



Revista Latinoamericana de Derecho

Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de

México

México

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos

DERECHO DEL TRABAJO Y SOLIDARIDAD: UN ABORDAJE DESDE LA TEORÍA DE
LA RELACIÓN DE TRABAJO

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 13, julio-diciembre, 2011, pp. 143-155

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640268009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHO DEL TRABAJO Y SOLIDARIDAD: UN ABORDAJE DESDE LA TEORÍA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

LABOR LAW AND SOLIDARITY: AN APPROACH FROM THE LABOR RELATION THEORY

Manoel Carlos TOLEDO FILHO*

I. EL ORIGEN FÁCTICO DEL PROBLEMA: LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

Como es sabido, en el principio del capitalismo industrial, la producción de bienes poseía una nítida naturaleza concentrada. La fábrica, en su concepción tradicional, respondía a una *lógica de verticalidad*, es decir, hacía o se apropiaba de todas las tareas necesarias para la consecución de su producto final.

Esa característica, en la misma medida en que propiciaba un amplio control del empresario sobre todas las etapas del desarrollo de su actividad, tornaba las relaciones de trabajo subjetivamente sencillas: era posible entonces identificar con facilidad quién era el responsable por la administración del emprendimiento y, como corolario, por la observancia o el respeto a los derechos de las personas que bajo su dirección prestaban servicios a cambio de una remuneración, es decir, los empleados del establecimiento productor.

Pero esa manera de organización de la empresa capitalista no perduraría. Como ha expresado el profesor Montoya Medina,

* Profesor en la Pontificia Universidad Católica de Campinas (PUC); miembro de la AADTSS y de la AUDTSS; miembro honorario de la Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay (neco@mpcnet.com.br).

...a lo largo de la década de los años setenta se comienza a vislumbrar que el anterior modelo de organización productiva está en crisis. Las tradicionales estructuras fabriles basadas en los sistemas de concentración productiva que se inspiran en los sistemas taylorista-fordista de estandarización de procedimientos y producción en serie resultan pronto arcaicas para dar una respuesta ágil a las exigencias del mercado en términos de racionalización de costes y máxima productividad.¹

En ese nuevo contexto la empresa pasa a concentrar “todos sus medios materiales y humanos en la realización de las tareas comprensivas de lo que constituye su «core business», esto es, el corazón de sus negocios, que no viene a ser otra cosa que las actividades que identifican el fin productivo de dicha empresa, comprenden la esencia de su objeto social, y por esa razón se llevan a cabo con sus propios medios”².

Sin embargo, la descentralización trajo como *efecto irrefragable* la pulverización de los tomadores o beneficiados del servicio personal de carácter dependiente. La precisión de quién respondería por los derechos laborales conexos a las diversas y variadas etapas de producción dejó entonces de ser una tarea simple.

El sistema jurídico no podría permanecer completamente inerte o inerme al fenómeno en cuestión. Alguna manera o modo explícito de regulación se presentaba como imprescindible con el fin de evitar una completa precarización en la utilización de la fuerza de trabajo de los empleados involucrados en la nueva forma de pensar la producción. Como sostienen Mario Garmendia Arigón y Gustavo Gauthier, “la reacción del derecho del trabajo frente al fenómeno de la descentralización empresarial ha pasado, por un lado, por el intento de restringir su puesta en práctica en determinadas áreas o actividades de la empresa y, por otro lado, mantener en cabeza de la empresa principal algún tipo de responsabilidad laboral respecto del personal de las empresas descentralizadas”³.

¹ Montoya Medina, David, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 34.

² *Ibidem*, pp. 35 y 36. En ese mismo sentido, Mario Garmendia Arigón y Gustavo Gauthier afirman que “una vez identificado el corazón o baricentro de su actividad, la empresa ejecuta directamente las funciones necesarias para la óptima obtención de su objetivo y opta por encomendar a lo exterior las demás, controlando indirectamente su realización”. Garmendia Arigón, Mario y Gauthier, Gustavo, *Tercerizaciones. Nuevo régimen legal. Leyes n. 18.099 y 18.251*, Montevideo, FCU, 2008, p. 33.

³ Garmendia Arigón, Mario y Gauthier, Gustavo, *op. cit.*, p. 47.

II. LA DISCIPLINA JURÍDICA CORRELATIVA: LA SITUACIÓN BRASILEÑA

Al contrario de otros países —de los cuales sirven de ejemplo Argentina y España— no hubo de parte del legislador brasileño una preocupación de carácter amplio y directo con respecto a la reglamentación de la descentralización empresarial.

Hay, en el ordenamiento brasileño, preceptos que se ocupan del asunto de modo puntual, sin, por lo tanto, el propósito de establecer una perspectiva o disciplina jurídica general.⁴ Esa misión cupo, así, a la jurisprudencia de los tribunales laborales, más específicamente al Tribunal Superior del Trabajo que, en su rol de unificador de las decisiones regionales, editó al respecto la *Súmula*⁵ número 331, que representa la síntesis del pensamiento predominante de aquel órgano judicial en relación con el tema.

Aquí es necesario aclarar que si bien las súmulas del Tribunal Superior del Trabajo no son de adopción obligatoria o vinculante por las instancias inferiores de la justicia laboral, su contenido es de superlativa importancia, en la medida en que, de una manera o de otra, acaban por modelar el manejo de los preceptos legales por los operadores del sistema, que ordinariamente las toman, cuando menos, como una referencia fundamental. Así, a continuación faremos un rápido análisis de los cuatro apartados de la Súmula 331 del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil.

La Súmula 331 del TST

- 1) *La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, se establece el vínculo directamente con el tomador de los servicios, salvo en el caso de trabajo temporario* (Ley No. 6.019, del 3 de enero de 1974). El apartado uno esclarece

⁴ Como advierte Josiane Fachini Falvo, se podría decir que hay una *anomia* a ese respecto, en la medida que en el panorama jurídico brasileño “sólo contenía unas cuantas leyes que introducen la figura de relación trilateral legítima en los proyectos de ley, el progreso y el entendimiento jurisprudencial incorporados por *Súmula de TST*”. Fachini Falvo, Josiane, *Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina*, Instituto de Estudos Latino-Americanos, disponible en: www.iela.ufsc.br.

⁵ La “Súmula” es una figura similar a los fallos plenarios de la CNAT de Argentina.

que, como regla general, no existe la posibilidad de contratación de trabajadores por una empresa intermediaria, salvo cuando se trata de servicios temporales, en los términos previstos por la Ley 6019, que, para ese efecto, autoriza la contratación para atender a una necesidad transitoria de sustitución del personal regular y permanente de la empresa principal o a un aumento extraordinario de sus servicios. No importa, así, la función desempeñada por el obrero o la actividad en que tal ocurra. Lo fundamental es que exista una justificación específica en la que fundar la contratación por un cierto periodo de tiempo.

- 2) *La contratación irregular de trabajador, a través de empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional* (artículo 37, II, de la Constitución de la República). El apartado dos tiene relación con los órganos de la administración estatal. Como la Constitución Federal brasileña exige, para la admisión al servicio público, la presentación a un concurso público de oposición, el trabajador que no lo haya realizado no estará bajo la protección de la legislación laboral. Como fácilmente se advierte, ese posicionamiento colisiona frontalmente con los principios universales informadores del derecho del trabajo, especialmente en lo que se refiere al principio de la primacía de la realidad.
- 3) *No forma vínculo de empleo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia (Ley No. 7.102, del 20 de junio de 1983), de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad-medio del tomador, desde que es inexistente la labor personal y la subordinación directa.* El apartado tercero establece una muy discutible distinción entre actividad medio y actividad fin. Toma como punto de partida la identificación de algunas presuntas actividades medio —mantenimiento y limpieza, y vigilancia patrimonial— y, en seguida, sugiere como criterio de separación o línea divisoria la mayor o menor interferencia que el tomador pueda ejercer en el desenvolvimiento cotidiano de la prestación de servicios (existencia o no de fijación personal del trabajador, es decir, de la imposibilidad de sustitución indiscriminada de los obreros envueltos en proceso de intermediación, y la existencia o no de subordinación directa de ellos al tomador de su trabajo).

4) *El no pago de las obligaciones laborales por el empleador implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios en cuanto a tales obligaciones, inclusive cuanto a los órganos de la administración directa, de las autarquías, de las fundaciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta, desde que tengan participación en la relación procesal y consten también del título ejecutivo judicial (artículo 71 de la Ley No. 8.666/93).* El apartado cuarto señala que la responsabilidad del tomador de los servicios será de cuño meramente secundario o subsidiario, incluso cuando el tomador sea un ente integrante de la administración pública. Se debe entender que ese apartado parte de la premisa de que, incluso si los derechos laborales no hubieran sido respetados, la intermediación de mano de obra, en sí misma considerada, puede haber sido legítima. Si fuera ilegítima —como se daría en caso de tercerización de la actividad fin— habría formación de relación de empleo directamente con el tomador,⁶ cuya responsabilidad, en consecuencia, sería asimismo directa e irrestricta.⁷

III. LA INSUFICIENCIA DE LAS SOLUCIONES LEGALES

Parece claro que las tentativas de disciplinar las responsabilidades legales de los empresarios involucrados en los procesos de descentralización de la producción no han producido resultados satisfactorios.

⁶ Excepto, como se ha visto, en el caso de la administración pública, por cuenta del apartado II.

⁷ Además de la Súmula 331, el TST en la orientación jurisprudencial (OJ) número 191 señala: “Debido a la falta de disposición legal, el contrato entre el promotor y el contratista no genera la responsabilidad solidaria o subsidiaria de las obligaciones laborales contraídas por el contratista, salvo que sea el promotor de una empresa de construcción o de desarrollo”. Las OJs son una suerte de mini súmulas. Lo que la OJ 191 establece es casi una total inmunidad en los casos o situaciones específicas de los arrendamientos de obra, algo como una súper expansión de reglas congénères que se pueden encontrar en el ordenamiento chileno (CT, artículo 183-B, cuando señala que “en los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”) y español (ET, artículo 42.2, en la parte que fija que “no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”).

Así que, examinando las normativas argentina y española, lo que de pronto se advierte es una gran dificultad o inseguridad en definir cómo, o en cuales circunstancias, se podrá establecer la incidencia de los supuestos de contención o protección por ellas creados.

Los conceptos de *actividad normal y específica propia del establecimiento* —prevista en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina— o de la *propia actividad* —de que habla el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores de España— plantean interrogantes de difícil o incluso insuperable dilucidación.⁸ Y exactamente lo mismo sucede en Brasil, con el intento jurisprudencial de definir actividades medio o actividades fin.

En efecto, comentando la normativa española, escribe el profesor Montoya que la redacción atribuida al artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores generó, fundamentalmente, tres interpretaciones en los tribunales laborales. Para la primera, de corte ampliativo, la propia actividad abarca la actividad principal o central de la empresa y también aquellas actividades que, si bien son meramente complementarias, normalmente auxilian en el funcionamiento del emprendimiento; la segunda, de corte restrictivo, excluye del supuesto legal todas las actividades que no guardan plena identidad con la actividad principal; y la tercera, de corte ecléctico, admite que dichas actividades accesorias integren el concepto de propia actividad siempre y cuando puedan ser consideradas “absolutamente esenciales” a la consecución de la actividad principal.⁹

En Argentina, una mirada superficial a la jurisprudencia basta para demostrar que las dudas son muy semejantes, si no idénticas:

El servicio de comedor explotado por una concesión en un establecimiento educacional no forma parte de la actividad normal y específica de dicho colegio, dedicado a impartir enseñanza oficial y extraprogramática a alumnos de los niveles pre primario, primario y secundario. Sólo constituye un servicio accesorio y no esencial para el cumplimiento de los fines específicos de

⁸ La dificultad en cuestión fue recientemente transportada para el ordenamiento uruguayo, por fuerza de la Ley 18.521, que, en ese particular, como explican Garmendia y Gauthier, se inspiró claramente en las normativas española y argentina (*op. cit.*, p. 71). También Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello, al examinar ese punto, se refieren a los artículos 30 de la LCT argentina y 42 del ET español (Rosenbaum, Jorge y Castello, Alejandro, *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las leyes 18.099 y 18.251*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 148 y 149).

⁹ Montoya Medina, David, *op. cit.*, pp. 119-129.

la institución. No es imprescindible que un colegio, como el demandado en autos, cuente con un salón comedor para que el mismo pueda cumplir eficientemente sus actividades académicas y alcanzar en tal aspecto los objetivos establecidos por las disposiciones aplicables; de hecho, existen colegios que carecen de tal servicio y, no obstante, llevan a cabo sus actividades específicas y propias (académicas) en términos razonables de eficiencia. Aun cuando el servicio de comedor, en el caso, haya revestido permanencia en el tiempo, no significa que pueda pasar a integrar las actividades propias y específicas del establecimiento educacional (Del voto del Dr. Guibourg). CNAT *Sala III* Expte n° 10345/98 sent. 81926 27/2/01 “*Lucena, Marta y otros c/ Canclini de Zavalía, Miriam y otros s/ despido*” (G.- E.-), *In:* Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho; Dra. Nilda B. Fernández, Boletín Temático de Jurisprudencia n. 12, marzo de 2010, ISSN 1850-4159, disponible en <http://www.pjn.gov.ar/>.

Cafetería y restaurant en la Fundación Universidad de Belgrano

En el análisis del artículo 30 LCT la comprensión del tema requiere adentrarse en el aspecto del texto que está referido al tipo de trabajo o servicios llevados a cabo; se requiere de ellos que se trate de actividad normal y específica propia del establecimiento. En el caso se trataba de una trabajadora que se desempeñaba como “camarera y personal de barra” del concesionario de la cafetería y restaurant de la Fundación Universidad de Belgrano. Aunque la actividad gastronómica no formara parte del objeto específico de la fundación, de todos modos contribuye para su mejor desenvolvimiento, pues se trata de una actividad complementaria que ayuda a la misma a la consecución de sus fines. CNAT *Sala VII* Expte n° 2317/03 sent. 38425 19/4/05 “*Pereyra, Rocio c/ Banquideclin SRL y otro s/ despido*” (F.- RB.-). En igual sentido CNAT *Sala IX* Expte n° 12742/07 sent. 15711 30/6/09 “*Juárez, Héctor c/ Wechsler, Natalio y otro s/ despido*” (Balestrini. Fera.). *In:* Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho; Dra. Nilda B. Fernández, Boletín Temático de Jurisprudencia n. 12, marzo de 2010, ISSN 1850-4159, disponible en <http://www.pjn.gov.ar/>.

El artículo 30 LCT sólo opera cuando la contratación o subcontratación está referida a la satisfacción de necesidades directamente vinculadas con el desenvolvimiento normal y específico de la actividad empresaria. En el caso, tratándose de servicio de vigilancia en un supermercado, tal actividad desarrollada por el accionante no es la actividad específica desplegada por la codemandada Disco SA en su establecimiento, quien ha decidido que la vigilancia del mismo sea implementada por cuenta y riesgo de un tercero.

Tal circunstancia no lleva a la solidaridad laboral siempre y cuando en esta autonomía funcional de determinadas actividades o sectores de la empresa no se involucren gestiones que le son propias. CNAT *Sala I* Expte nº 19555/02 sent. 80634 8/3/03 “*Pérez, Laura c/ Topguard SA y otro s/ despido*” (Vilela. Puppo). *In:* Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho; Dra. Nilda B. Fernández, Boletín Temático de Jurisprudencia n. 12, marzo de 2010, ISSN 1850-4159, disponible en <http://www.pjn.gob.ar/>.

Las mercaderías en los supermercados se encuentran claramente expuestas a hurtos, consumos o manipulaciones que afectan las condiciones de los productos, razón por la cual la vigilancia y el control lucen imprescindibles y, por ende, inescindibles en la actividad de la codemandada (Conf. *Sala II* sent. 95644 9/4/08 “*Pérez, Angel c/ Día Argentina SA y otro s/ despido*”). Por ello, la actividad desplegada por Protectio SRL resulta integrativa de la desarrollada por Makro, pues desde tal perspectiva no podría concebirse un supermercado que funcionara sin un servicio de vigilancia. Aunque en el caso se haya expresado que el actor realizaba “guardia pasiva”, no puede concebirse la contratación de un servicio de vigilancia si no es con miras a proteger los bienes y mercaderías de la principal. CNAT *Sala II* Expte nº 6451/06 sent. 96702 26/5/09 “*Martínez, Domingo c/ Protectio SRL y otro s/ despido*” (González. Pirolo). *In:* Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho; Dra. Nilda B. Fernández - Boletín Temático de Jurisprudencia n. 12, marzo de 2010, ISSN 1850-4159, disponible en <http://www.pjn.gob.ar/>.

En Brasil tampoco se logró alcanzar una identificación precisa de la naturaleza de las actividades existentes en un determinado ámbito empresarial. Así, es posible sostener que el servicio de limpieza, en un hospital, sería parte integrante de su actividad fin, y lo mismo sucede con el servicio de vigilancia en un banco.¹⁰ Además, la escisión conceptual de la Súmula 331 no resuelve situaciones como las de las franquicias, conforme la sentencia que sigue:

¹⁰ Concordamos con la conclusión que a ese respeto se encuentra en la sentencia a seguir: “La provisión del servicio de vigilancia resulta inescindible de la «actividad normal y específica propia del establecimiento» cuando se trata de un banco, institución precisamente destinada a la custodia de los valores en ella depositados, aparte de la actividad propiamente financiera del establecimiento”. CNAT *Sala III* Expte nº 29572/02 sent. 85702 25/3/04 “*Flores, Julio c/ Vanguardia SA y otro s/ despido*” (G.- P.). *In:* Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Oficina de Jurisprudencia, Dr. Claudio M. Riancho; Dra. Nilda B. Fernández, Boletín Temático de Jurisprudencia n. 12, marzo de 2010, ISSN 1850-4159, disponible en <http://www.pjn.gob.ar/>.

Contrato de franquicia. Súmula N° 331 del Egredio TST. Responsabilidad subsidiaria.

No aplicabilidad. Difiere en la esencia el contrato de franquicia de aquello de tercerización de servicios especializados, sobre lo cual se manifestó el Egredio Tribunal Superior del Trabajo por medio de la Súmula no. 331. Mediante el contrato de franquicia, el franquiciado adquiere los derechos de uso de la marca del franquiciador y emprende negocio propio, propiciador de los riesgos a que se refiere el artículo 2o. de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, observando patrones pre-establecidos. No ha, por tanto, fundamento para el reconocimiento de la responsabilidad del franquiciador (proceso número 0205900-08.2002.5.15.0053, TRT-15, Dra. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho, B.O. de 18 de noviembre de 2005).

En suma, la clasificación de las actividades empresariales en principales, centrales, propias, impropias, accesorias, complementarias, periféricas, auxiliares, típicas, atípicas u otras adjetivaciones que se les quiera agregar, simplemente no resuelve a satisfacción el problema de la definición de las responsabilidades por el respeto a los derechos de los trabajadores que en todas ellas contribuyan con sus servicios. En puridad, creemos que la mejor normativa a ese respecto era la que constaba en el antiguo artículo 35, apartado 11, de la Constitución Republicana Ecuatoriana de 1998: “Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, *la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidario* del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”.

Sin embargo, ese precepto fue reemplazado en la Constitución de 2008 por aquel del actual artículo 327:

La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, *como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora*, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

A nuestro juicio, si la intención del legislador ecuatoriano fue la de mejorar la situación de los trabajadores, el resultado no podría haber sido peor: de una

norma clara y objetiva se pasó a una *arena morediza conceptual* en que ya se encuentran, perdidos y con poca esperanza, argentinos, brasileños y españoles.

IV. EL EJE DOCTRINAL DE LA POLÉMICA: LAS TEORÍAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Explica la doctrina que, desde los principios del derecho laboral, se sintió una gran dificultad en clasificar aquella nueva figura que estaba surgiendo por cuenta del desarrollo del capitalismo de naturaleza industrial.

La nueva forma de organización de las actividades productivas no tenía o encontraba explicación convincente en el modelo contractual de matriz romana, hasta entonces universalmente aceptado. Y no la encontraba porque la inserción del trabajador en el seno de la empresa obedecía mucho más a una lógica de necesidad económica que a un supuesto ajuste de voluntades entre el obrero y quien le ofrecía trabajo a cambio de remuneración.

Esa perplejidad conceptual se introdujo en las normas legales que buscaron, y buscan aún hoy, disciplinar la materia, como se percibe en los ejemplos a continuación.

- 1) México, Ley Federal del Trabajo (artículo 20). Se entiende por *relación de trabajo*, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un *trabajo personal subordinado* a una persona, mediante el pago de un salario. *Contrato individual de trabajo*, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un *trabajo personal subordinado*, mediante el pago de un salario. La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.
- 2) Argentina, LCT. Habrá *contrato de trabajo*, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la *dependencia* de ésta, durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres (artículo 21). Habrá

relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la *dependencia* de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen (artículo 22).

- 3) Brasil, Consolidación de las Leyes del Trabajo (artículo 442, *caput*). Contrato individual de trabajo es el *acuerdo tácito* o expreso, correspondiente a *la relación de trabajo*.

No se puede dudar que todos los preceptos legales mencionados¹¹ sufrieron influencia de la denominada *tesis relacionista* que, en sus diferentes vertientes o variaciones, niega la naturaleza consensual del trabajo prestado en régimen de dependencia.¹²

La teoría relacionista hoy es considerada por gran parte de la doctrina como *incoherente* o *superada*.¹³ Sin embargo, a nuestro juicio, dicha línea de pensamiento es la que, en definitiva, mejor explica la *esencia* de la especial prestación de servicios a que se refiere el derecho del trabajo. Realmente: las condiciones fundamentales en que el trabajo será realizado no admiten, como regla, ningún tipo de ajuste o negociación. El salario ya está previamente establecido tanto en su forma cuanto en su valor, la jornada y los períodos de descanso están

¹¹ Es interesante, a ese respecto, la redacción del artículo 19 del Código de Trabajo de Guatemala: “Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, *basta con que se inicie la relación de trabajo*, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el artículo precedente”.

¹² Como explica Manuel Álvarez de la Rosa, para esa línea de pensamiento, con la inserción del trabajador en la empresa “la relación se expande y desarrolla en el interior de esa organización económica. Se transforma la empresa de una unidad económica que sirve de soporte al conjunto de relaciones individuales que une al empresario con cada trabajador, en una relación asociativa en el marco de un sistema económico determinado. El haz de relaciones jurídicas se produce porque el trabajador se introduce en una comunidad organizada y de ahí se concluyó que la relación de trabajo tendría, de este modo, su fuente no en el contrato sino en el hecho jurídico de la entrada efectiva en la empresa”. Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, 13a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 465.

¹³ De la Rosa, *op. cit.*; Toselli, Carlos Alberto, “La relación de dependencia”, 1º Congreso Latinoamericano de Derecho Laboral, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2003, p. 63. Según Alfredo Montoya Melgar, “la teorización más autorizada no duda en calificar la teoría de las relaciones de hecho como «causa de exageraciones y ocasión de consecuencias inexactas». No se discute que el origen normal de toda relación laboral es la celebración de un contrato, y que las aparentes «relaciones de hecho» fundadas en la pura incorporación a la empresa tienen su verdadero origen en un contrato” (Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 26a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 272).

fijados y el local del trabajo, asimismo, ya está, en mayor o menor grado, debidamente identificado. Es decir: poco o nada se ajusta. Todo simplemente se acepta, y se lo acepta, casi siempre, por una necesidad de índole económica.¹⁴

En realidad, como explica José Luis Ugarte Cataldo, la adopción del paradigma contractual, en el ámbito de relación laboral de naturaleza industrial, representó nada menos que “la colonización del derecho del trabajo por el derecho civil”.¹⁵

Una vez que se descarte la óptica contractual y se adopte como criterio preferencial o general la teoría de la relación de trabajo, la identificación del responsable por la satisfacción de los derechos de las personas involucradas en la prestación de servicios volverá a ser sencilla. Serán responsables todos los que, de alguna manera, obtengan provecho, económico o no, de la labor de carácter dependiente.

Y en ese sentido parece posicionarse la Organización Internacional del Trabajo, en el artículo 9o. de su Recomendación 198, conforme a lo cual:

Determinación de la existencia de una relación de trabajo. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.¹⁶

V. CONCLUSIONES

- a) La *indebida exacerbación* de la *óptica doctrinal contractual* predominante —adiccionada a la tendencia de segmentación o descentralización empresa-

¹⁴ Como registra Néstor de Buen, la relación de trabajo “no nace siempre de un acto de voluntad. Por regla general, nace de un estado de necesidad” (Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 16a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 574).

¹⁵ Ugarte Cataldo, José Luis, *La subordinación en el derecho laboral chileno*, Santiago, Legalpublishing, 2008, p. 4.

¹⁶ Como afirma Hugo Barreto Ghione, el precepto mencionado intentó apartar del foco de la clasificación conceptual la supuesta intención de las partes, haciendo hincapié en la situación formada por los hechos. Barreto Ghione, Hugo, “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica”, *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 225, enero-marzo de 2007, p. 94.

rial— desdibujó los límites de la figura del empleador, disociándola de la *persona o personas directamente beneficiadas por la ejecución de los servicios*, prestigiando la forma en detrimento del *contenido esencial* de la relación de trabajo.

- b) En consecuencia, la identificación del empleador real (material) se ha tornado *una tarea compleja*.
- c) La *complejidad* en cuestión trajo como *efecto adjunto* un estado de *perplejidad* del sistema y la confusión de sus operadores.
- d) La *disociación formal* de la figura del empleado de su *real fuente de sustento* (la empresa o la entidad tomadora de sus servicios) colisiona *directamente* con una de las máximas históricas de la OIT, aquella según la cual *el trabajo no debe ser considerado una mercancía*.
- e) El rescate de la *genuina responsabilidad patronal* pasa por la asunción o maximización de la perspectiva teórica de la relación de trabajo, haciendo coincidir el responsable legal con el receptor o *beneficiario directo* de los servicios laborales, en los moldes delineados en el pretérito panorama constitucional ecuatoriano. 