “Exploitation, Vulnerability, and Social Domination”, en *Philosophy and Public Affairs*, Junio, 2013.

YADÓN, María Valeria; “Algunas cuestiones sobre la dependencia laboral” en *Revista de Estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral*, Año 1 · Nro. 1. Nov. 2019, Versión online: 2683-8761.

QUALIFICAÇÃO

Juan Manuel Nieto es Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UNC, UCC, UNL), Mastrando en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova).