

UNIVERSIDAD DE PALERMO

MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO

Autor: Larissa Lopes Matos

Director de Tesis: Raul Ojeda

Año 2013

“La necesidad de redefinición de la subordinación laboral: un estudio sobre la subordinación en el contexto de la nueva organización productiva de Brasil”

A mi marido, por la compañía y amor

A mis padres, por la dedicación, cariño, amor y esfuerzo en mi creación

A mis hermanas, por los juegos de la infancia y el conocimiento
compartido

INDICE

1 INTRODUCCIÓN	7
2 TRANSFORMACIONES EN EL MUNDO DEL TRABAJO.....	12
2.1 De las Sociedades Primitivas hasta el Imperio Griego y Romano.....	13
2.2 Del Feudalismo	15
2.3 Del Surgimiento del Capitalismo y de la Primera Revolución Industrial.....	17
2.4 De la Segunda Revolución Industrial	21
2.5 De la Tercera Revolución Industrial	23
2.6 De la formación de la clase operaria en Brasil	24
2.7 Del contexto actual	27
3 EL DERECHO DEL TRABAJO COMO HERRAMIENTA DE EFECTUACIÓN DE LA DIGNIDAD SOCIAL DE LA PERSONA HUMANA EN EL CAPITALISMO.....	31
3.1 Del surgimiento del Derecho del Trabajo	31
3.2 La preocupación actual: la crisis por que pasa el Derecho Laboral.....	33
3.3 El trabajador subordinado como sujeto a ser protegido.....	36
3.4 El Principio de la Dignidad de la Persona Humana como orientador del Derecho del Trabajo	42
3.5. El principio de la igualdad como fundamento del principio protector	45
3.6 El principio de la función social del contrato de trabajo	48
4 ANÁLISIS DE LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA	52
4.1 Trabajo asalariado: la venta de la fuerza de trabajo x la libertad del trabajador	52
4.2 Los requisitos de la relación de trabajo.....	55
4.3 Trabajo autónomo, subordinado y parasubordinado.....	59
4.5. Nuevas formas de trabajo: situaciones que constituyen fugas del ámbito de aplicación del derecho laboral.	71
4.5.1 Subcontratación.....	74
4.5.2 Trabajo a domicilio	82
4.5.3 Trabajo a distancia o teletrabajo	86
4.5.4 Contrato de Sociedad	89

4.5.5 Cooperativas de Trabajo	91
4.5.6 Las pseudos empresas unipersonales	95
4.6 La necesidad de evolución del concepto de subordinación jurídica clásico	97
4.7 Reinterpretando la palabra dependencia del art.3º de la CLT.....	102
5 EL PAPEL DEL ESTADO DE DERECHO EN EL COMBATE A LOS FRAUDES LABORALES	105
5.1 El Estado Regulador y su Poder de Policía.....	110
5.2 El papel del Juez en el Estado Democrático de Derecho.....	114
5.4 La decisión judicial ante los cambios laborales	117
6 CONCLUSIONES	118
REFERENCIAS.....	123
PAGINAS WEB CONSULTADAS:.....	129

1 INTRODUCCIÓN

Con este estudio me propongo demostrar que el concepto de subordinación, principal característica del contrato de trabajo, necesita ser repensado o reorganizado para adecuarse a las nuevas necesidades de producción y organización de las relaciones de trabajo.

La organización productiva del sistema capitalista ha pasado por grandes cambios de naturaleza económica, social, política e institucional, cuyas manifestaciones más claras son las privatizaciones, la informática, la microelectrónica, los procesos de producción automatizados y los cambios en las relaciones sociales del trabajo.

Las relaciones de trabajo han pasado por transformaciones en virtud de la globalización y de la actuación de las empresas transnacionales. Por ejemplo, en la actualidad la relación de trabajo fundada en la subordinación se encuentra debilitada. El fenómeno de la globalización como estrategia del capitalismo internacional ha creado nuevos modos de relación entre los sujetos laborales.

El fenómeno del mundo globalizado genera la gran necesidad de cambios rápidos en el sistema de producción, que debe estar a la altura de las actuales exigencias del sector productivo. Las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información y las transformaciones en la relación capital-trabajo influencia en el proteccionismo del Derecho del Trabajo y, por lo tanto, produce cambios en la dicotomía trabajo subordinado *versus* trabajo autónomo.

La aparición del Derecho del Trabajo se dio por la insuficiencia del derecho civil para resolver los problemas que presentaba la relación jurídica entre empleado y empleador, donde el contrato de trabajo humano es el objeto principal. Y nace como un conjunto de normas para proteger la relación de trabajo, caracterizada principalmente por el trabajo subordinado o dependiente.

La forma clásica de trabajo subordinado no es la regla, sino la excepción. Y tradicionalmente para saber si un trabajo es subordinado algunos puntos son

analizados, como la relación jerárquica, entre otros. Así que, en Brasil, el artículo 3º¹ de la Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil (CLT), considera empleado a toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual a un empleador, bajo su dependencia y mediante un salario. Es decir, el artículo habla de dependencia, interpretada tradicionalmente como un concepto oriundo de la heteronomía para indicar que el trabajador está sujeto a la voluntad del empleador en cuanto a la dirección y gestión del trabajo.

Es importante registrar que la legislación brasileña no menciona expresamente el vocablo subordinación. Ella sólo designa la palabra dependencia cuando define empleado (CLT, art.3º). Sin embargo, por el hecho de que el sometimiento de una persona a otra en virtud de un contrato de trabajo sólo puede ser por una forma jurídica o contractual, es terminológicamente más apropiado llamarlo de subordinación jurídica.

Con base en el citado artículo, para la existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho Laboral, el carácter de la subordinación por no ser un factor exclusivo debe estar acompañada de otros, como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la no eventualidad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo.

Por lo tanto, el trabajo independiente (o autónomo) queda afuera de su margen de protección. Es oportuno decir que es autónomo el trabajador que realiza su actividad por medio de iniciativa propia, con sus recursos y en la hora y modo que quiere, sin estar sometido al poder de un empleador.

Es necesario observar que el ordenamiento laboral brasileño no define la dependencia laboral, pero esta es considerada en doctrina y jurisprudencia como la nota distintiva fundamental para tipificar una relación de trabajo subordinada.

Sin embargo, la frontera entre el trabajo subordinado y el independiente es muy tenue y, por lo tanto, muchas veces se cofunden. Aparte, desde la década de 80, con las nuevas formas de organización de producción, específicamente con las subcontrataciones, surgieron relaciones de trabajo que están en una zona gris. Un ejemplo que trata la doctrina nacional y, especialmente, la doctrina internacional, es el

¹ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

trabajo “parasubordinado” o económicamente dependiente, que según Alice Monteiro de Barros² es la relación jurídica que es definida por la continuidad, por el carácter personal de la prestación e integrada en la empresa y por ella coordinada.

Es decir, en el trabajo económicamente dependiente no existe la situación de dependencia como tradicionalmente se interpreta, pero hay la presencia de elementos esenciales para la formación de la relación de trabajo. Como solucionar ese tipo de cuestión a la luz de la ley (del artículo 3º de la CLT) considerando la realidad actual?

Todo eso demuestra que la concepción juslaboralista tradicional no sirve más para distinguir claramente el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, después de los años 80 – era pos fordista. Porque existe una dificultad para calificar el trabajo subordinado dada la multiplicidad de situaciones que plantea la realidad laboral. Así pasa a haber la necesidad de reinterpretar, analizar y definir bajo perspectivas diferentes los citados conceptos que la ley trae con simples palabras y deja, por lo tanto, la tarea de definirlos a los jueces.

Observando la jurisprudencia, se visualiza la presencia de algunos elementos que ayudan a caracterizar la relación de trabajo, como principalmente la inserción en la organización de la empresa; la remuneración del trabajador; y la ausencia de riesgo económico en la actividad del trabajador.

No obstante, la principal dificultad es apartar del concepto tradicional de subordinación, construido bajo un sistema de producción totalmente diferente de hoy, la percepción de que la subordinación está relacionada con la idea de dependencia directa entre la persona del empleado y la persona del empleador.

Lo cierto es que los actuales padrones de tecnología originan multitudes desocupadas excedentes que generan el problema de descubrir un modo de reincorporar muchos de esos trabajadores a la actividad productiva. Si la ley y la jurisprudencia no protegieren al trabajador de las artimañas del sistema económico el Derecho del Trabajo dejará de cumplir su finalidad.

Es sabido que la nueva organización de la producción regenera dificultades para las cuales deben ser hechas contestaciones jurídicas actuales. De entre los mayores desafíos, se pueden destacar: el análisis del desarrollo de la actividad industrial; la evolución de las prácticas de negocios y la alteración que causan éstas en

² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: Ltr, 2006, p.266.

el concepto actual de subordinación jurídica, cuyas bases precisan ser pensadas, de forma que se lo adecue a la actualidad.

Evaluar tales efectos causados por los cambios en las relaciones laborales resulta urgente, a fin de adaptarse a la nueva legislación laboral las condiciones de vida de los trabajadores brasileños.

El análisis de las nuevas formas de subordinación y la expansión de este concepto proporciona acceso a gran parte de los trabajadores brasileños que están fuera de la ley laboral, a los valores y los derechos sociales mínimos garantizados en la Constitución, tales como recreación, alimentación, vivienda, ropa, bienestar – una forma de respeto por el principio de dignidad humana y la realización de los derechos fundamentales.

Reorganizando este concepto esencial a la caracterización de la relación de trabajo, tendremos la preservación del objeto del Derecho del Trabajo y, por lo tanto una sociedad más justa.

Así que siendo protegida la idea de que la legislación laboral es un verdadero derecho social que debe nacer y desarrollarse con una única misión, a saber, la promoción y protección de los derechos e intereses de los trabajadores, resulta garantida la dignidad humana.

Para tanto, se abordará en el primer capítulo el tema de las transformaciones en el mundo del trabajo, pasando por las sociedades primitivas hasta el Imperio Griego y Romano, por el Feudalismo, por el surgimiento del capitalismo y de las Revoluciones Industriales, finalizando con la formación de la clase operaria en Brasil y el contexto actual.

En seguida se analizará la subordinación jurídica, pasando por las zonas grises y la parasubordinación. Se establecerá la diferencia entre trabajo subordinado y trabajo independiente, con realce en el trabajo asalariado, el trabajo autónomo, el trabajo subordinado y el trabajo parasubordinado, explicando la necesidad de evolución del concepto de subordinación jurídica clásico.

Después será tratado el derecho del trabajo como herramienta de concretización de la dignidad social de la persona humana en el capitalismo, enfatizando el surgimiento del Derecho del Trabajo; la crisis por que pasa el Derecho Laboral; el trabajador subordinado como sujeto a ser protegido; el principio de la

dignidad de la persona humana como orientador del Derecho del Trabajo; y el principio de la igualdad como fundamento del principio protector.

Por fin serán abordadas las nuevas formas de trabajo como situaciones que constituyen fugas del ámbito de aplicación del derecho laboral, examinando la subcontratación, el trabajo a domicilio, el trabajo a distancia o teletrabajo y el contrato de sociedad, finalizando con reinterpretación de la terminología dependencia constante en el art.3º de la CLT y el papel del Estado de Derecho ante el Derecho del Trabajo.

2 TRANSFORMACIONES EN EL MUNDO DEL TRABAJO

El trabajo como concepto ha sido definido por el mundo moderno y su historia se confunde con la del capitalismo. Cuando se estudia Derecho del Trabajo y las condiciones de trabajo, se hace considerando la historia del sistema capitalista de producción, sus cambios, evoluciones y consecuencias para la sociedad.

La historia del capitalismo siempre estuvo relacionada a la transformación de los recursos naturales por el hombre a través de su trabajo, pues el ser humano tiene necesidades que se ve obligado a satisfacer, como vestir, comer, tener educación, salud etc.

Antonio Vázquez Vialard³ enumera varias etapas del desarrollo de la actividad laboral:

La primera lo constituyó la utilización del fuego y de los utensilios; la segunda, el cultivo de las plantas y el domesticar los animales. Nos encontramos ahora en la tercera etapa, la de carácter industrial, que lleva dos siglos y que comprende por lo menos tres períodos: a) la aplicación de la fuerza de vapor en la actividad económica (siglo XVIII); b) racionalización (segunda decena siglo XX); c) automatización.

Son etapas de la cronología que se puede subdividir para analizar cada una de la siguiente forma: 1) del Imperio Romano; 2) del Surgimiento del Capitalismo y de la Primera Revolución Industrial; 3) de la Segunda Revolución Industrial; 4) de la Tercera Revolución Industrial; 5) la formación de la clase operaria en Brasil; 6) del contexto actual.

³ VIALARD, Antonio Vázquez. *El trabajo humano*. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p.5.

2.1 De las Sociedades Primitivas hasta el Imperio Griego y Romano

Según Julio C. Neffa⁴, en las sociedades primitivas no se podía distinguir fácilmente el trabajo de las demás actividades humanas. La actividad más importante consistía en la recolección de alimentos sin que fueran el resultado de un previo trabajo agrícola. Era una actividad caracterizada por una cierta regularidad a lo largo del año.

El modo de producción existente era la división natural del trabajo, sin propiedad privada ni división de clases. Todos trabajaban en beneficio de la comunidad. Al no existir un sistema de intercambio económico mercantil, la noción actual de trabajo no tenía mucho sentido.

Con el tiempo surgieron las sociedades esclavistas. La forma de producción era caracterizada por la presencia de esclavos, quienes realmente producían. El Imperio Romano fue una de las sociedades antiguas, donde el uso de mano de obra esclava tuvo su importancia más significativa. Los esclavos trabajaban en las propiedades de los patricios, el grupo social romano que tenía el control de la mayoría de las tierras cultivables del imperio, conquistadas por medio de guerras.

Holm-Detlev Köhler Antonio Martín Artiles⁵ explican que hasta el siglo IV a.C. el trabajo era considerado como algo intrínseco de la naturaleza humana. Los campesinos libres y artesanos gozaban de un reconocimiento social. Sin embargo, en la Grecia antigua hubo la primera gran transformación del concepto de trabajo, donde el trabajo vivió un proceso de desvaluación hasta que llegó a ser considerado algo indigno del hombre libre, algo que brutaliza la mente e inutiliza el hombre para la práctica de la virtud. Es decir, algo que corrompe el alma, porque venderse por trabajo es casi lo mismo de esclavizarse. Según Platón, Xenófobo y Aristóteles, hay dos clases de actividad humana: las actividades técnicas productivas que tienen el fin en un producto fuera de la propia actividad humana; y las actividades prácticas que tienen el fin en sí mismas.

⁴ NEFFA, Julio C. *El trabajo humano: contribuciones al estudio de un valor que permanece*. 1. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003, p.12.

⁵ KÖHLER, Holm-Detlev; ARTILES, Antonio Martín. *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*. 2.ed. Madrid: Delta Publicaciones Universitarias, 2007, p.10.

Antonio Vázquez Vialard⁶ dice que en otras épocas históricas ciertos hombres se vieron obligados a trabajar en virtud de una situación de esclavitud o en razón del status provocado por su nacimiento y, como consecuencia, fueron sometidos a un régimen que los obligaba a desarrollar una actividad laboral a veces en condiciones inhumanas.

Confirmando la idea de Vialard, Alain Supiot⁷ enseña que en derecho romano, no se encuentran rastros de la idea del contrato de trabajo. El trabajo era identificado con la idea de trabajo esclavo. El esclavo formaba parte de los bienes de su amo, y el trabajo era comprendido dentro de las operaciones de compra, venta o alquiler de dicho bien. En el derecho romano el hombre era arrendado a sí mismo (*locat se*) tal como arrendaría a su esclavo (*locat servum*) si tuviera uno. Allí se encuentra el origen de la *locatio operarum*, del arrendamiento de cosas.

⁶ Op.cit, p.12.

⁷ SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p.14.

2.2 Del Feudalismo

Con la caída del Imperio Romano surgió el feudalismo, caracterizado por un tipo de relación social que se conoce como vasallaje, que criaba y regia obligaciones de obediencia y servicio por parte de un hombre libre conocido como vasallo y obligaciones de protección y sostenimiento por parte del señor.

Según Paulo Singer⁸, el modo de producción feudal estaba basado en la servidumbre. Los trabajadores vivían en aldeas, tenían los medios de producción, pero estaban obligados a entregar a los señores feudales parte de su producción y a trabajar para ellos gratuitamente algunos días. La organización de la ciudad feudal estaba basada en los gremios de artesanos también conocidos como Corporaciones de Oficios, que eran entidades asociativas de cada rama de actividad donde los miembros eran Mestres, oficiales y aprendices que tenían el monopolio de la actividad.

Julio C. Neffa⁹ apunta que cambios políticos y sociales provocaron una revisión del concepto de trabajo humano. Por ejemplo, la decadencia del imperio romano trajo como consecuencia una menor presión sobre el trabajo de los esclavos para dar nacimiento al modo de producción feudal, donde se estableció otra relación laboral, entre el señor feudal y el siervo de la gleba.

El feudalismo alcanzó su madurez en el siglo XI y tuvo su apogeo en los siglos XII hasta el XIII y fue caracterizado por la concesión de feudos a cambio de una prestación política y militar y por la explotación de los campesinos de parte de los señores feudales. El campesino sometido no era un esclavo, pues tenía su trabajo y su propia economía, aunque se hallaba en estado de servidumbre.

Enseña Alain Supiot¹⁰ que el feudalismo hizo surgir, junto con el vasallaje, la relación de dependencia libremente consentida, porque dentro del régimen feudal todo hombre libre se encontraba dentro de una red de dependencia, en la cual debía protección a aquellos que debían servirlo fielmente.

A partir del siglo XIII inició la decadencia del feudalismo, que se aceleró en los siglos XIV y XV, con problemas en todos los aspectos, en especial, en las

⁸ SINGER, Paul. *A formação da classe operária*. 5.ed. São Paulo, 1988, p.14.

⁹ Op.cit. p.45

¹⁰ Op.cit, p.15.

estructuras sociales con la emigración de campesinos a la ciudad en busca de un nuevo porvenir.

Para Paul Singer¹¹, el fin de las relaciones feudales fue impulsado por el desarrollo del comercio internacional, a partir del siglo XVI. Y de muchos modos, la disolución de los lazos de servidumbre implicó la proletarización de parte de los campesinos.

Con la desintegración del feudalismo, surgió el capitalismo, un nuevo sistema económico, social y político con la característica esencial de existir un trabajador dependiente con salario; y, según Julio C. Neffa¹², en definitivo, el trabajo dejó de ser visto como un castigo, penoso y generador de fatiga para convertirse en una actividad que puede dar lugar a la alegría.

Aún, apunta Julio C. Neffa, basado en Weber, que a partir de la reforma protestante, y del pensamiento de Jean Calvino y de Martin Lutero, la posesión de riquezas como resultado del trabajo intenso es vista como algo positivo, un signo de predestinación, a condición de hacer un uso productivo de ellas. El trabajo pasa a ser percibido como algo importante en la vida terrenal, dado que su resultado constituye la fuente de la riqueza y del ahorro.

¹¹ Op.cit, p.17 y 18.

¹² Op.cit, p.50.

2.3 Del Surgimiento del Capitalismo y de la Primera Revolución Industrial

La historia del capitalismo comienza a partir de la crisis del feudalismo en la Baja Edad Media en Europa. Explica Juan Carlos Pereira Pinto¹³ que la historia del capitalismo tiene tres etapas: capitalismo mercantilista, que perdura hasta el siglo XVIII; capitalismo industrial, que comienza alrededor de 1750; e capitalismo financiero, que nace en el siglo XIX.

Durante muchos siglos, las estructuras capitalistas fueron apareciendo y, en el siglo XVIII, el capital acumulado consolidó el sistema a través de la revolución industrial. Es decir, después de siglos de estancamiento, el crecimiento económico volvió a encontrar perspectivas favorables con la Revolución Industrial, iniciada en Inglaterra.

Aparte, el descubrimiento de América ayudó en la formación y obtención de poder político de la nueva clase social, la burguesía, quien comienza a obtener mucha plata con la explotación de las riquezas naturales del nuevo continente.

Julio C. Neffa¹⁴ enseña que:

La consolidación de la revolución industrial redujo el poder de los señores feudales, de los propietarios agrícolas y del artesanado; a su impulso se crearon las grandes manufacturas y las fábricas, que estimularon las migraciones rurales y, dentro de la estructura social, emergen dos nuevas clases sociales protagónicas: la burguesía industrial y la clase obrera.

Con la burguesía y la nueva forma de producción, los maestros se cambiaron por patronos, los aprendices por trabajadores y los talleres por las fábricas con las máquinas como formas de producir. Así dijo Carlos Diehl¹⁵:

Cuando las transformaciones de la técnica hagan que el artesano desaparezca para dar lugar al trabajo obrero, sobre todo a la empresa fabril, vamos a estar frente a la segunda etapa del capitalismo; la industrial. La industria creciendo paulatinamente y dominando los distintos mercados mundiales.

¹³ PEREIRA PINTO, Juan Carlos. *Los orígenes del capitalismo y las doctrinas económicas*. Editorial Buschi: Buenos Aires, 1973, p.5.

¹⁴ Op.cit. p.61

¹⁵ DIEHL, Carlos. *Historia económica* I. Tomo I. Editorial El Coloquio: Buenos Aires, p.31.

Igual, registra E.P. Thompson¹⁶:

En las industrias domésticas, a partir de 1800, los pequeños Mestres fueron dando lugar a los grandes empleadores (industriales o atacaditas), y la mayoría de los tejedores y de los fabricantes de clavos pasaron a ser trabajadores con asalariados externos (...).

A partir de la Revolución Industrial se generó una nueva orden social, con cambios en el sistema de producción y en el trabajo. Para Alejandro Hugo Perugini¹⁷, la revolución industrial marcó el inicio del contrato de trabajo pensado desde la libertad, constituyendo un cambio estructural respecto de los modelos anteriores conformados bajo rígidas regulaciones. El trabajo libre implicaba un desprendimiento de antiguas formas de dependencia, marcadas por lo corporativo, para caer en otras nuevas en la que la contratación de la fuerza de trabajo empezó a parecerse bastante a la contratación de la propia persona del trabajador.

Según Mario Eduardo Ackerman¹⁸, el trabajo en la historia anterior al siglo XIX se caracterizó por no ser trabajo libre, o por ser trabajo que se prestó con una variada falta de libertad, pues en la antigüedad predominó el trabajo esclavo, después, en la Edad Media hubo el predominio del trabajo servil. Sin embargo, siempre hubo trabajo por cuenta ajena, y durante mucho tiempo, además, trabajo libre, y si bien hubo regulaciones de esas clases de trabajo, esas regulaciones no pueden en realidad compararse con el Derecho del Trabajo tal como fue después de la Revolución Industrial, que es como ha llegado, poco más o menos, hasta nuestros días.

Explica Mario Eduardo Ackerman¹⁹ que:

El estado de cosas antiguo, este que duró miles de años con tan pocas variantes, llegó a su término con la Revolución Industrial, cuyo inicio ubica Polanyi, en Inglaterra, desde finales del siglo XVIII hasta principios de la década de 1830, con medio siglo de anticipación en ese país respecto del resto de los más avanzados de Europa. Hobsbawn, que precisa la década de inicio en 1780, dice que fue el suceso más trascendente de la historia, seguramente con acierto si su importancia se mide por la alteración que produjo en la vida de las personas. Se trató de un fenómeno

¹⁶ THOMPSON, E.P. *A formação da classe operária inglesa*. Traducción Renato Busatto Neto, Cláudia Rocha de Almeida. Parte II. 4.ed. Rio de Janeiro: editora Paz e Terra S/A, 2002, p.22. “Nas industrias domesticas, a partir de 1800, os pequenos mestres foram cedendo lugar aos grandes empregadores (industriais e atacadistas), e a maioria dos tecelões e dos fabricantes de pregos tornou-se trabalhadores assalariados externos(...)”.

¹⁷ PERUGINI, Alejandro Hugo. *Relación de dependencia*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.32 y 33.

¹⁸ ACKERMAN, Mario E. *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*. Tomo I. 1.ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005, p.66.

¹⁹ Op.cit, p.70.

complejo en el que seguramente confluyeron tanto el grado de desarrollo al que hubiesen llegado las ideas en ese momento, como el del comercio, el estado ocasional de la producción agropecuaria o el grado de la concentración urbana. Pero lo decisivo, sin lo cual el fenómeno no hubiera podido producir la alteración radical que produjo, fue sin duda la innovación tecnológica del maquinismo, por la cual, sobre todo a partir de la aplicación del motor a vapor a la fabricación, se desplazó a la mano de obra como principal factor de la producción industrial y, a la vez, se logró incrementar exponencialmente, en apariencia indeterminadamente, la capacidad de producción de cualquier cantidad de trabajo humano que se quisiese aplicar sobre un instrumento mecánico de producción.

La Revolución Industrial generó un proceso de evolución de una sociedad con economía agrícola tradicional hasta otra caracterizada por procesos de producción mecanizados para fabricar bienes a gran escala. Todo ello provocó cambios en el sector productivo y dio origen a los operarios, cambiando las relaciones sociales.

Muchos campesinos comenzaron a trasladarse hacia los centros urbanos en busca de trabajo, con sus hijos y mujeres. Esto empeoraba los salarios mientras que se les aumentaban las horas de trabajo. Hasta los niños trabajaban 12 o 14 horas por día, sin condiciones de higiene y con mucho riesgo de accidentes. La libertad de fijar la jornada de trabajo no tenía restricciones. Los empleados trabajaban como querían sus empleadores. No había distinción entre grandes, niños, mujeres, ni tampoco de las actividades que ellos ejercían – las condiciones impuestas por la revolución industrial produjeron un cambio radical en el campo de las relaciones laborales.

Antes, el trabajador era libre para arreglar su tarea y era responsable por el producto final, laburando sin pertenecer a estructuras de jerarquía. El trabajo era parte de su vida y consistía en su propio desarrollo personal. Pero, el nuevo modelo de producción trajo una economía de escala, donde el maestro pasó a controlar la producción y los aprendices pasaron a ser trabajadores contratados con salarios determinados. Es decir, el capitalismo cambió el trabajo en mercadería, que pasó a ser hecho con mucho sudor, sangre y largas jornadas de trabajo, subordinando el trabajador al capital, negando su libertad y creatividad. En consecuencia, ocurrió un proceso de alienación y desvinculación de la labor y de la actividad de ocio.

Sumado a esto, el surgimiento de las empresas, la concentración proletaria en las grandes ciudades europeas y las malas condiciones de trabajo fueron factores esenciales para entender el surgimiento del Derecho del Trabajo, que es fruto de la intervención del Estado en las relaciones laborales con la finalidad de promover los

derechos mínimos de los trabajadores relacionados a las necesidades vitales y a la dignidad del hombre.

Tanto que el sujeto del Derecho del Trabajo cambió en los últimos siglos. En el siglo XIX, eran considerados sujetos de Derecho del Trabajo los obreros que trabajaban en la industria. Hoy, esa rama del Derecho tiene por objetivo principal la protección de cualquier trabajador dependiente, entendido como la persona que cede su mano de obra a un empleador y acoge el poder de dirección empresarial en el modo de realización de su prestación de servicios.

El concepto de trabajo dependiente cumple desde el origen y evolución del derecho del trabajo la función principal de identificar al sujeto destinatario de la protección legal. Así que el Derecho del Trabajo intenta proteger a los trabajadores dependientes de las situaciones generadas por el desarrollo de la tecnología en el mundo moderno que provoca cambios rápidos, con modificaciones en las costumbres, consumos, mercados y en el trabajo del hombre. De modo que el Derecho Laboral debe siempre acompañar los cambios sociales, económicos y tecnológicos para no regir situaciones nuevas con formulas antiguas.

Con sabiduría dijo Antonio Vázquez Vialard²⁰ que esta nueva situación exige mantener un equilibrio que es facilitar el desarrollo de la persona le permitiendo condiciones que brinden una mayor suficiencia de vida. Así que frente al cambio que se opera, hay que crearse nuevas condiciones que se aseguren el desarrollo de la persona humana en sus diversos aspectos: social, psicológico, moral y económico.

²⁰ Op.cit. p.40.

2.4 De la Segunda Revolución Industrial

Pasada la época conocida como Primera Revolución Industrial, vino la llamada Segunda Revolución, que comienza en 1870, caracterizada por la energía eléctrica y el motor de combustión interno. A partir de entonces, hubo cambios en la organización del trabajo y en las empresas, con la mayor acentuación de la división del trabajo y su especialización.

Jeremy Rifkin²¹ explica que:

La segunda revolución industrial se produjo entre 1860 y la primera guerra mundial. El petróleo empezó a competir con el carbón mientras que la electricidad fue utilizada por primera vez, creando una nueva fuente de energía para hacer funcionar los motores, encender las luces de las ciudades y proporcionar comunicación instantánea entre las personas. Al igual que lo que ocurrió con la revolución del vapor, el petróleo, la electricidad y los inventos que acompañaron la segunda revolución industrial continuaron transfiriendo el peso de la actividad económica del hombre a la máquina. En la minería, la agricultura, el transporte y la fabricación, las fuentes inanimadas de potencia combinadas con máquinas permitían aumentar, amplificar y, finalmente, sustituir cada vez más al hombre y al animal en las tareas propias del proceso económico.

Con el origen de la energía eléctrica hubo un aumento en la productividad y el acelerado crecimiento industrial. En esta época surgió el sistema de organización de trabajo de Frederick Taylor, conocida como taylorismo, que buscaba lograr mayor eficiencia a nivel nacional, para aumentar la productividad y obtener mayor cantidad de productos en menos tiempo.

El sistema de Taylor perjudicó a los trabajadores porque para bajar los costos de la producción y aumentar la productividad, fue necesario disminuir los salarios pagados por pieza. Igual sistema de explotación del trabajador fue el Fordismo. Fundado en la obra de Taylor, Henry Ford lo creó como forma de aumentar su producción con una larga línea de montaje y fabricación de productos en serie y de modo estandarizado. El trabajador sufrió con el trabajo repetitivo, masivo, mal pagados, intensos y sofocantes.

Para Sadi dal Rosso²²,

²¹ RIFKIN, Jeremy. *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Buenos Aires: Paidós, 1997, p.86.

El taylorismo y el fordismo son sistemas que, por primera vez, introducen sistemáticamente cambios en la organización del trabajo como instrumento para aumentar la productividad. Acercan, así, un elemento nuevo a los estudios desarrollados por Marx durante la Revolución Industrial. Durante aquel periodo, el aumento de la intensidad fue conseguido con la revolución tecnológica. El sistema taylorista y fordista no supone cambios tecnológicos para aumentar la productividad. Él actúa sobre la organización del trabajo y ahí introduce las transformaciones. Los cambios aumentan la carga de trabajo, medida siempre por el volumen del producto producido o por el cuadro de personal necesario para ejecutar determinada tarea, o aún por la velocidad o ritmo de los movimientos. En síntesis, el sistema taylorista-fordista cambia la organización del trabajo para obtener resultados superiores. De ello es un ejemplo clásico de intensificación por reorganización del trabajo en la ausencia de revolución tecnológica.

Sin embargo, la crisis del sistema de producción taylorista/fordista se inició en los años 60, debido a muchos problemas, como: a) devaluación del dólar; b) crisis del Estado de Bienestar; c) intensificación de las luchas sociales; d) revuelta de los trabajadores junto con el movimiento de estudiantes; y e) la crisis del petróleo.

Con todos los problemas, el capital empezó a buscar muchas formas de restaurar los padrones de acumulación del capital, lo que promovió cambios importantes en la forma de organización del sistema laboral, afectando fuertemente el mundo del trabajo.

²² DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho: a intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008, p.62. “O taylorismo e o fordismo são sistemas que, pela primeira vez, introduzem sistematicamente a mudança na organização do trabalho como instrumento para aumentar a produtividade. Acrescentam, por isso, um elemento novo aos estudos desenvolvidos por Marx durante a Revolução Industrial. Durante aquele período, o aumento da intensidade foi obtido mediante uma revolução tecnológica. O sistema taylorista e fordista não supõe mudança tecnológica para aumentar a produtividade. Ele atua sobre a organização do trabalho e aí introduz transformações. As mudanças aumentam a carga de trabalho, medida sempre em termos de volume de produto produzido ou em termos de redução do quadro de pessoal necessário para executar determinada tarefa, ou ainda em termos de velocidade ou ritmo dos movimentos. Em síntese, o sistema taylorista-fordista altera a organização do trabalho para obter resultados superiores. É, então, um exemplo clássico de intensificação por reorganização do trabalho na ausência de revolução tecnológica.”

2.5 De la Tercera Revolución Industrial

Un poco antes de los años 60, empezando luego después de la segunda guerra mundial que comienza la llamada tercera revolución industrial que vivimos hoy. Así explica Jeremy Rikfin²³:

La tercera revolución industrial apareció inmediatamente después de la segunda guerra mundial y es en la actualidad cuando empieza a tener un impacto significativo en cómo la sociedad organiza actividad económica. Los robots controlados numéricamente y los ordenadores y su avanzado software están invadiendo las últimas esferas humanas disponibles: el reino de la mente. Adecuadamente programadas, estas nuevas máquinas pensantes son capaces de realizar funciones conceptuales, de gestión y administrativas y de coordinar el flujo de producción, desde la propia extracción de materias primas hasta el marketing y la distribución de servicios y productos acabados.

Para Jeremy Rikfin²⁴ el emergente mundo de la racionalización de la producción basada en la alta tecnología y del comercio global tiene origen en los años 60. Desde entonces el mundo ha cambiado drásticamente, pues la economía empezó a producir un cambio histórico hacia la era del posfordismo, preparando el terreno a las organizaciones empresariales para un futuro sin trabajo. Es decir, la tercera revolución industrial fuerza una crisis económica de ámbito mundial de proporciones monumentales, debido a que millones de personas pierden sus puestos de trabajo a causa de las innovaciones tecnológicas.

²³ Op.cit, p.86.

²⁴ Op.cit.p.117.

2.6 De la formación de la clase operaria en Brasil

En Brasil, en especial, la formación de la clase operaria brasileña ocurrió en la época de la producción de café, cuando la explotación minera de oro estaba en decadencia. En la segunda mitad del siglo XIX, el Brasil ya era el mayor productor y exportador de café en el mundo, reduciendo a la insignificancia otros más antiguos, como el azúcar y el algodón, según Paul Singer²⁵.

La industrialización en Brasil se puede dividir en cuatro grandes períodos: el primer período, desde 1500 a 1808, donde era prohibida la industrialización. Portugal permitía solamente la creación de la pequeña industria para el consumo interno se le permitió debido a las distancias entre la metrópoli y colonia; el segundo período, desde 1808 a 1930, es intermediario, donde surgen las primeras industrias textiles; el tercer período, desde 1930 hasta 1956 conocida como la etapa brasileña de la Revolución Industrial; y el cuarto período, después de 1956, llamada la fase de internacionalización de la economía brasileña.

Declara Paul Singer²⁶ que antes la mano de obra utilizada eran los esclavos. La esclavitud ocupó tres ciclos de exportación: el azúcar, el oro y el café. Sin embargo, la Gran Bretaña se opuso al tráfico de negros y pasó a reprimirlo. Así que en 1850, el gobierno brasileño editó la Ley Euzébio de Queiroz prohibiendo el tráfico y en 1888 vino la Ley Aurea que extinguió la esclavitud en Brasil. Poco a poco el comercio de calle y los oficios pasaron a ser ejercidos por libertos, que creaban asociaciones religiosas y recreativas.

Ida Lewkowiczs, Horácio Gutierrez y Manolo Florentino²⁷ explican que en la explotación minera demandó vasta mano de obra esclava. Sin embargo, la técnica usada para extraer el oro permitía la participación de amplia capa de la población. Y la actividad minera permitió a algunos esclavos la emancipación y movilidad social.

Para Paul Singer, en la agroindustria del azúcar, la disminución del número de esclavos llevó al empleo de diaristas. Específicamente, en Nordeste de Brasil, con el fin del tráfico de negros, la agroindustria de azúcar pasó a reemplazar el trabajo

²⁵ SINGER, Paul. *A formação da classe operária*. 5.ed. São Paulo: Atual, 1988, p.43.

²⁶ Op.Cit. p.43-44.

²⁷ LEWKOWICZS, Ida; GUTIERREZ, Horácio; FLORENTINO, Manolo. *Trabalho compulsório e trabalho livre na história do Brasil*. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p.31 e 32.

esclavo por el trabajo asalariado. Pero, en la plantación de café, la mano de obra utilizada pasó a ser a de inmigrantes. En São Paulo, entre 1854 y 1886, inmigrantes ocuparon el lugar de los esclavos en la artesanía y en el trabajo asalariado. Y sin duda, la inmigración dio un impulso decisivo en la cuestión de la formación de la clase operaria en Brasil.

Ida Lewkowicz, Horácio Gutierrez y Manolo Florentino dicen que la inmigración fue la alternativa necesaria para suplir la demanda creciente de mano de obra en la plantación de café en Sul y Sudeste de Brasil.

Sin embargo, al final del siglo XIX, los productores de café invirtieron en industrias, principalmente en Sao Paulo y Río de Janeiro, de fabricación más simple, como por ejemplo, zapatos.

De 1930 hasta 1945 la industria brasileña recibió un gran impulso. Getulio Vargas, Presidente de Brasil, tuvo como objetivo llevar a cabo la industrialización del país, favoreciendo las industrias nacionales, para no dejar caer a Brasil en la dependencia externa. El gobierno invirtió en infraestructura, lo que desarrollo la industria nacional en los grandes centros urbanos, causando una gran disparidad regional. Aparte, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Brasil empezó a exportar sus productos a Europa, que quedó con sus industrias destruidas.

Explica Paul Singer²⁸ que no hay duda que la formación del proletariado brasileño empezó a partir de 1880. Y a partir de 1920 y 1940 prosiguió el proceso de industrialización y mayor formación de la clase operaria. Con la crisis mundial de 1929 y las dos guerras mundiales hubo la dinamización del mercado nacional y de la producción agrícola. Y en 1950 aumentó para noventa mil el número de industrias, conforme explica Ida Lewkowicz, Horácio Gutierrez y Manolo Florentino²⁹

Es importante registrar que en 1943 fue instituida la Consolidación de las Leyes del Trabajo de Brasil (CLT), por el Decreto Ley no. 5.452, de 1º de mayo de 1943, para reglar las relaciones individuales y colectivas en el trabajo, salvo los rurales, domésticos y funcionarios públicos.

A partir de los años 40, el proceso de industrialización y formación de la clase operaria en Brasil entra en una nueva etapa: un País de grande industria formada

²⁸ Op.cit, p.57

²⁹ Op.cit, p.71.

por establecimientos de empresas multinacionales – Juscelino Kubitschek, en su gobierno que duró de 1956 hasta 1960, abrió la economía al capital internacional, y ha atraído empresas multinacionales.

2.7 Del contexto actual

Las relaciones de trabajo viven un periodo de precarización de los derechos laborales: los salarios empeoraron, los derechos son flexibilizados y surgieron nuevas formas de contratación, como el trabajo a tiempo parcial, temporario y la tercerización.

Las transformaciones son destinadas a dotar de mayor flexibilidad externa las empresas, que recurren con mucha frecuencia al trabajo precario para conseguir mantenerse en el mercado globalizado.

Según explica Luc Boltanski y Eve Chiapello³⁰, la forma de organización de la empresa, que sustituye un contrato laboral por un contrato mercantil firmado con un prestador de servicios, permite, pues, en gran medida, desembarazarse de las constricciones impuestas por el derecho laboral, haciendo inaplicables buena parte de los textos legislativos y reglamentarios que regulan las condiciones de plantillas mínimas.

Las conductas de precarización practicadas por las empresas y el desarrollo de la subcontratación crean ventajas para los empresarios que no pagan más que el tiempo realmente trabajado. Aun, los nuevos dispositivos informáticos permiten imponer un seguimiento que suprime los tiempos muertos.

No hay dudas que el capitalismo tiende perpetuamente a transformarse y, en consecuencia, mudan las relaciones de trabajo. Por eso, el Derecho del Trabajo también debe alterarse para adaptarse a las nuevas formas de trabajo.

Con el desarrollo de los nuevos modelos de organización de los procesos productivos, conocidos con el nombre de descentralización productiva, ha significativas alteraciones en la organización del trabajo.

Es importante decir que la expresión descentralización productiva, como explica Antonio Blasco Mayor³¹, engloba la contratación de otras empresas para que realicen actividades hasta ese momento realizadas por la propia empresa o que forman

³⁰ BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. 1. ed. Madrid: Ediciones Akal, 2002, p.311.

³¹ MAYOR, Antonio Blasco. *Las nuevas formas de organización del trabajo derivadas de la descentralización productiva*. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1054858.

parte de alguna de las fases del proceso productivo, y el establecimiento de unos procedimientos de producción basados en la flexibilidad de los procesos de fabricación, de las tecnologías y, sobre manera, de las relaciones de trabajo

En el modelo de descentralización productiva la organización de la producción se basa en una empresa central y hegemónica que es la que diseña y descentraliza todo el proceso y sobre la que pivotan las restantes empresas, que trabajan como subcontratistas o suministradoras de ella.

El surgimiento y desarrollo de la globalización económica, conocida como mundialización productiva, es el desencadenante de un profundo y continuo cambio en las formas de producir, que hoy esta permeada por un sistema de externalización productiva, que abarca la descentralización, subcontratación, outsourcing etc.

Toda esa sistemática genera nuevos contratos de trabajo, pues provoca la modificación de las condiciones del diseño de los puestos de trabajo, originando la segmentación de las tareas, la plurifuncionalidad laboral que ha arrasado los cuadros de especializaciones laborales y la externalización de tareas. En consecuencia, los trabajadores y sus organizaciones son atingidos en su capacidad de acción, pues encuentran nuevas dificultades para su articulación.

Explica Ricardo Antunes y Giovanni Alves³² que con la retracción del fordismo y taylorismo, se ha una reducción del proletariado industrial, manual, tradicional, estable y especializado, sucesor del tipo vertical taylorismo y fordismo. Este proletariado se ha reducido con la reestructuración productiva del capital, lo que reduce el conjunto de trabajadores estables que son poseedores de empleos formales.

Para Alejandro H. Perugini³³, la descentralización productiva ha puesto en crisis el estatuto uniforme de los trabajadores estructurados sobre la base del trabajador en fábrica. El modelo denominado empresa escueta, o sin trabajadores, está fundamentada en el ahorro de la mano de obra y en un régimen de precariedad laboral y salarial para reducir los costos y responsabilidades.

Con la ampliación del desempleo estructural, los capitales transnacionales crean alternativas de trabajo informales, como por ejemplo, el outsourcing. Aparte, el

³² ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. *As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital*. Educ. Soc., Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004 335, p.2.

³³ PERUGINI, Alejandro H. *Relación de dependencia*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.74.

Tercero Sector pasa a incorporar los trabajadores expulsados del mercado de trabajo formal.

Ricardo Antunes y Giovanni Alves³⁴ enseñan que el trabajo comprende a todos los trabajadores, hombres y las mujeres, que viven de la venta de su fuerza de trabajo. Es decir, el concepto no limitándose a los trabajadores manuales directos, incorpora también la totalidad del trabajo social, la totalidad del trabajo colectivo que vende su fuerza de trabajo al capitalista propietario en cambio de salario.

Hoy los contratos de trabajo son diversificados. Se ha ampliado la segmentación del mercado de trabajo diversificándose sus segmentos precarios y vulnerables. Entonces, surgen los contratos temporales y a tiempo parciales, el empleo sin protección social y el empleo de los falsos autónomos, el trabajo realizado a domicilio, el teletrabajo, la subcontratación de trabajadores y las cooperativas laborales, lo que provoca la fragmentación de la clase obrera y el deterioro a gran escala de sus condiciones laborales y de empleo.

Reflexionando sobre la proliferación de estas nuevas formas de trabajo, María Emilia Casas y Valdés Dal-Ré³⁵ explican que las nuevas fórmulas de ocupación están produciendo el doble fenómeno de la destipificación del contrato de trabajo y, por lo tanto, de los valores normativos de tutela del orden laboral. El pluralismo tipológico no es más un episodio coyuntural, sino una nueva realidad estructural que se extiende imparablemente a costa del decrecimiento del trabajo estable y protegido, mermado también por el nuevo aliento tomado por el trabajo autónomo y cooperativo.

Según Valdés Dal-Ré³⁶:

La descentralización productiva está causando una deconstrucción de los tipos sociales manejados por el ya secular ordenamiento laboral como prototipos normativos de los sujetos de las relaciones jurídicas laborales. La externalización de actividades deconstruye el paradigma normativo del empresario y, por derivación, de la organización de medios de la que es titular: la empresa. Pero también causa estragos en el paradigma normativo del trabajador, considerado no sólo en su condición de parte de una relación obligatoria sino, además y adicionalmente, como miembro de un grupo que agrega intereses comunes. La descentralización altera

³⁴ Op. Cit. p.8.

³⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*. RL, 1989, núm. 7/8, pp. 64, 75 y 80.

³⁶ DAL-RÉ, Fernando Valdés. *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%202/202.pdf>

profundamente las reglas hasta ahora fijadas para el ejercicio de la acción colectiva. En mayor o menor medida, todas las consecuencias desorganizativas de la externalización sobre las estructuras básicas del Derecho del Trabajo pueden reconducirse a esta doble ruptura o, al menos, a esta doble destipificación de los paradigmas normativos; a la quiebra de la validez de las nociones de trabajador y empresario con las que se han venido tejiendo las normas del Derecho del Trabajo hasta el presente

José Daniel Machado³⁷ enumera cambios en la economía que se pasaron desde 1975 y que afectaron las relaciones laborales, como: se radicaliza y generaliza el proceso de deslocalización de los servicios; se tornan ineficaces o innecesarios los empleos de supervisión directa y, por la otra, se requiere un tipo de trabajadores suficientemente calificados como para no requerir la asistencia constante del superior que sabe; y el perfil cualitativo del trabajador requerido supone altas calificaciones profesionales, tanto para decidir por sí como para adaptarse de modo polivalentes a los cambiantes requerimientos del mercado.

En Brasil, dice José Otávio de Souza Ferreira³⁸ que desde los años 80 se verifica cambios en el papel de Estado en el orden económico, donde el contexto de abertura comercial expuso las empresas nacionales a la competencia internacional, insertándolas en el movimiento mundial de modernización tecnológica y organizacional, en busca de competencia, eficiencia y lucros.

Considerando ese marco – periodo pos fordista a partir de los años 80 – y los efectos en las organizaciones productivas, que será analizada la subordinación jurídica en Brasil.

³⁷ MACHADO, José Daniel. *El trabajo deslinde del concepto de dependencia y sus vecinos*. Colección temas de derecho laboral. Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral. Editorial Erepar: Buenos Aires, 2009, p.153.

³⁸ FERREIRA, José Otávio de Souza. *Modernização econômica, Estado e relações de trabalho no Brasil*. In: Jose Dari Krein, Magda Barros Biavaschi, Eduardo Benedito de Oliveira Zanella y José Otávio de Souza Ferreira (Org.). *As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2006, p.151-171.

3 EL DERECHO DEL TRABAJO COMO HERRAMIENTA DE EFECTUACIÓN DE LA DIGNIDAD SOCIAL DE LA PERSONA HUMANA EN EL CAPITALISMO

3.1 Del surgimiento del Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo es un derecho revolucionario porque nació de luchas de los operarios que provocaron la intervención del Estado en las relaciones privadas entre empleador y trabajador. El origen es respuesta a las condiciones económicas de miseria a que da lugar la segunda revolución industrial, intentando mejorar la explotación de los trabajadores.

Para Alice Monteiro de Barros³⁹, el Derecho del Trabajo surge en el siglo XIX, en Europa, en medio a las desigualdades económicas y sociales y advén de dos procesos: 1) heterónimo – conjunto de normas obligatorias impuestas por el Estado y que se aplica a todos; 2) Autónomo – conjunto de normas que pertenecen al derecho voluntario que dice respecto a las partes que quieren obligarse.

Todo lo que el liberalismo ha prometido para la sociedad se convirtió en privilegio para la clase dominante. El Estado liberal dejó de cumplir principios fundamentales como igualdad y fraternidad. En consecuencia, apareció el Estado interventor para regular las situaciones de desigualdad. En el ámbito laboral, el Estado pasó a reglar la actividad, surgiendo el Derecho del Trabajo.

Alice Monteiro de Barros⁴⁰ citando Granizo y Rothvoss, explica que la historia del Derecho del Trabajo es dividida en cuatro periodos: 1) Formación (1802 a 1848) – surgió en Inglaterra la primera ley llamada Moral and Health Act (1802) que prohibía el trabajo de los niños a la noche y por más de 12 horas diarias; 2) Intensificación (1848 a 1919) – con el Manifiesto Comunista de Marx y Engels y la implementación de la primera forma de seguridad social en Alemania en 1883 por Bismarck; 3) Consolidación (1890 a 1919) – con la Encíclica Rerum Novarum; 4) Autonomía (1919 hasta los días de hoy) – con la creación de la OIT en 1919.

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.53 y 54.

⁴⁰ Op, cit. p.54 y 55.

Los movimientos de lucha obrera que enmarcaron el origen del Derecho del Trabajo y la presión social, acabaron forzando a los Estados a iniciar la regulación de las relaciones de trabajo. Por lo tanto, el Derecho Laboral es el producto de una compleja construcción socio histórica que fue efectuándose durante los años y fue creado con el objetivo de tutelar el trabajo humano, armonizar las políticas económicas y los derechos sociales, pretendiendo la promoción de la justicia social. De modo que el ámbito internacional, la OIT tiene como objetivo prioritario promover las oportunidades que permitan a los hombres obtener un trabajo decente y productivo, en condiciones de dignidad humana, igualdad, libertad y seguridad.

3.2 La preocupación actual: la crisis por que pasa el Derecho Laboral

Con la nueva configuración económica, a partir del capitalismo financiero, la política que tiene la misión de organizar la vida colectiva, sufre cambios y el Estado pierde espacio en su función de ente regulador. No sólo el Estado, también lo pierde la política de los actores sociales (sindicatos y empleadores) que no tienen poder para negociar.

El funcionamiento de los mercados laborales ha sido un tema de preocupación para los gobiernos, sociedades, trabajadores y empresas. En especial, la inquietud mayor es cuanto las tasas de desempleo y desocupación o imposibilidad de inserción en el mercado de trabajo, y la vulnerabilidad de los trabajadores en razón de la precarización de los derechos laborales.

Según Héctor Bravo⁴¹, la crisis mundial de las economías estremece las estructuras sociales y jurídicas, y ha traído desajustes laborales innegables. Es así como se observan en variados países desarrollados, en desarrollo y del tercer mundo, grandes y graves conflictos sociales por despidos masivos de trabajadores, reducción drástica de las empresas (downsizing), aparición de los trabajos precarios (por horas, temporales, sin ningún tipo de arraigo), el aumento del horario laboral con mayor esfuerzo del trabajador y con reducción de la paga, buscándose bajar costos, mediante la desaparición de la tutela del Estado (flexibility downward), utilización de la contratación esporádica (y externa a la empresa) para enfrentar problemas, que antes se resolvían con personal de la propia compañía (outsourcing), fusiones de empresas y alianzas estratégicas de corporaciones (que reducen el campo laboral) y, toda una gama de situaciones que han repercutido negativamente en la regulación jurídica del trabajo.

La apertura económica afectó la estructura productiva modificando todas las relaciones laborales y el quiebre de numerosas firmas generaron un gran porcentaje de desempleo. Es decir, la globalización económica, la descentralización empresarial, la implementación de nuevas tecnologías, la influencia de las políticas económicas,

⁴¹ BRAVO, Hector. La importancia de la protección de la relación laboral. Recuperado en 20 de noviembre de 2011, de <http://www.ucla.edu/ve/dac/investigaci%F3n/compendium8/proteccion.htm>

como la política de privatizaciones y liberalización económica, la flexibilización de los derechos laborales, la aparición del trabajo informal y las políticas de outsourcing en las empresas son razones para el incremento de la tasa de desempleo. Todo esto desarticula la protección social y laboral.

El informe sobre “el trabajo en el mundo 2009” de la OIT⁴² que trata de la “crisis mundial del empleo y perspectivas” expone que la dificultad de conseguir puestos de trabajo continúa y puede empeorarse si no se adoptan las medidas adecuadas.

El informe enuncia que desde que se inició la crisis financiera en octubre de 2008 se han perdido al menos 20 millones de puestos de trabajo. Pero ésta no es la única dimensión de la crisis del empleo: en la actualidad, unos 5 millones de trabajadores corren el riesgo de perder su puesto de trabajo en los 51 países de los cuales se dispone de datos.

Según el informe, para los trabajadores afectados y sus familias, las dificultades se agravan a causa de las lagunas del sistema de protección social. Dos tercios de los países de los que se dispone de datos carecen de prestaciones de desempleo. Sólo un tercio de los países en desarrollo proporciona alguna forma de protección social a los trabajadores del sector informal y por cuenta propia. En todas partes está aumentando la sensación de precariedad del trabajo.

Aún, consta en el informe de la OIT que es importante recordar que la reintegración de trabajadores excluidos al trabajo productivo es muy difícil y costoso para las arcas de los Estados en crisis precedentes. Así que para adoptar medidas preventivas en este momento resultaría rentable a largo plazo. Tales políticas responderían eficazmente a las necesidades de las empresas y de los trabajadores y, de hecho, el impulso de la actividad económica resultante del aumento del trabajo contribuiría con toda seguridad a recuperar en el mediano plazo los niveles de deuda anteriores a la crisis.

La OIT tiene constante preocupación con las alteraciones generadas en el mundo del trabajo. En el informe titulado "Cambios en el mundo del trabajo"⁴³, que

⁴²Recuperado en 25 de enero de 2012, de http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/summ_09s.pdf.

⁴³Cambios en el mundo del trabajo, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión 2006. Informe I (C). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006. ISBN 92-

fue presentado durante la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo que se realizó en Ginebra entre el 31 de mayo y el 16 de junio, describió las tendencias actuales y las perspectivas futuras detectadas en lo que denomina como "mercado laboral global".

Consta, también, en el informe que el Director General de la OIT, Juan Somavia, dice que existe un sentimiento creciente de devaluación de la dignidad del trabajo, donde el pensamiento económico impera, considerando el trabajo como un mero factor de la producción, olvidándose del significado individual, familiar, comunitario y nacional del trabajo del ser humano.

En este contexto y considerando además que el trabajo, como afirma Héctor Bravo⁴⁴, es una de las bases fundamentales de la creación de la riqueza de las naciones, del bienestar y desarrollo de las sociedades, el derecho del trabajo deberá buscar alternativas de proteger mejor a su objeto.

2-316623-3. Recuperado en 25 de enero de 2012, de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_069954/lang--es/index.htm .

⁴⁴ Op.Cit.

3.3 El trabajador subordinado como sujeto a ser protegido

El hombre es el corazón de los derechos. En especial, en Derecho del Trabajo, el centro es el trabajador dependiente o subordinado, que hoy la doctrina y jurisprudencia están en busca de definir el trabajador subordinado considerando el contexto actual de producción. Sin embargo, no es fácil definir el sujeto a ser protegido, porque el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo es una cuestión que depende de decisión política.

Explica José Luis Ugarte Cataldo⁴⁵ que en un primero momento la intervención del legislador en las normas laborales fue aliviar la situación de explotación de las clases trabajadoras, y como preocupación secundaria apareció la identificación de la categoría que se debe proteger.

Hugo Fernández Brignoni⁴⁶ apunta que históricamente el concepto de subordinación tiene un papel muy importante en la protección del trabajo humano. En torno del mismo se ha estructurado el sistema de protección clásico del derecho del trabajo. La subordinación y protección han sido desde los orígenes y hasta el estado actual de su desarrollo, dos conceptos esencialmente emparentados en la arquitectura del sistema jurídico laboral.

El Derecho del Trabajo tiene como sujeto a proteger el trabajador que ejerce sus actividades de forma dependiente. Es decir, el criterio principal para definir el objeto del Derecho Laboral es la subordinación. Hay que saber si el trabajo es dependiente o independiente para saber si el trabajador tiene acceso a determinados derechos laborales y sociales.

La subordinación proporciona al trabajador el ejercicio de su actividad de forma protegida, estable, diferente del trabajo independiente, como por ejemplo se pasa con el prestador de servicio.

Sin embargo, para Hugo Fernández Brignoni⁴⁷, la forma de trabajar del hombre han favorecido el aumento de algunos tipos de relaciones de trabajo, no se

⁴⁵ UGARTE CATALDO, Jose Luis. *El nuevo derecho del trabajo*. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004, p.31

⁴⁶ Op.cit, p.6.

⁴⁷ FERNANDEZ BRIGNONI , Hugo. *Los límites a la protección del trabajo. El concepto de subordinación frente a las nuevas realidades*. En: Gaceta Laboral / Centro de Investigaciones y

sustentados, por lo menos formalmente, en el concepto de subordinación. El vínculo se establece en estos casos, a través de otros conceptos, razón por la cual la protección laboral no llega.

En el contexto económico de esa década hubo el crecimiento de formas de trabajo que se apartan de la relación laboral clásica. Es lo que se llama de zona gris.

Explica Alain Supiot⁴⁸,

Dentro del modelo industrial de la empresa centralizada y jerarquizada, que abarca todos los aspectos de la realización de un producto, era posible hacer una clara distinción entre trabajo subordinado y trabajo independiente. Esta oposición desaparece dentro del modelo reticular de la acción económica que prevalece en la actualidad. En el derecho del trabajo, la idea de la subordinación jurídica – de sumisión estrecha a las ordenes de un jefe – se suaviza para dar lugar a aquella de la integración dentro de una organización, en el seno de la cual los trabajadores son libres de realizar los objetivos convenidos de la manera que los deseen, y que constituyen tantas normas impersonales de evaluación que se imponen tanto a ellos mismo como a sus jefes.

Aprovechándose de esta situación, las empresas eliminan a los trabajadores fijos y pasan a subcontratarlos por diversas formas, sea por medio de la tercerización, o por vía de cooperativas o a través de prestación de servicios, como se fuera un trabajador autónomo, esquivándose de pagar a los trabajadores a sus derechos sociales y laborales.

Julio C. Neffa⁴⁹ plantea que:

La flexibilización de la producción, desde mediados de los años setenta, en una necesidad imperiosa, dado que la economía mundial atraviesa fases de una gran volatilidad y que el volumen y la composición de la demanda nacional y sobre todo internacional son imprevisibles debido al proceso de mundialización. La apertura indiscriminada de las economías para expandir la oferta fuera de las fronteras a fin de compensar la caída de la demanda interna, engendra una competencia exacerbada que en poco tiempo puede generar un resultado exitoso o el fracaso y el cierre de las empresas menos dotadas. Para lograr dichos objetivos se recurre a la subcontratación y la tercerización, se utilizan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, las nuevas formas de organizar las empresas, la producción y el trabajo, buscando una reducción de los costos fijos y variables, innovar en cuanto a los procesos y los productos, introducir la variedad y la novedad en bienes y servicios que satisfagan las

Estudios Laborales y de Disciplinas Afines, Año/vol. 007, número 001, Maracaibo: Ediciones Astro, 2001, p. 5 – 18, p.7.

⁴⁸ SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p.75.

⁴⁹ NEFFA, Julio Cesar. *Subcontratación, tercerización y precarización del trabajo y el empleo: una visión regulacionista desde la economía del trabajo y el empleo*. In: *La subcontratación laboral en América Latina: miradas multidimensionales*. Coordinador: Juan Carlos Celis Ospina. 1. ed. Colombia: Escuela Nacional Sindical, 2012, p.67-95, p.77.

necesidades presentes y previsibles de los clientes, mejorar la calidad, asegurar un servicio adecuado de postventa.

En el mismo ensayo, el autor indaga sobre el hecho de las empresas recurrir a la subcontratación y responde:

Porque en una gran empresa, integrada verticalmente, los costos fijos son muy importantes y a menudo hay indivisibilidades en materia de inversiones, que por su tamaño generan elevados costos. Para poder competir en un mercado mundializado, responder rápidamente a los cambios cuantitativos y cualitativos de una demanda que es vez más exigente y que varía fuertemente en el corto plazo, los empresarios deben tratar de reducir sus costos. En ese caso, prefieren actuar directamente sobre los costos variables, es decir esencialmente los salarios directos e indirectos. La subcontratación permite a las grandes y medianas empresas reducir costos porque la producción o los servicios que se subcontratan no son los que generan más valor, sino aquellos que generan pocos beneficios porque usan tecnologías intensivas en trabajo, que facilitan el desencadenamiento de conflictos, guardando para sí las más rentables, las que dan lugar a la marca.

Frente a las situaciones como estas, aparece el Derecho Laboral como rama del derecho que tiene la función de tutelar a quien lo necesita y, por consecuencia debe proteger a los que trabajan en situación de debilidad económica y social. En general, el objetivo de las legislaciones laborales existentes es contribuir a una mejor protección de determinadas categorías de trabajadores

Sin embargo, en el sistema actual de producción y la política económica neoliberal, el Derecho del Trabajo se ha convertido en un obstáculo, donde el trabajo y el trabajador pagan el costo, porque surgen diversas formas de trabajo que intentan siempre disminuir los derechos laborales o camuflar la caracterización de la relación de trabajo.

La palabra en boga es flexibilizar. Es decir, bajo el concepto de adaptación del Derecho del Trabajo al contexto económico actual, se somete el trabajador a la explotación del modelo neoliberal, perjudicando y disminuyendo sus derechos que fueron conquistados al largo del tiempo.

El proceso de conquistas de derechos está al revés, porque con la política de flexibilización implementada por la nueva forma capitalista de producción los derechos van desapareciendo paulatinamente.

Para Hugo Fernández Brignoni⁵⁰, con o sin reforma legislativa sistemática, los niveles de protección también se han alterados por la vía de la negociación colectiva, que llega no solo a disminuir las condiciones de trabajo preexistentes, sino también alteran los contenidos normativos mínimos indisponibles legalmente establecidos, sin que el poder sindical pueda impedir el avance de la desregulación y el incumplimiento de la ley.

Con el debilitamiento del sindicalismo y de las negociaciones colectivas, sumada a los cambios en el trabajo y en la normativa laboral, con una tendencia a la desprotección de la parte laboral, los movimientos sindicales no generan estrategias de protección para frenar los efectos más nocivos a los trabajadores, lo que muestra la ineficacia de una acción sindical defensiva y la ausencia de capacidad de influir en las importantes decisiones.

Por lo tanto, es imprescindible para el movimiento sindical y gobierno repensar la situación del trabajador, para disminuir los efectos negativos de la política económica de las empresas sobre la fuerza laboral y, así, permitir avanzar hacia un modelo económico de mayor equidad. Lo que se debe tener en cuenta es que no se trata de relación privada de venta de fuerza de trabajo, pero lo que se pone en tensión es un tema relativo a los derechos humanos, con reflejo en la calidad de vida y de trabajo de personas.

Para Hugo Fernández Brignoni⁵¹ el derecho del trabajo tiene alcance en tres planos distintos: a) en cuanto la materia que abarca; b) en cuanto a las actividades profesionales alcanzadas; c) en canto a las personas a quienes se aplican las normas dictadas.

Él afirma que recientes estudios de OIT establecen que existen problemas crecientes cuanto al alcance de la protección, en función del el encubrimiento de la relación de trabajo, con la utilización de un sustituto se busca ocultar la figura del verdadero empleador y sobre todo evitar que recaiga sobre él las responsabilidades correspondientes; y de la proliferación de situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores, que se estriban en tres aspectos: a) la

⁵⁰ FERNANDEZ BRIGNONI , Hugo. *Los límites a la protección del trabajo. El concepto de subordinación frente a las nuevas realidades*. En: Gaceta Laboral / Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y de Disciplinas Afines, Año/vol. 007, numero 001, Maracaibo: Ediciones Astro, 2001, p. 5 – 18, p.10.

⁵¹ Op.cit, p.11.

determinación del trabajador dependiente, b) la determinación de la figura del empleador, c) el aumento de las formas de trabajo precario.

Es decir, los mecanismos clásicos que estaban asociados a la sociedad industrial se muestran cada vez más débiles e ineficaces para cumplir con los principios de protección, equidad y justicia social que deben orientar en derecho laboral. En consecuencia, estamos presenciando un proceso de desarrollo desigual entre aquellos que detienen los medios de producción y los que les son subordinados.

Sin embargo, no se puede olvidar que en cualquier relación, sea o no de trabajo, y en cualquier contexto, sea histórico, político, económico, social, lo más importante es la preservación de la dignidad de la persona humana.

Dorando J. Michelini⁵², citando Kant, dice:

Como es sabido, Kant distingue claramente entre “valor” y “dignidad”. Concibe la “dignidad” como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio. Cuando a una persona se le pone precio se la trata como a una mercancía. “Persona es el sujeto cuyas acciones son imputables (...) Una cosa es algo que no es susceptible de imputación”

El hombre es sujeto de derechos y obligaciones, pero antes de todo es poseedor de dignidad. En consecuencia, todos los derechos, incluso los laborales, deben pautarse por la dignidad de la persona humana, evitando o disminuyendo la posibilidad de tratar el hombre como una cosa que se compra y se vende.

La dignidad se constituye en el fundamento de los derechos humanos. Luego, no pueden ser objeto de menosprecio para que no se originen actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, como ya se pasó.

De ese modo, la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a fin de que tanto los individuos como las instituciones pudiesen promover el respeto a los derechos y libertades presentes en ella, y asegurar, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los pueblos de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

⁵² MICHELINI, Dorando J. *Dignidad humana en Kant y Habermas. Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas – INCIHUSA – CONICET / Mendoza. Vol. 12 n° 1 Julio 2010 / Artículos (41-49).

Es esencial aducir que a partir de lo posguerra, principalmente después de las atrocidades cometidas por los nazistas, hubo un movimiento para convertir los derechos humanos en tema de interés de la comunidad internacional. En consecuencia, como aporte valioso, vino la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, un avance que vincula a todos los Estados del mundo y que impide el tratamiento del hombre como mercancía.

Considerando que el trabajo no es mercancía y que, por lo tanto, el objeto del contrato de trabajo no es la persona, la doctrina laboral, como será abordado adelante en tópico específico, ha dejado el criterio subjetivo para explicar la subordinación a través del criterio objetivo, especificando que la caracterización del objeto del Derecho Laboral se da por medio de la actividad ejercida por el empleado.

3.4 El Principio de la Dignidad de la Persona Humana como orientador del Derecho del Trabajo

La dignidad de la persona humana es una característica propia del ser humano y principio fundamental en la Constitución de Brasil (art.1, III)⁵³.

Robert Alexy⁵⁴ observa que ese principio no es absoluto, aunque bajo determinadas condiciones, él preceda a todos los demás principios.

Por lo tanto, es un principio que tiene esencial importancia en todo el sistema jurídico – es un concepto universal íntimamente vinculado a la libertad y la igualdad entre los hombres.

Como todo principio, el principio de la dignidad de la persona humana tiene una dimensión que las reglas no tienen, como enseña Ronald Dworkin⁵⁵. Atribuyendo la misma importancia, Robert Alexy⁵⁶ concibió los principios como mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas.

Como son abiertos, los principios permiten que el Derecho pueda adaptarse a la sociedad de forma siempre actual. Hoy la sociedad brasileña vive marcada por la normalización de sus principios fundamentales, con realce para el principio de la dignidad de la persona humana, según Flavia Piovesan⁵⁷. Ella explica que existe en el Derecho Constitucional Occidental textos constitucionales abiertos a principios con

⁵³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.114.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.42.

⁵⁶ Op.cit. p.90.

⁵⁷ PIOVESAN, Flavia. *A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*. In: Temas de direitos humanos. Org Flávia Piovesan. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.339.

mucha carga axiológica, con relace al valor dignidad humana, protegido por el Derecho Constitucional después de la Segunda Guerra.

Citando Carmen Lúcia, ministra de la Suprema Corte de Brasil, Flavia Piovesan⁵⁸ dijo que el principio de la dignidad de la persona humana obliga al Estado, a sus dirigentes y a los actores de la política a respéctalo y, por lo tanto, es nulo todo lo que sea contrario a él.

Conectado al principio de la dignidad de la persona humana está el principio de la protección, que intenta superar las desigualdades existentes entre empleado y empleador y, por lo tanto, preservar la dignidad del ser humano, principal objetivo de esta rama del derecho.

El Derecho del Trabajo es el derecho al trabajo y el derecho a todas las normas de protección del trabajo. Esto significa ser el hombre el sujeto central del desarrollo de todas las normas jurídicas laborales, que intenta preservarle la vida.

Todos los medios traídos por la ley de trabajo son instrumentos esenciales a la seguridad y protección del empleado, sean medios físicos o no. Con un trabajo decente el hombre consigue su sustento y de su familia y tiene acceso a derechos y condiciones que le permite una vida digna.

La lucha del Derecho del Trabajo es permitir al trabajador un trabajo decente, es decir, con condiciones de trabajo seguras, que no sea forzoso ni esclavo, un trabajo con seguridad social y salarios compatibles con la realidad económica, con prevención a riesgos laborales, compatible con la maternidad y con la libre acción de las organizaciones que defienden a sus intereses.

Abarcando las citadas premisas, la OIT ha adoptado, en 1998, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo como expresión del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales.

Por medio de la Declaración, la OIT quiere lograr que el progreso social vaya a la par con el progreso económico. Por lo tanto, establece claramente que sus derechos son universales y se aplican a todas las personas en todos los países, independientemente del nivel de desarrollo económico, abarcando 4 áreas: 1) La libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva; 2)

⁵⁸ Op.cit., p.365.

la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; 3) la abolición del trabajo infantil, y; 4) la eliminación de la discriminación en materia de trabajo y ocupación.

Explica Luciane Cardoso Barzotto⁵⁹ que la OIT entre 1919 y 1944 poseía un solo objetivo: proteger a los trabajadores de las conductas más abusivas. Pero a partir de 1944 con la Declaración de Filadelfia empezó a promover políticas sociales considerando que el trabajo no es mercancía; la libertad de expresión y de asociación es esencial; la pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad en todas partes; la guerra contra las carencias se debe desatar con vigor implacable.

Aparte, la OIT tiene programas de promoción del trabajo decente a través de la aplicación de cuatro objetivos estratégicos: a) crear trabajo; b) garantizar los derechos de los trabajadores; c) extender la protección social; y d) promover el diálogo social.

Observando las políticas desarrolladas por la OIT es perceptible que la mayor preocupación es con la dignidad del trabajador. Los desafíos de los programas internacionales giran alrededor de posibilitar al trabajador un trabajo decente y, por lo tanto, una vida digna, permitiéndole el ejercicio de la ciudadanía.

Ser ciudadano es tener acceso a todos los derechos civiles y sociales permitidos en la Constitución. Asentir que los trabajadores ejerzan la ciudadanía por medio del derecho laboral, es reconocer de hecho la función del derecho como constructor de la ciudadanía – algo que debe ser una preocupación de los organismos internacionales y del propio Estado Nación.

No se puede olvidar que la función del Derecho no es ser un ordenamiento limitativo de la realización de la persona humana, pero un constructor de instrumento jurídico con contenido humano. Todo esto hace concretizar la idea de trabajo como derecho humano y la idea del desarrollo humano moderno, permitiéndose lograr una sociedad más justa y más democrática.

⁵⁹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

3.5. El principio de la igualdad como fundamento del principio protector

La Constitución Federal de Brasil de 1988 adoptó el principio de igualdad de derechos y trajo como objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria (artículo 3º, I). Ese principio y valor constitucional implica que los intereses de cada persona importan de igual modo. Así, todos los ciudadanos tienen derecho a la igualdad de trato en la ley, de acuerdo con los criterios protegidos por la ley.

Aparte, la Convención Americana y la Declaración Internacional de Derechos Humanos consagran el derecho a la igualdad y prohíben a los Estados de practicar la discriminación por razón de sexo, derecho que ha sido incorporado en casi todas las constituciones.

Jean Jacques Rousseau⁶⁰ establece la libertad como la premisa de donde se deriva la igualdad. Para él, los bienes más preciados de todos, que han de ser objeto de toda legislación, es la libertad y la igualdad, sin la cual la libertad no puede existir. Renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, a los derechos y a los deberes de la humanidad.

Hablando de los diversos sistemas de legislación, Jean Jacques Rousseau⁶¹ dice que la verdadera igualdad reside en el hecho de que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro y que no sea tan pobre como para verse forzado a venderse. Como, precisamente, la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, hay que hacer que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla.

La igualdad no puede ser analizada sin el derecho a la libertad. Además, los dos caminan juntos con el principio de la dignidad de la persona humana. Para haber el respeto al principio de la dignidad de la persona humana hay que existir libertad, que no existe sin igualdad.

Aplicando esa idea a las relaciones de trabajo es posible concluir que para hablarse de dignidad, libertad e igualdad, debe existir la protección del trabajador. En

⁶⁰ ROSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Edson Bini. 1.ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p.26.

⁶¹ Op.Cit, p.50 y 51.

consecuencia, el Derecho del Trabajo tiene como principio esencial el principio protector, que permite ofrecer a las partes de la relación de trabajo un tratamiento más igual, considerando la igualdad real, o sea, material.

Por lo tanto, se puede afirmar que el principio de la protección está relacionado con el principio de la igualdad. E esa igualdad es la igualdad material, real, efectiva. Una igualdad que configura un derecho del hombre insertado en muchas constituciones y tratados internacionales.

Valerio de Oliveira Mazzuoli⁶² enseña que la expresión derechos del hombre hace referencia a los derechos que no están escritos en un documento. Cuando esos derechos están en la Constitución, son llamados derechos fundamentales. Por su vez, constando en Tratados internacionales, son llamados derechos humanos.

La igualdad material es un derecho humano fundamental que apareció como reivindicación de la propia sociedad cuando vivía en un Estado Liberal bajo la igualdad formal (ante la ley).

Los derechos humanos o derechos fundamentales se fundan en la dignidad de la persona humana y fueron construidos a lo largo del tiempo, a través de luchas que la humanidad ha llevado a cabo por mejores condiciones de vida y por un gobierno democrático. Solo un gobierno democrático puede respetar a la dignidad del hombre y a sus derechos. No se puede calificarse como democrático un sistema político que no reconozca los derechos humanos.

Para Flavia Piovesan⁶³, los derechos humanos nacen cuando deben y pueden nacer. Es decir, no nacen todos de una vez porque son una invención humana en constante proceso de construcción que remiten a una pluralidad de significados. Entre estos se destaca la concepción contemporánea de derechos humanos, introducida con la Declaración Universal de 1948 y reiterada por la Declaración de Derechos Humanos de Viena, de 1993, fruto de un movimiento de internacionalización de los derechos humanos, surgido en la posguerra, como respuesta a las atrocidades y horrores cometidos por el régimen nazista y del siglo XX marcado por dos guerras mundiales.

⁶² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.736.

⁶³ PIOVESAN, Flavia. *Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos*. Recuperado 16 de febrero de 2013, de http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf

Según Flávia Piovesan⁶⁴, la Declaración Universal de 1948 fomentó la inclusión de este tema en el legítimo interés de la comunidad internacional. Se fortaleció la idea de que la protección de los derechos humanos no está limitada al dominio reservado del Estado, es decir, no restringirse a la competencia nacional exclusiva porque se revela como un tema de legítimo interés internacional. Y ese proceso de universalización de los derechos humanos permitió la formación de un sistema normativo internacional de protección.

Como no surgieron de una sola vez y fueron pensados y son repensados al largo del tiempo, se suele hablar de tres o más generaciones de derecho. En regla, hay tres generaciones: 1) la primera que son los derechos civiles, individuales y políticos; 2) la segunda que son los derechos sociales, económicos y culturales; y 3) la tercera que son los derechos de incidencia colectiva, como paz, medio ambiente, comunicación y patrimonio común de la humanidad.

Es justo en la segunda generación que podemos hablar de la igualdad material, esencial para la libertad del hombre que, al largo de la historia, siempre buscó lograrla. Y una de las formas fue por medio del reconocimiento, en las constituciones y documentos jurídicos, de los llamados derechos sociales. Estos derechos se manifiestan como la expresión de la solidaridad humana y buscan la igualdad real y efectiva, dentro de la idea de que para consolidar la auténtica libertad hay que existir la igualdad material, y no solamente la igualdad formal.

Si hay igualdad, hay respeto al principio de la dignidad humana, que regula las relaciones de trabajo de modo a existir un “patamar civilizatorio mínimo⁶⁵”, o sea, un núcleo de protección del trabajador para salvaguardar la propia dignidad de la persona humana y la valorización mínima del trabajo, fundamentos de la República Federativa de Brasil (artículo 1º, III y IV, de la Constitución⁶⁶).

⁶⁴ Op.cit, p.23.

⁶⁵ Expresión creada por Maurício Godinho Delgado, Ministro del Tribunal Superior de Trabajo de Brasil. Significa que hay un mínimo de derechos que debe ser respetado por las partes. No se puede bajar los derechos de los trabajadores para dejarlos debajo de ese mínimo legal.

⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

3.6 El principio de la función social del contrato de trabajo

El Estado liberal tuvo una excesiva preocupación con la protección de la propiedad y libertad (ante la ley), lo que llevó a la práctica de la no intervención del Estado en los derechos privados. No obstante, con el tiempo, el Estado pasó a intervenir en las relaciones privadas para regularlas intentando buscar la igualdad material (hoy albergada por la Constitución de Brasil de 1988).

La búsqueda de la igualdad material vino con una disminución de los derechos individuales. Esto dio lugar al derecho social dentro del cual y entre sus principios está la función social del contrato, con un enfoque en la promoción del bien común y los intereses sociales de una sociedad libre, justa y solidaria (artículo 3º, I de la Constitución de Brasil).

La función social se basa en tres principios constitucionales: la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad social. En consonancia con la Constitución de 1988, el actual Código Civil de Brasil estableció en su artículo 421⁶⁷ que la libertad de contratar será ejercida dentro de los límites de la función social del contrato. Es decir, la función social del contrato comprende los mecanismos que limitan la autonomía para contratar en favor de la justicia social.

No se puede olvidar que el Derecho es un conjunto de normas e institutos creados para regular la vida en sociedad. Si el Derecho comprende reglas, principios e institutos jurídicos que ayudan a mejorar la vida de las personas en la sociedad, en consecuencia, esa Ciencia y sus institutos tienen una función social.

El Derecho es un mecanismo que cumple un papel importante de pacificación social. Por lo tanto, está formado por institutos que tienen funciones en la sociedad. Ningún instituto jurídico es creado sin función social, bajo pena de perder su sentido.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Como dijo León Duguit⁶⁸, el hombre nace en sociedad, vive siempre en sociedad y solo puede vivir en sociedad. El hombre no vive aislado. Él es un individuo implicado en sus lazos de solidaridad.

De ese modo, para León Duguit⁶⁹, el hombre está atado a otros hombres por los lazos de solidaridad social, sea por una cuestión de semejanzas o por la división del trabajo. Y es en la solidaridad donde esté el verdadero fundamento del derecho. La regla de derecho es social por su fundamento, en el sentido de que solamente existe porque los hombres viven en sociedad.

Rodrigo Trindade de Souza⁷⁰ explica:

La funcionalización del contrato es la vinculación que el Derecho Privado pasa a tener con los programas de solidaridad y dignidad humana del Estado Social; de valorización de la igualdad material entre las partes del contrato en resguardo a los intereses de la comunidad⁷¹.

Por lo tanto, se puede afirmar que todo contrato tiene que cumplir su función social. Como el contrato de trabajo es un contrato en su esencia, él también tiene una función social a cumplir. Y para cumplirla, el contrato debe ser bueno para todas las partes y para terceros, debe respetar la dignidad de todos, ser justo y tener equilibrio económico y financiero.

Por otra parte, el trabajo permite la sociabilidad y la integración social de las personas y es un derecho social fundamental previsto en el artículo 6º de la Constitución de Brasil. Consecuentemente, no se puede aislar el contrato de trabajo de su función social y, por lo tanto, de la justicia social.

Para Rodrigo Trindade de Souza⁷², es característica del Estado Social el fomento de valores solidarios y la promoción de la dignidad de la persona humana. Y es en el Estado Democrático que se consigue el sustrato constitucional de regulación de principios y reglas para el control del Estado para concretizar el principio de la dignidad humana.

⁶⁸ DUGUIT, León. *Fundamento do direito*. Trad. Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.15.

⁶⁹ Op. Cit, p.20 -24.

⁷⁰ TRINDADE, Rodrigo. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p.126.

⁷¹ A funcionalização do contrato é a vinculação que o instituto de Direito Privada passa a ter com os programas de solidariedade e dignidade humana do Estado Social; de valorização da igualdade material entre os atuantes do contrato em resguardo aos interesses da comunidade.

⁷² Op. Cit, p.144.

Hay artículos de la Constitución de Brasil que contienen ese fundamento, como el artículo 170⁷³ que trata del orden económico fundado en el valor del trabajo humano y en la libre iniciativa y tiene como objetivo asegurar una vida decente para todos, de acuerdo con los dictados de la justicia social; Y el artículo 193⁷⁴ que refiere al orden social fundamentado en la primacía del trabajo y tiene por objetivo el bienestar y la justicia social.

La función social del contrato de trabajo excede los límites de los intereses individuales y busca el equilibrio económico entre los individuos y la colectividad, porque permite la circulación de la riqueza en la sociedad.

El desarrollo y sustentabilidad social de la empresa depende de la aplicación de los derechos de los trabajadores y del cumplimiento de las leyes sociales, ya que están obligadas a cumplir con su función social. Para tanto, el crecimiento económico debe darse sin olvidar la valorización individual y colectiva del individuo.

La función social del contrato hace con que las partes contratantes tengan derechos y deberes que garanticen las herramientas necesarias para las actividades contratadas y el cumplimiento de todas las normas de protección, salud del trabajador y sostenimiento de la empresa.

El contrato de trabajo genera vínculos económicos y garantiza el desarrollo social, la sustentabilidad de la economía y la promoción de los derechos fundamentales. Así, no solamente las partes contratantes se ven afectadas por el

⁷³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁷⁴ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

contrato de trabajo, sino la sociedad, el gobierno y la economía también sufren sus injerencias. Es el fenómeno conocido como “transcendencia social y económica”.

En consecuencia, el contrato deja de producir efectos *inter partes*, para alcanzar a terceros (sociedad y gobierno). Los frutos generados por el contrato de trabajo causan impactos en el consumo, en los aportes sociales, en la salud y educación, en la cantidad de puestos de trabajo etc. Porque si tengo un trabajo, puedo gastar con bienes y servicios para mí y para mi familia, ayudando así a circular la economía; todos los meses estaré pagando los aportes sociales obligatorios para el gobierno; puedo obtener mejores condiciones de salud y educación para mí y para mi familia; y no estaré contribuyendo con el aumento de las tasas de desempleo.

Dada la trascendencia social y financiera de este fenómeno, es decir, el impacto que tiene el contrato de trabajo en la sociedad, la jurisprudencia⁷⁵ de Brasil entiende que el despido colectivo debe analizarse sobre la base de los principios de la dignidad de la persona humana, el valor del trabajo, la solidaridad y la función social de la empresa. Y es esencial la negociación colectiva previa al despido colectivo.

Obviamente, las empresas privadas y el Gobierno tienen finalidades diferentes. Las empresas no tienen la finalidad de solucionar los problemas sociales ni de ejecutar programas económicos del Gobierno. Sin embargo, tienen que pagar los impuestos, cumplir con las reglas del mercado, respetar las normas administrativas y laborales que garantizan la defensa de los intereses públicos e individuales de los trabajadores, reduciendo los desniveles económicos y contribuyendo para una mejor calidad de vida de los trabajadores y, en consecuencia, de la sociedad. Eso es lo que se conoce como la “función social” de la empresa.

⁷⁵ Tribunal Superior del Trabajo de Brasil. Procedimiento: AIRR - 109100-03.2008.5.02.0203 Fecha de Sentencia: 11/04/2012, Relator Ministro: Katia Magalhães Arruda, Sala 5, Fecha de publicación: 20/04/2012. DEJT.

4 ANÁLISIS DE LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA

4.1 Trabajo asalariado: la venta de la fuerza de trabajo x la libertad del trabajador

Para entender el objeto del derecho del trabajo es necesario comprender el trabajo asalariado como una fuerza que el trabajador vende a su empleador en detrimento de su libertad.

El dueño de la empresa tiene los medios de producción, que para Jonh Locke⁷⁶ el empleador ha conseguido por medio de su trabajo. En su Tratado sobre el Gobierno Civil, dice que la ley de la razón hace que el ciervo sea posesión del indio que lo ha matado. Es decir, el ciervo es de su propiedad porque él se ha tomado el trabajo de cazarlo, pues la ley le reconoce como suyos aquellos bienes en que él ha puesto su trabajo, aunque antes fuesen de todos, por derecho común.

En la visión de John Locke, es en nombre del trabajo que la persona es propietaria de algo. Las funciones de creación, producción (trabajo) y consumo “racional” de la propiedad, resuelven el problema de la escasez de recursos.

Adam Smith⁷⁷ explica que la riqueza del hombre depende del grado en que puede permitirse disfrutar de las cosas necesarias, convenientes y agradables de la vida humana. Después de la división del trabajo, el hombre solo puede proporcionarse una pequeña parte de las cosas con su propio trabajo, porque la mayor depende del trabajo de otra gente. También dijo que el hombre es rico o pobre según la cantidad de trabajo de otras personas que él puede ordenar o que él puede darse el lujo de comprar.

En Marx⁷⁸, la fuerza de trabajo es una mercancía que el obrero asalariado vende al capital para vivir. Es decir, para él la fuerza de trabajo es la propia actividad vital del obrero que es vendida a otro para asegurar su medio de vida necesario.

⁷⁶ LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. In: Os pensadores. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril, Cultura, 1978.

⁷⁷ SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. Trad. Noberto de Paula Lima. 1.ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p.33

⁷⁸ MARX, Karl. *Trabajo asalariado y capital*. En Salario, precio y ganancia/Trabajo asalariado y capital. Centro de Estudios Socialistas Carlos Marx. Mexico, 2010, p.101/102. Recuperado en 10 de febrero de 2013, de <http://centromarx.org/images/stories/PDF/salario.pdf>.

Luego, su fuerza de trabajo es una mercancía que ha adjudicado a un tercero, de modo que él no produce para sí (lo que produce para sí mismo es el salario).

El trabajador asalariado es aquél que vende su fuerza de trabajo. Y según Karl Marx⁷⁹, él vende esa fuerza para desarrollarse y sostenerse. Pero el hombre, al igual que la máquina, se desgasta y tiene que ser reemplazado por otro. En la vida, además de la cantidad de artículos de primera necesidad requeridos para su propio sustento, el hombre necesita otra cantidad para criar determinado número de hijos, que serán reemplazados en el mercado de trabajo para perpetuar la raza obrera. Lo que Marx quiere explicar es que el valor de la fuerza de trabajo se determina por el valor de los artículos de primera necesidad exigidos para producir, desarrollar, mantener y perpetuar la fuerza de trabajo.

De las palabras de Karl Marx, resulta que el sistema productivo no es una estructura estática. Este va cambiando con el tiempo, con la política y la sociedad. En consecuencia, se van cambiando las formas de trabajar y se va disminuyendo la libertad del trabajador.

Sobre la libertad del trabajador, no se puede olvidar las inteligentes palabras del profesor Mario Ackerman⁸⁰:

Parece ahora que fue en la noche de los tiempos cuando no pocos advirtieron la ficción de libertad que encerraba la abolición de las diferentes expresiones de la esclavitud.

(...)

El liberto, que hasta ese día, con la naturalidad de la respiración y el sueño, había recibido regularmente su cotidiana ración alimentaria, no logró comprender el sentido de esa promesa cargada de desafío, en la que apenas creía reconocer los vestigios de alguna remota enseñanza religiosa.

Además, el goce inmediato que le provocaba la sensación de estar eximido de toda obligación no dejaba espacio para preocupaciones.

Pero pasaron las horas y, finalmente, tuvo hambre.

Acudió entonces, según era su hábito, a buscar el plato de lentejas. Pero tropezó con la novedad de que debía pagar por él. Y para esto necesitaba dinero.

No debió extremarse en sus indagaciones para enterarse que, al no disponer de bienes recibidos por herencia, el único medio lícito para ganar dinero que admitía la sociedad en la que se estaba insertando, era el trabajo.

Y ahí se encontró con la primera negación de la libertad, porque frente a la ineludible necesidad de trabajar él no tenía posibilidad de elección, que es condición y consecuencia de la libertad, puesto que ésta supone, precisamente, la opción por la negativa, la potestad de decir que no. Pero el

⁷⁹ MARX, Karl. *O capital*. Trad. Murilo Coelho. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 68.

⁸⁰ ACKERMAN, Mario Eduardo. *Entre el exabrupto y la esperanza*. En: Revista da AMATRA II. Ano IV n. 8. São Paulo, 2003.

liberto no tenía riquezas, y sólo los ricos tienen la posibilidad de elegir entre trabajar o no hacerlo.

Resignado así a trabajar, se enfrentó entonces a una nueva disyuntiva: hacerlo por cuenta propia o trabajar para otro.

Carente de un capital propio, descubrió inmediatamente que se le negaba por segunda vez la libertad, y esta vez por partida doble, ya que no sólo no podía escoger entre trabajar en forma autónoma o dependiente, sino que, impuesta la segunda -como consecuencia de su pobreza-, tampoco podía elegir para quien trabajar, dado que esta posibilidad de elección es excepcional, y está limitada a algunos pocos trabajadores altamente calificados en circunstancias también infrecuentes.

Hasta que finalmente fue contratado, pero con este logro apareció la tercera concesión de libertad, ahora ya -cual si fuera un crescendo irresistible- en una triple manifestación, porque el trabajo subordinado supone, precisamente, entrega de libertad personal, que se manifiesta en la subordinación a los poderes de organización, dirección y disciplinario del empleador. Trilogía ésta homologable a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que, monopolizados por una de las partes, implica en una relación bilateral el riesgo cierto de un autoritarismo extremo y, como tal, una severa negación de la libertad.

Negada así tres veces la libertad, accedió el ahora trabajador al plato de lentejas

La relación de trabajo asalariado pasa por la propiedad, el poder, la sujeción y la falsa libertad, porque involucra la idea de empleador, que tiene la propiedad y por lo tanto, los bienes de la empresa.

Además, engloba el poder de comando, dirección, organización y coordinación que tiene la empresa sobre las actividades ejercidas por sus trabajadores; bien como la sujeción de los trabajadores insertados en la estructura de la empresa, para que ella pueda funcionar y atender a su finalidad.

Así que saber caracterizar el trabajo subordinado, es saber identificar la dependencia, muchas veces enmascarada por nuevas situaciones creadas por el modo capitalista de producción actual.

Por lo tanto, hay que averiguar si el trabajador no tiene la propiedad, el poder y sujeción a que está sometido, y su libertad de escoger el modo cómo su actividad es ejercida en la empresa – elementos esenciales para caracterizar la subordinación.

4.2 Los requisitos de la relación de trabajo

El artículo 3^o⁸¹ de la CLT de Brasil, considera empleado a toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual a un empleador, bajo su dependencia y mediante un salario.

Con base en el citado artículo es posible afirmar que existe relación de trabajo cuando están presentes los criterios de personalidad, onerosidad, no eventualidad y dependencia. Si falta alguno de ellos, no hay manera de reconocer la relación de trabajo.

Sobre el elemento personalidad, quiere expresar que el servicio debe ser prestado por el propio empleado – el pacto entre ellos tiene el carácter de personal – significa que el proveedor del servicio no puede ser sustituido por otro durante el período de ejecución de los servicios acordados.

Sin embargo, puede haber situaciones en las que es posible sustituir el trabajador siempre que exista consentimiento del tomador de servicio. Un reemplazo es admisible sin necesariamente quitar el carácter de la personalidad.

Cuando el art.3^o de la CLT habla de la no-eventualidad como requisito de la relación de trabajo significa que el empleado coloca su fuerza de trabajo a disposición del empleador continuamente. La terminología “no eventual” es utilizada como sinónimo de habitual. Es decir, el trabajador no eventual es aquel que satisface la necesidad regular y constante de una empresa – que, por lo tanto, utiliza su servicio con habitualidad.

Con respecto a la onerosidad, la doctrina explica que el trabajador debe recibir un salario por los servicios prestados. Esa característica deriva del hecho de la relación de trabajo ser un contrato bilateral, por un lado está la prestación de servicios por parte del trabajador, mientras que el otro se produce una compensación pecuniaria por parte del empleador.

Sobre la última característica, es importante registrar que aunque la ley utilice la palabra dependencia, la terminología “subordinación” es más adoptada por la doctrina y la jurisprudencia patrias.

⁸¹ Art. 3^o - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Por otra parte, el vocablo dependencia puede expresar un concepto amplio y vago, a adoptar diversas formas (económica, social, técnica, patrimonial etc.). Por ejemplo, la dependencia económica no es el criterio más aceptado por la doctrina, frente a muchas críticas, la principal es que puede haber situaciones en que el trabajador no depende económicamente de la empresa, pero puede estar en una relación de trabajo.

También resulta insuficiente el criterio de la dependencia técnica para caracterizar la relación de trabajo debido a la especificidad de cada servicio, que varía de acuerdo con las calificaciones de cada empleado. En otras palabras, conforme el más alto grado de cualificación profesional del empleado, menor es su dependencia técnica en relación con el empleador, llegando casi hasta el punto de desaparecer.

Así que el análisis de la dependencia debe considerar la propia relación existente entre empleado y empleador. Lo que se debe tener en cuenta es el hecho de que el sometimiento de una persona a otra en virtud del contrato de trabajo sólo puede ser por una forma jurídica o contractual. Por lo tanto, es terminológicamente más apropiado llamarlo de subordinación jurídica.

Para verificar la presencia del vínculo de subordinación existen tres métodos para hacer frente a esta dificultad, conforme explica Eugenia Revilla Esteve⁸². De un lado, el método del haz de indicios, técnica que tiene la ventaja de la soltura y de la adaptabilidad, pero el inconveniente de generar inseguridad jurídica, por cuanto es el juez que procede a una evaluación conjunta de la relación de trabajo y busca si existe un número suficiente de indicios de una relación de poder.

Por otro lado, la técnica de la asimilación legal consiste en la asimilación legal de ciertas categorías de trabajadores a los trabajadores asalariados. Tiene una dimensión corporativa porque descansa sobre la noción de profesión.

Y, finalmente, el último modo es la multiplicidad de definiciones, que si no se constriñen en un marco jurídico suficientemente cohesionado puede tener el inconveniente de favorecer el individualismo corporativo y la desintegración social, aunque pueda servir para modular el campo de aplicación del Derecho Laboral.

⁸² ESTEVE, Eugenia Revilla. La relación de trabajo subordinado bajo el prisma que ofrece la figura del trabajador en el escenario europeo y comunitario. Revista de Estudios de la Justicia – N° 5 – Año 2004, p.74.

Considerando que la subordinación jurídica más que un concepto cerrado y excluyente, corresponde a un tipo normativo, abierto e inclusivo, se deberá establecer caso a caso la existencia o no de la subordinación. Para tanto, la jurisprudencia⁸³ utiliza el criterio del haz de indicios. Es decir, como la subordinación es un concepto vago, no definido por el legislador, los jueces establecen en cada caso las situaciones de factores, criterios o indicios que muestran su presencia en el contrato de trabajo.

Por medio de esa técnica se verifica la existencia de la subordinación a partir de la unión de varios indicios, como: a) el interesado ejecuta personalmente el trabajo; b) la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; c) el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo; d) los medios de trabajo y gastos profesionales son aportados por la otra parte; e) si el trabajo está integrado en una organización ajena.

Así que en el análisis de la subordinación, no es necesario que se den todas esas características para que se la tenga por configurada, bastando que se manifiesten algunos de los datos receptados. Luego, si un trabajador tiene cierta autonomía en la ejecución de su trabajo, para existir el contrato de trabajo hay que comprobar si coexisten otros indicios que revelen su posible estado de subordinación.

Sin embargo, es importante definir quién tiene la carga probatoria sobre la existencia de la relación de trabajo. En materia de carga probatoria el sistema adoptado por el Código Procesal Laboral (CLT) y el Código de Proceso Civil (aplicado de modo subsidiario a la CLT) indican que el actor debe probar los hechos constitutivos y el demandado los extintivos o impeditivos (art.818, CLT⁸⁴ y art.333, CPC⁸⁵).

Por ejemplo, cuando la negativa de la relación laboral no es lisa y llana, sino se aduce que la prestación del servicio personal de los actores fue de diversa naturaleza, como contratación por servicios profesionales, incuestionablemente que la carga probatoria corresponde al demandado. Es decir, el demandado tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que la unió al trabajador, cuando haya admitido la prestación de un servicio personal y no la califique de naturaleza laboral.

⁸³ Fallo 0001276-11.2011.5.04.0013 (RO), TRT de la 4ª Región, en 15/08/2013.

⁸⁴ Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer

⁸⁵ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Considerando la distribución de la carga de la prueba, así decidió el Tribunal Regional de la 16ª Región de Brasil:

RELAÇÃO DE TRABALHO. INEXISTENCIA DE RELACION. RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACION LABORAL. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. En vista de la distribución de la carga de la prueba, el acusado, al negar la relación de trabajo y admitir la realización de trabajos de otra manera, se opone al derecho postulado (art. 818 CLT, c/c art. 333, II, CPC), provocando la inversión de la carga de la prueba, es decir, trae para sí la carga probatoria. Si la demandada no hace prueba de la inexistencia de la relación de trabajo, ella será reconocida. Recurso conocido y no provido (Fallo 00541-2007-006-16-00-3-RO (74729), TRT 16ª Región, Fecha de publicación 08/03/2010).⁸⁶

Siguiendo con el tema de la carga de la prueba, es imprescindible tener en cuenta dentro del proceso que le corresponde probar los hechos a quien esté en mejores condiciones de hacerlo.

En ese punto, la jurisprudencia⁸⁷ internacional ha dicho que en situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo.

Por lo tanto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene un efecto jurídico importante, invierte la carga de la prueba dentro del proceso laboral, atribuyéndose a quien tiene mayores posibilidades de probar el hecho – revelándose como una forma de equilibrar las fuerzas en la relación procesal por medio de la aplicación del principio de la igualdad.

⁸⁶ EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. NEGATIVA DO VÍNCULO. RECONHECIMENTO DE PRESTAÇÃO LABORAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. À luz da distribuição do ônus da prova, a reclamada, ao negar a relação de emprego e admitir a prestação de trabalho de outra natureza, opõe fato modificativo ao direito postulado (art. 818 CLT, c/c art. 333, II, CPC), provocando a inversão do ônus da prova, ou seja, traz para si o ônus de provar essa nova relação. Em não se desincumbindo de tal mister, tem-se por verdadeiro o vínculo laboral apresentado pela autora. Recurso conhecido e não provido. (Processo 00541-2007-006-16-00-3-RO (74729), TRT 16ª Região, Data de publicação 08/03/2010).

⁸⁷ El precedente "Pellicori" de la CSJN

4.3 Trabajo autónomo, subordinado y parasubordinado

El Ministro Milton de Moura França⁸⁸, del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, dice en su voto como relator en recurso de agravio que es posible identificar tres tipos de trabajadores: los subordinados; los autónomos y los parasubordinados. Explica que los subordinados son los que trabajan en forma personal, no casual, cumpliendo órdenes del empleador y ganando un salario; los autónomos son los que trabajan con amplia autodeterminación; y los parasubordinados trabajan en forma continuada y coordinada, personalmente, para atender las necesidades relacionadas a la actividad fin del tomador de servicio, sin subordinación, pero observando ciertos comandos

Para él, la subordinación es reemplazada por la coordinación, donde el trabajador parasubordinado conserva su libertad de organización de la propia actividad y eligiendo el tiempo y lugar de ejecución del servicio.

El trabajo subordinado es diferente del trabajo autónomo o independiente. Aclara Otavio Pinto e Silva⁸⁹, citando Vincenzo Cassi, que están excluidos del trabajo subordinado los contratos en que la prestación de servicio no tiene un papel dominante, pero secundario, donde el objetivo final del acreedor del trabajo no es usar de la energía de trabajo, pero gozar del resultado, o sea, de la obra o producto final.

El trabajador autónomo suele ejercer actividad por cuenta propia, asumiendo los propios riesgos, de forma habitual y remunerada, prestando su servicio a otra persona o empresa sin cualquier contrato de trabajo. Así define el artículo 4º, c, de la Ley 5.890/73 de Brasil:

c) trabajador autónomo – que normalmente realiza, y por su propia cuenta, actividad profesional remunerada, que presta servicios a varias empresas, agrupadas o no en sindicatos, incluyendo estibadores, conferentes y similares, que hace, sin relación laboral, servicios de cualquier naturaleza a una o más empresas, el que trabaja mediante pago, en carácter eventual, cualquiera que sea la duración de la tarea.⁹⁰

⁸⁸ AIRR - 8109-05.2010.5.01.0000 , Relator Ministro: Milton de Moura França, Fecha de juzgamiento: 15/06/2011, 4ª Turma, Fecha de Publicación: 01/07/2011)

⁸⁹ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p.88.

⁹⁰ c) trabalhador autônomo - o que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada; o que presta serviços a diversas empresas, agrupado ou não em sindicato, inclusive os estivadores, conferentes e assemelhados; o que presta, sem relação de emprego, serviço de caráter

Aparte, el artículo 9° del Decreto 3048/99 de Brasil trae ejemplos de trabajadores autónomos:

V - como un contribuyente individual:

- a) la persona, propietaria o no, que explora la actividad agraria, sea permanente o temporal, en la zona, continuo o discontinuo, superior a cuatro módulos fiscales, o cuando en un área no superior a cuatro módulos fiscales o la pesca o las actividades extractivas, con la asistencia de los empleados o por medio de agentes, o incluso en los casos de los §§ 8 y 23 del presente artículo;
- b) la persona, propietaria o no, que explora la actividad de extracción de minerales - la minería - permanente o temporal, directamente o por medio de agentes, con o sin la ayuda de los empleados utilizan de alguna manera, aunque no sea continua;
- c) el ministro de la fe religiosa y un miembro de un instituto de vida consagrada, el orden o congregación religiosa;
- d) el brasileño civil que trabaja en el extranjero por un organismo oficial internacional de la que Brasil es miembro, aunque allá residente y contratado, excepto cuando cubierto por el régimen de seguridad social;
- e) el titular de una empresa urbana o rural;
- f) el director que no es empleado y el miembro del consejo de administración en las empresas de sociedad anónima;
- g) todos los miembros, en la sociedad en nombre colectivo y de capital y la industria;
- h) el socio gerente y el socio accionista que reciba remuneración por su trabajo y el administrador no empleado de la sociedad por cuotas de responsabilidad limitada, urbano o rural;
- i) el miembro elegido para el cargo de director de cooperativa, asociación o entidad de cualquier naturaleza o finalidad, y el administrador no empleado elegido para ejercer actividad en condominio, siempre que reciban una remuneración;
- j) que provee servicios a las zonas urbanas o rurales, de vez en cuando, para una o más empresas sin relación de trabajo;
- l) La persona que ejerce por su cuenta, la actividad económica urbana, con fines de lucro o no;
- m) el jubilado de cualquier régimen nominado juez “clasista” de la Justicia del Trabajo en la forma de la parte II del § 1 del art.111 o III del artículo 115 o del párrafo único del artículo 116 de la Constitución Federal, o lo nominado Juez Electoral, de conformidad con los artículos 119, II o III del §1° del art. 120 de la Constitución Federal;
- n) el cooperado de las cooperativas de producción, que en esta condición hace su y recibe remuneración por su trabajo, y
- p) Microempresario Individual - MEI que trata los arts. 18-A y la C-18 de la Ley Complementaria 123 del 14 de diciembre de 2006, que opte por el pago de impuestos y las cotizaciones cubiertos por la Central Unitaria Nacional de valores fijos mensuales;⁹¹

eventual a uma ou mais empresas; o que presta serviço remunerado mediante recibo, em caráter eventual, seja qual for a duração da tarefa.

⁹¹ V - como contribuinte individual:

- a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área, contínua ou descontínua, superior a quatro módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a quatro módulos fiscais ou atividade pesqueira ou extrativista, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 8o e 23 deste artigo;

Al revés, el trabajo dependiente es permeado por el elemento de la subordinación, donde el trabajador presta su servicio bajo la dirección del empleador, quien tiene la facultad de reglamentar las tareas, dictar órdenes para la ejecución de las actividades dentro de la esfera contractual, conducir el trabajo del empleado y sancionar disciplinariamente dentro de los límites establecidos en la ley, la infracción e incumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Cuando el trabajador bajo dependencia, realiza su labor a favor del empleador y tiene la obligación de someterse a sus directivas, surge la protección del Derecho del Trabajo. De ese modo, es posible concluir que el Derecho Laboral regula tuitivamente una forma específica de trabajo: el trabajo dependiente.

Carlos Róblete Jiménez⁹²,

En general puede sostenerse que el concepto que marca el objeto del Derecho del Trabajo y el elemento definidor de la esencia del contrato de trabajo que lo distingue de aquellos contratos civiles y mercantiles que imparten la ejecución de una prestación de servicios, es el de

-
- b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo -, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;
 - c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;
 - d) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;
 - e) o titular de firma individual urbana ou rural;
 - f) o diretor não empregado e o membro de conselho de administração na sociedade anônima;
 - g) todos os sócios, nas sociedades em nome coletivo e de capital e indústria;
 - h) o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho e o administrador não empregado na sociedade por cotas de responsabilidade limitada, urbana ou rural;
 - i) o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;
 - j) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;
 - l) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não;
 - m) o aposentado de qualquer regime previdenciário nomeado magistrado classista temporário da Justiça do Trabalho, na forma dos incisos II do § 1º do art. 111 ou III do art. 115 ou do parágrafo único do art. 116 da Constituição Federal, ou nomeado magistrado da Justiça Eleitoral, na forma dos incisos II do art. 119 ou III do § 1º do art. 120 da Constituição Federal;
 - n) o cooperado de cooperativa de produção que, nesta condição, presta serviço à sociedade cooperativa mediante remuneração ajustada ao trabalho executado; e
 - p) o Micro Empreendedor Individual - MEI de que tratam os arts. 18-A e 18-C da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, que opte pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais;

⁹² JIMÉNEZ, Carlos Róblete. *El objeto del derecho del trabajo y su extensión*. In: *Ars Boni et Aequi*. Revista Jurídica de La Universidad Bernardo O'Higgins. Número 1, Año 2005. Santiago do Chile.: Alfabeta Artes Gráficas, 2005, p. 171-200, p.174.

subordinación o dependencia. La doctrina que así lo señala, es la mayoritaria, aun cuando reconoce, sin embargo, que dicha dependencia no constituye un factor exclusivo para tal determinación, sino que puede, como tal, estar acompañado de otras notas como la ajenidad, la inserción en la organización de la empresa, la dependencia económica, la hiposuficiencia, la delimitación a través de la autonomía colectiva, la parasubordinación, etc.

Este criterio delimitador del marco de la relación jurídica laboral mayoritaria, en base al concepto de subordinación o dependencia, ha sido, en general, seguido por la legislación latinoamericana como la de Argentina LCT artículos 21, 22, 23 y 25, Brasil artículo 3- CLT, Colombia (CST artículos 22 y 2), Costa Rica (C.T. artículos 5 y 1 8) Chile CT artículos 3 y 7, Ecuador (CT artículo 8), El Salvador (CT artículo 17), entre otros. En esta última legislación comparada, se establece la subordinación o dependencia como elemento delimitador, sea al definir el contrato de trabajo o al señalar los conceptos de trabajador (empleado u obrero) o de patrono o empleador, sin considerar, sin embargo, a dicha subordinación como único elemento, aunque como principal.

Es importante observar que la recomendación 198 de la OIT⁹³ sobre la relación de trabajo trae dos indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo: a) el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y; b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; que esa remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

La doctrina tradicional ha establecido que el vínculo de subordinación y dependencia se manifiesta en la práctica a través del control y sujeción a un régimen disciplinario ajeno, que engloba el cumplimiento de un horario y subordinación a las instrucciones provenientes del empleador – un criterio conocido como subjetivo.

⁹³ Recuperado en 17 de enero de 2012, de <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R198>.

No obstante, otra parte de la doctrina ha buscado en el elemento objetivo la caracterización de la relación de trabajo, indagando que el objeto de venta es la fuerza de trabajo (actividad del empleado) integrada a la organización empresarial. Luego, la subordinación jurídica es la integración del empleado en la organización de la empresa a través de una relación contractual establecida. Por el criterio objetivo el énfasis está en la prestación del servicio, y no en el trabajador tratado como mercancía.

Sin embargo, los cambios verificados en el mundo del trabajo en los últimos años, en razón de la incorporación de tecnologías, de las políticas de descentralización empresarial y flexibilización laboral, han provocado discusiones acerca de la subordinación como elemento clave del Derecho del Trabajo porque originaron nuevas formas de labor aún no tratadas por esta rama del Derecho.

Aparte, como explica Carlos Róblete Jiménez⁹⁴,

No obstante como lo afirman los catedráticos ÓSCAR HERMIDA URIARTE y ÓSCAR HERNÁN ABARCA en un artículo publicado en la Revista Laboral Chilena, El empleo de la subordinación como criterio fundamental de definición de la relación o del contrato de trabajo, y por ende, determinante de la aplicación del Derecho del Trabajo, nunca estuvo libre de críticas. Siguiendo a los mismos autores tales críticas pueden agruparse en dos órdenes de cuestionamientos, unos tradicionales y otros nuevos.

Entre los cuestionamientos tradicionales cabe citar a: la imprecisión técnica, toda vez que no siempre un trabajador jurídicamente dependiente, es un ser un hiposuficiente social o económico. Por otra parte, el trabajador jurídicamente dependiente puede poseer una alta calificación técnica que puede incluso originar una subordinación técnica invertida.

Esta imprecisión técnico-conceptual de la subordinación o dependencia que provocan su debilidad como factor único de determinación de la aplicabilidad del Derecho del Trabajo, ha originado tradicionalmente su cuestionamiento y la aparición de otros criterios delimitadores, como la ajenidad, la inserción en la organización empresarial, la dependencia económica, la parasubordinación, entre otros.

Así que hoy mucho se ha hablado de parasubordinación, concepto que ha suscitado una controversial polémica en el campo de las relaciones laborales. Se trata de un término acuñado por la doctrina para distinguir las nuevas tendencias en las relaciones de trabajo que desconocen la subordinación jurídica.

En los países que reconocen la existencia de una categoría intermedia entre el trabajador dependiente y el trabajador autónomo, se puede observar que le son

⁹⁴ Op.cit, p.176.

reconocidos una serie de derechos que no le son reconocidos a los trabajadores independientes, aunque sean derechos menores que los de los trabajadores dependientes, lo que no ocurre en Brasil, donde la legislación no reconoce una categoría intermedia.

Alice Monteiro de Barros⁹⁵, específicamente sobre el trabajo parasubordinado, sugiere verlo como un modelo intermediario entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo.

Para Vólia Bomfim Cassar⁹⁶ la parasubordinación es sinónimo de subordinación y designa el estado de sujeción del trabajador que no es empleado, pero autónomo, eventual, o cualquier otra especie.

Amauri Mascaro do Nascimento⁹⁷ hizo un análisis comparativo entre la subordinación, la parasubordinación y la autonomía, así como sobre la colaboración, la coordinación y la continuidad, y explica que:

El trabajo parasubordinado es una categoría intermediaria entre el autónomo y el subordinado, abarcando tipos de trabajo que no se encuadran exactamente en una de las dos modalidades tradicionales, entre las cuales se sitúa, como la representación comercial, el trabajo de los profesionales independientes y otras actividades atípicas, en las cuales el trabajo es prestado con personalidad, continuidad y coordinación. Sería la hipótesis admisible del trabajo independiente con características asimilables al trabajo subordinado.⁹⁸

Avanzando en el tema subordinación, autonomía y parasubordinación, Otávio Pinto e Silva⁹⁹ demuestra que el derecho del trabajo enfrenta un momento de redefiniciones, en razón de las nuevas formas de producción y, en consecuencia, de la precarización de las relaciones de trabajo, sea con la ampliación de las formas de subcontratación de trabajo (tercerización, cooperativas), o con la sencilla informalidad o clandestinidad. Entonces, pasa a analizar la subordinación y parasubordinación,

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.266.

⁹⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 269.

⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.457.

⁹⁸ O trabalho parasubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com personalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado.

⁹⁹ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parasubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

defendiendo la revisión del modo personal del derecho individual del trabajo, para que pase a alcanzar todas las formas de relaciones de trabajo (subordinado, independiente y parasubordinado).

El derecho italiano, conforme enseña Luiz de Pinho Pedreira¹⁰⁰, trata de la fattispecie llamada contrato de trabajo resultando una especie de parasubordinación acrecida con un nuevo elemento identificado como proyecto, donde el trabajador actuará en un proyecto, que permite diversas actividades y modalidades de ejecución.

Pero Nelson Mannrich¹⁰¹ enfatiza que la nueva categoría de *lavoro a progetto*, incorporada a la legislación italiana mediante contratos de colaboración continuada y coordinada, es considerada muchas veces como medio de fraudar la legislación protectora.

Lorena Vasconcelos Porto¹⁰², analizando las características de la subordinación, declara haber sido el concepto de subordinación identificado con la presencia de elementos como la predeterminación de un horario rígido y fijo de trabajo, el ejercicio de la prestación laboral en los propios locales de la empresa, bajo vigilancia y control asiduos del empleador de sus empleados. Se trata de la acepción clásica o tradicional de la subordinación, que se puede sintetizar como su plena identificación con la idea de una heterodirección patronal, fuerte y constante, de la prestación laboral, en sus diversos aspectos.

Es importante destacar que Lorena Vasconcelos Porto¹⁰³ habla de la subordinación integrativa, formada a partir de la conjugación de la noción de subordinación objetiva con los criterios que excluyen la autonomía (el obrero debe trabajar para una organización productiva que no sea suya; los frutos de su trabajo no le pertenecen; no asume los riesgos del negocio etc.). Por lo tanto, la subordinación

¹⁰⁰ PEDREIRA, Luiz de Pinho. *Da velha parassubordinação ao novo contrato de trabalho a projeto*. Aracaju: Evocati Revista n 16. Abr. 2007. Recuperado en 18 de abril de 2009, de http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=114

¹⁰¹ MANNRICH, Nelson. *Relações de trabalho autônomo e subordinado: proposta para instituir critérios para sua distinção*. In Ivani Contini Bramante e Adriana Calvo (Org.). Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p.151 a 169, p.153.

¹⁰² PORTO, Lorena Vasconcelos. *A parassubordinação: aparência X essência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2105, 6 abr. 2009. Recuperado en 21 de abril de 2009, de <http://jus.com.br/revista/texto/12572/a-parassubordinacao-aparencia-x-essencia>

¹⁰³ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo, LTR, 2009, p.253.

integrativa es cuando la prestación el trabajo integra las actividades ejercidas por el empleador, sin que el empleado sea poseedor de una organización empresarial.

Sin embargo, en la práctica, los tribunales aún tienen una visión tradicional. Se expresó de forma especial el Tribunal del Trabajo de Minas Gerais (TRT da 3ª Región), que ha utilizado terminologías como la subordinación estructural y subordinación reticular para adecuar el criterio de la subordinación a la voluntad de los trabajadores en el contexto de las nuevas relaciones de trabajo, como se puede observar abajo:

Resumen: "La subordinación reticular - Outsourcing - subcontratación de las actividades básicas - RELACIÓN LABORAL CON EL FABRICANTE DE SERVICIOS - 1. El conjunto de pruebas presentadas por las partes revela que el demandante fue contratado por una empresa intermediaria, un miembro del mismo grupo de servicios de los prestatarios, para prestar servicios principalmente insertados en las actividades empresariales de la compañía telefónica contratante, bajo a la subordinación estructural o integradora. Una vez insertado en este contexto esencial de la actividad productiva de la empresa pos-industrial y flexible, no hay más necesidad de orden directa del empleador, que pasa a ordenar apenas la producción. En ese ambiente pos-gran industria, cabe al trabajador allí insertado habitualmente apenas "colaborar". La nueva organización del trabajo, el régimen de acumulación flexible, ofrece un tipo de cooperación competitiva entre los trabajadores que prescinde del sistema tradicional de jerarquía. Hasta cierto punto, la competencia se traslada de la esfera de la capital para introyectar en el ámbito del trabajo, ya que los propios trabajadores cobran, unos de los otros, el aumento de la productividad del grupo; es una especie de sub-rogación horizontal del comando del empleador. La subordinación jurídica tradicional se ha diseñado para la realidad de la producción taylorista y fordista, fuertemente jerárquica y segmentada, donde prevaleció el binomio orden-subordinación. En el sistema ohnista, de gestión flexible, prevalece el binomio colaboración-dependencia, más compatible con una concepción estructuralista de la subordinación. En ese sentido, es irrelevante la discusión sobre la ilegalidad o no del outsourcing, lo mismo pasa con los artículos 60 y 94, II de la Ley 9.472/97, pues en el contexto fáctico en que se examina el caso que nos ocupa, es posible verificar por las pruebas la subordinación de la autora al emprendimiento de telecomunicación, que tiene como beneficiario final del excedente del trabajo humano la compañía telefónica tomadora de los servicios (Telemar). Recuerde que la conceptualización feliz y contemporánea de la CLT – artículo 2º, caput – el empleador típico es la empresa y no un ente determinado dotado de personalidad jurídica. La relación de trabajo exsurge de la realidad económica de la empresa y del emprendimiento, pero se perfecciona en función de la entidad receptora final de las actividades empresariales. 2. Por lo tanto, el poder de la organización de los factores de producción es principalmente el poder, e incluyo el poder del empleador de ordenación del factor-trabajo. Y todo el poder corresponde a una antítesis necesaria de subordinación, ya que no hay poder, como tal, sin una consideración de la sujeción. Así que es posible concluir que el poder del empleador del emprendimiento empresarial subsiste, aunque, aparentemente, impedido por la interposición de la empresa del proveedor de servicios. La primacía de la realidad productiva contemporánea requiere el reconocimiento de la

latencia y el aplazamiento de la subordinación directa. (RO 00199-2008-001-03-00-1; Desembargador Relator Convocado Jose Eduardo de RC Junior. DJ. 25/10/2008).¹⁰⁴

Resumen: Empresa de Telecomunicaciones. OUTSOURCING. La decisión de no validar el outsourcing implementado por la demandante - una empresa de telecomunicación - no afronta el artículo 94 de la Ley n. 9.472/97, tampoco la Súmula Vinculante n. 10 de la Corte Suprema. Porque todo el problema no es solo del outsourcing, pero deriva de las condiciones y de los efectos del outsourcing. Se la intermediación de la mano de obra implicara la concesión de salarios, ventajas y de todas las condiciones de trabajo idénticas a los dos empleados de la empresa tomadora de los servicios, ciertamente este juicio no existiría, por absoluta ausencia de interese/necesidad de la prestación jurisdiccional. Así que si las empresas de telecomunicaciones quieren y deben cumplir con la legislación, tanto la Ley 9472/97, como las leyes laborales y la propia Constitución, no puede permitir a terceros que trabajan para que sean objeto de discriminación o un trato diferente del que ellos mismos ofrecen a sus empleados. Lo que no es tolerada en un Estado democrático, basado en la valoración del trabajo y la dignidad humana, que ofrece soluciones de externalización es la discriminación salarial, condiciones de trabajo, los derechos y las personas. Uno no puede ignorar que el hombre debe ser visto como un fin en sí mismo y no como un mero instrumento para

¹⁰⁴ EMENTA: 'SUBORDINAÇÃO RETICULAR' - TERCEIRIZAÇÃO - EXTERNALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS - VÍNCULO DE EMPREGO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS - 1. O conjunto probatório produzido pelas partes revela que a reclamante foi contratada por interposta empresa, integrante do mesmo grupo econômico da tomadora dos serviços, para execução de serviços essencialmente inseridos nas atividades empresariais da companhia telefônica contratante, jungidos à subordinação estrutural ou integrativa. E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas "colaborar". A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também, a respeito do disposto nos artigos 60 e 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação da autora ao empreendimento de telecomunicação, que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica tomadora dos serviços (Telemar). Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, caput - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais. 2. Assim, o poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive poder empregatício de ordenação do fator-trabalho. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento empresarial subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta (RO 00199-2008-001-03-00-1; Desembargador Relator Convocado Jose Eduardo de RC Junior. DJ. 25/10/2008).

alcanzar otros objetivos, entre los que destaca la creciente rentabilidad. Pero más allá de esto, el outsourcing en sí de la actividad de telemarketing no prima por la regularidad, pues la función está perfecta y esencialmente insertada en las actividades empresariales de TELEMAR S.A. Y una vez que inserta en este contexto, esencial para la actividad productiva de la empresa pos-industrial y flexible, no es posible cogitar de la subordinación directa, sino también la subordinación estructural que implica el reconocimiento del contrato de trabajo real. (RO- 0001030-76.2010.5.03.0013; Juez convocado Taisa Maria M. de Lima; DJ 12/04/2011).¹⁰⁵

Rinaldo Guedes Rapassi¹⁰⁶ corrobora que esta nueva corriente resulta ser una concepción estructuralista de la subordinación, con el objetivo de incluir en el concepto de empleado a todo trabajador inserto en la "dinámica del tomador de servicios", o sea, en el ámbito de repercusión de las decisiones de la empresa principal.

El Ministro del Tribunal Superior del Trabajo Maurício Godinho Delgado¹⁰⁷, cuando habla de la evolución del concepto de subordinación, enseña que debe ser mirada sobre el modo de realización de la prestación. Para él, la subordinación se puede ver en tres dimensiones: a) Subjetiva, clásica o tradicional – se manifiesta en varios órdenes de servicios asegurados para el trabajador; b) Objetiva – hace referencia a la integración del trabajador a los objetivos principales de la empresa. En

¹⁰⁵ EMENTA: EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. A decisão de não validar a terceirização implementada pela reclamada - uma empresa de telecomunicação - não afronta o artigo 94 da Lei n. 9.472/97, tampouco a Súmula Vinculante n. 10 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Isso porque toda a celeuma não decorre apenas da terceirização em si, mas advém das condições e dos efeitos dessa terceirização. Noutra falar, se a intermediação da mão de obra implicasse também a concessão de salários, vantagens e de todas as condições de trabalho idênticas aos dos empregados da empresa tomadora dos serviços, certamente esta ação sequer existira, por absoluta ausência de interesse/necessidade da prestação jurisdicional. Assim, se as empresas de telecomunicações querem e devem cumprir a legislação, tanto a Lei 9.472/97, como as leis trabalhistas e a própria Constituição, não podem permitir que os terceiros que para si trabalhem sejam discriminados ou recebam tratamento distinto daquele que elas próprias oferecem aos seus empregados. O que não se tolera em um Estado Democrático de Direito, fundado na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana, é a terceirização que proporciona discriminação salarial, de condições de trabalho, de direitos e de pessoas. Não se pode ignorar que o homem deve ser visto como um fim em si mesmo e não como mero instrumento para obtenção de objetivos outros, entre os quais se destaca a crescente lucratividade. Mas, além disto, a terceirização em si da atividade de telemarketing não prima pela regularidade, pois a função está perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da TELEMAR S.A. E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não se deve só cogitar daquela subordinação direta, mas também, da subordinação estrutural que implica reconhecimento do verdadeiro vínculo empregatício. (RO- 0001030-76.2010.5.03.0013; Juez convocado Taisa Maria M. de Lima; DJ 12/04/2011).

¹⁰⁶ RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no Direito do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1738, 4 abr. 2008. Recuperado en 6 de diciembre de 2011, de <http://jus.com.br/revista/texto/11123>

¹⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.281.

este caso, lo importante es la integración de los trabajadores en los negocios y objetivos del empleador; c) Estructural – se manifiesta por la inserción del trabajador en la dinámica del tomador de sus servicios, independientemente de recibir (o no) sus órdenes directas, sino acogiendo, estructuralmente, su dinámica de organización y funcionamiento.

Enfatiza Maurício Godinho Delgado¹⁰⁸ que la subordinación tratada en el artículo 2º y 3º de la CLT¹⁰⁹ de Brasil no hace referencia a la subordinación tradicional, subjetiva, con profundas, intensas e irreprimibles órdenes. La subordinación puede ser del tipo objetivo, considerando la realización del trabajador de los objetivos sociales de la empresa o puede ser del tipo estructural, cuando se armoniza el trabajador a la organización, dinámica y cultura de la empresa que le toma a su servicio. Presentes cualquiera de las subordinaciones (subjetiva, objetiva o estructural), existirá la relación de trabajo.

Por lo tanto, el análisis de la subordinación debe ser hecho considerando un conjunto de elementos: si el trabajador no tiene los medios de producción; si él no participa de las decisiones de organización, comando y coordinación de la empresa; si no tiene libertad de elección sobre el modo como ejercer su actividad; si su actividad esta insertada en la estructura de la empresa o hace parte de sus objetivos sociales.

La doctrina actual, en su mayoría, deja todavía lagunas conceptuales y concretas, para caracterizar la subordinación en la realidad contemporánea. Como

¹⁰⁸ TST, PROCESSO Nº TST-RR-2225100-08.2009.5.09.0014. En <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202225100-08.2009.5.09.0014&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAJGBAAS&dataPublicacao=23/11/2012&query=%27contrato%20de%20parceria%27> Consulta em 10/02/2013

¹⁰⁹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

explica Roberto Fragale Filho¹¹⁰, el escenario socio-laboral viene sufriendo enormes transformaciones con el apareamiento de nuevas circunstancias sociológicas, con nuevas formas de organización productiva, que debilitan el concepto de subordinación, convirtiéndose en algo imperceptible, al paso que no encuentran en el derecho del trabajo una respuesta lista para sus demandas.

Nelson Mannrich¹¹¹ entiende que no es sencillo determinar cuándo la relación es de trabajo. A pesar de muchas transformaciones que se sucedieron en el Derecho del Trabajo, existe una insistencia en mantener la summa divisio trabajo subordinado, en oposición al trabajo autónomo.

Quizás los posicionamientos jurisprudenciales de vanguardia, todavía tímidos, sean los primeros pasos para el reconocimiento de situaciones antes no consideradas relaciones de trabajo, teniendo en cuenta al apego formal y tradicional de la doctrina patria, que necesita buscar una renovación esencial a los deseos sociales, construyendo una nueva hermenéutica protectora, en una forma de llevar la justicia a una clase considerada vulnerable dentro de la relación de trabajo, proporcionando a que el Derecho del Trabajo tenga su objeto conservado de forma actual.

¹¹⁰ FRAGALE FILHO, Roberto. As transformações do trabalho e seu impacto no conceito de subordinação jurídica. Revista ABET, V.II, n. 02, p.123, 2002.

¹¹¹ Op.cit, p.153.

4.5. Nuevas formas de trabajo: situaciones que constituyen fugas del ámbito de aplicación del derecho laboral.

Se cambia el sistema de producción, modifican y se desarrollan nuevas formas de organización del trabajo. Las transformaciones en el mundo del trabajo pueden ser analizadas bajo dos aspectos, según Leonardo Raupp Bocorny¹¹²: a) formal/estructural – se refiere a la organización de la producción, es decir, la división del trabajo y sus etapas de producción, como una propuesta capitalista; b) material – hace referencia a la importancia social tanto para la sociedad como una unidad orgánica, y para el trabajador, como para el trabajo económico, que culminó en la formación de la conciencia de clase. Por lo tanto, la modernidad trajo una nueva lógica de funcionamiento para la sociedad, que funciona por medio de la dicotomía exclusión e inclusión en el modelo.

La necesidad de la empresa adaptarse a las nuevas condiciones del mercado competitivo es lo que produce tantos cambios tecnológicos y organizativos, transformando el escenario empresarial y laboral. Estas alteraciones económicas, institucionales y tecnológicos de las empresas dan origen a situaciones de trabajo que generan una incertidumbre en cuanto la distinción entre trabajo dependiente y trabajo autónomo.

Igualmente, la desconcentración productiva, que rompe el centralismo de la empresa y genera unidades productivas autónomas, desarrolla la realización, por terceros, de tareas antes ejecutadas por empleados de la empresa. Es lo que es posible denominar de externalización de actividades productivas. Este fenómeno torna viable la práctica de subcontratación, de trabajo a domicilio y de teletrabajo.

Además, existen situaciones que encumbren verdaderas relaciones de trabajo subordinado, como la constitución de empresas unipersonales por trabajadores y la creación de cooperativas.

Todas esas formas de trabajo son vehículos para evitar la figura contractual laboral en verdadero fraude a las leyes de trabajo. Son situaciones que disimulan o intentan disimular la realidad de una situación contractual. Así que las figuras que

¹¹² BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p.20.

simulan un contrato específico encubriendo la verdadera relación laboral, para no cumplir las normas del Derecho del Trabajo, son todas nulas. Ese es el sentido del artículo 9º de la Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil – CLT: “*Serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o defraudar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente Consolidación*”¹¹³.

Asimismo, actualmente se debate, según Carlos Róblete Jiménez¹¹⁴, sobre la herramienta técnica de especificación del objeto del Derecho del Trabajo con miras a una ampliación del mismo en cuanto a su acción protectora en razón de los embates que surgen de factores políticos, sociales y económicos, como el neoliberalismo, la economía de mercado, la evolución tecnológica, la apertura del comercio internacional, las pautas culturales postmodernas, las diversas modalidades de subcontratación, como la tercerización, externalización, descentralización y deslaborización de la relación de trabajo. Estas modalidades se han traducido en un ocultamiento de la subordinación, dando la apariencia de una mayor autonomía y/o de la verdadera dependencia que se da respecto de un empleador, relacionándola con otro.

Todas estas situaciones, que se pasan a detallar, sirven al interés del empresario, facilitando la explotación del trabajo humano y desfragmentando la actuación de los trabajadores, sin la contrapartida del derecho social. La aceleración del progreso técnico, en particular en el dominio de la información y la comunicación van contribuyendo para las mutaciones económicas y sociales, desarrollando otros modelos de organización del trabajo.

Para Alain Supiot¹¹⁵, del punto de vista jurídico, estas transformaciones pueden verse representadas en tres niveles: 1) promoción del trabajo independiente, en relación al trabajo asalariado; 2) la evolución del criterio de subordinación; 3) la externalización o subcontratación del trabajo.

¹¹³ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

¹¹⁴ JIMÉNEZ, Carlos Róblete. *El objeto del derecho del trabajo y su extensión*. In: *Ars Boni et Aequi*. Revista Jurídica de La Universidad Bernardo O'Higgins. Número 1, Año 2005. Santiago do Chile, Alfabeta Artes Gráficas, 2005, p. 171-200, p.177.

¹¹⁵ SUPIOT, Alain. *Informe final sobre “Las transformaciones del trabajo y los cambios del Derecho del Trabajo en Europa”*. Junio 1998. Recuperado en 02 de febrero de 2013, de http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-informe_final.htm

Según Alain Supiot, al tratar del trabajo independiente en Europa, explica que el trabajo asalariado no tuvo nunca una única forma. Se caracterizó desde su comienzo por la existencia de un progreso continuo de trabajadores asalariados y un correlativo descenso de trabajadores independientes que hoy crecen en el sector servicios.

Lo mismo pasa en Brasil, donde se recurre al trabajo independiente para expulsar del Derecho del Trabajo a los trabajadores, para dejarlos en situaciones precarias, desregulando las protecciones del trabajador, especialmente para bajar costos de protección social. En consecuencia, hoy las empresas practican formas de contratación de trabajadores que dificultan la caracterización de la relación de trabajo al camuflar el criterio de la subordinación.

Hay un tránsito de trabajadores que están necesitados de la protección laboral. Sin embargo, la legislación del trabajo apunta en una dirección, cuando los trabajadores se encuentran en otro rumbo.

Existe una indefinición conceptual y doctrinaria sobre lo que es hoy el objeto del Derecho del Trabajo. En consecuencia, hay un conjunto de trabajadores necesitados de protección jurídica porque los instrumentos normativos existentes no dan cuenta de las nuevas situaciones y modalidades de contratación de la fuerza de trabajo, como la subcontratación, el trabajo a domicilio, el teletrabajo y los contratos de sociedad (llamados en Brasil de “Contratos de Parceria”).

4.5.1 Subcontratación

La palabra subcontratación en castellano, cuando aplicada al Derecho del Trabajo de otros países, comprende situaciones conceptualmente distintas. Pero en este momento la expresión será manejada en su sentido estricto, en el sentido que tiene por objeto la prestación de servicios personales o realización de labor en beneficio de una empresa, a través de un contrato civil o comercial. Esta es la forma conocida como outsourcing o tercerización.

Enseña Sérgio Pinto Martins¹¹⁶ que la tercerización, que puede ser de bienes, servicios y productos, es la contratación de un tercero para realizar tareas que no son el objeto principal de la empresa.

Para Maurício Godinho Delgado¹¹⁷, tercerización es el fenómeno que disocia la relación económica de trabajo de la relación juslaboral, donde el trabajador esta insertado en el proceso productivo del tomador de servicio sin ser contemplado por los lazos de derecho laboral.

En las palabras de José Luis Ugarte¹¹⁸, la tercerización es el resultado del proceso de externalización empresarial y se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra, contrata a otra empresa, llamada de contratista, mediante un contrato civil o comercial, para ejecutar a su cuenta y riesgo, un determinado trabajo o servicio, donde esta última, a su turno, contrata a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.

Algunos factores favorecen la expansión de la tercerización, como la necesidad de ahorro de la empresa, el aumento del lucro, la competitividad del mercado globalizado, la desregulación y la flexibilización del Derecho Laboral.

En Brasil, especialmente, en la última década, la privatización y fusiones han alterado la configuración de las empresas brasileñas, en especial el sector de servicios, bastante afectado por la tercerización, que permite la reducción de costes de las

¹¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.192.

¹¹⁷ Op.cit, p.426.

¹¹⁸ UGARTE, José Luis. *Relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 30, 2007, p.122.

empresas. En este sentido explica Ricardo Antunes¹¹⁹ que el momento actual del capitalismo brasileño es de reducción de la fuerza de trabajo y de cambios en el proceso productivo y con la organización del control social de trabajo, la flexibilización y desreglamentación de los derechos sociales, así como la tercerización y las nuevas formas de gestión de la fuerza de trabajo.

La tercerización es una política de contratación de mano de obra más barata que privilegia solamente los intereses de las empresas. Se presenta como una conducta empresarial recurrente del sistema capitalista globalizado de producción flexibilizando los derechos laborales de modo que minimizan los derechos sociales de los trabajadores.

Consuelo Iranzo y Jacqueline Richter¹²⁰ explica que las consecuencias que los procesos de internalización han tenido sobre los trabajadores no son beneficiosas para el desarrollo social. Los estudios demuestran que la mayoría de los subcontratados tienen remuneraciones inferiores a las de los trabajadores regulares; carecen de oportunidades de ascenso; sufren jornadas de trabajo más largas e intensas; están más expuestos a situaciones de riesgo para su salud que los trabajadores fijos; no gozan de seguridad social ni de otros derechos mínimos, como el de la protección a la maternidad, vacaciones, prestaciones e indemnizaciones por término de la relación de trabajo.

Para ellas, con la externalización se han legitimado desigualdades de trato entre individuos que pueden incluso estar haciendo las mismas tareas, quebrando uno de los principios básicos de la legislación laboral, que obliga a pagar igual salario por trabajo igual.

La tercerización crea muchas ventajas para los empleadores, visto que aísla los empleados de los derechos laborales, disminuye su capacidad de actuación colectiva, debilitando, en consecuencia, la articulación de la actividad sindical.

¹¹⁹ ANTUNES, Ricardo. *A era da informatização e a época da informalização: riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. In: Ricardo Antunes (Org.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006, p.15-25.

¹²⁰ IRANZO, Consuelo; RICHTER, Jacqueline. *Las implicaciones de la subcontratación laboral*. In: *La subcontratación laboral en América Latina: miradas multidimensionales*. Coordinador: Juan Carlos Celis Ospina. 1. ed. Colombia: Escuela Nacional Sindical, 2012, p.39-65, p.51.

Como sintetiza Márcio Túlio Viana¹²¹, hoy los que trabajan en sistema de tercerización vagan en el espacio y el tiempo, en un movimiento del empleo al desempleo, pasando por el subempleo y por un nuevo empleo, lo que torna difícil de identificarlos y reunirlos en un solo sindicato.

Todo el contexto de expansión de la tercerización lleva a la necesidad de su mejor reglamentación. En el ámbito internacional, en la 86ª reunión de la OIT, en Ginebra, en junio de 1998, fue presentado un Informe de la Comisión del Trabajo en Subcontratación y Resolución relativa a la posible adopción de instrumentos internacionales para la protección de los trabajadores en las situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en Subcontratación¹²².

Pero hasta hoy no existe un Convenio de la OIT sobre el tema. Apenas existe el Convenio 181 que trata de las agencias de trabajo privadas. Del mismo modo, en Brasil, falta una ley sobre tercerización. Esa misión cupo al Tribunal Superior del Trabajo (TST), por medio de la Súmula 331¹²³, abajo transcrita, que representa una síntesis de su pensamiento predominante:

¹²¹ VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Direito, v. 45, p. 203-242, jul./dez. 2004, p.222.

¹²² Recuperado en 24 de enero de 2012, de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-cont.htm>

¹²³ Tipo de precedente/pronunciamento jurisprudencial. El Pronunciamento n. 331 del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

I - La contratación de los trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, se establece el vínculo directamente con el tomador de servicios, salvo en el caso del trabajo temporal (Ley N° 6019, de 03.01.1974).

II - La contratación irregular de trabajador, a través de una empresa interpuesta, no genera vínculo de trabajo con los órganos de la Administración Pública directa, indirecta o fundacional (artículo 37, II, el CF/1988).

III - No forma vínculo de trabajo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia, (Lei n. 7.102 de 20 de junio de 1983), de conservación y limpieza, así como la de servicios especializados ligados a la actividad medio del tomador, desde que inexistente el labor personal y la subordinación directa.

IV - el no pago de las obligaciones laborales por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios en cuanto a tales obligaciones, desde que tenga participado de la relación procesal y también conste del título ejecutivo judicial.

V - Los miembros de las entidades de la Administración Pública directa e indirectamente responden de forma subsidiaria, en las mismas condiciones de la parte IV, si se demuestra su conducta culpable en el cumplimiento de las obligaciones de la Ley n° 8.666, de 21.06.1993, especialmente en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de la prestadora de servicio como empleadora. La responsabilidad no es por el mero incumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa regularmente contratada.

VI - La responsabilidad subsidiaria de los tomadores de servicios cubre todos los importes derivados de la condena por el período de prestación laboral.

Este modelo de disociación de la relación de trabajo y relación económica de producción de la empresa intenta aislar al trabajador de sus derechos laborales, dificulta la identificación del sujeto responsable por la relación de trabajo y, en consecuencia, disgrega a los trabajadores, lo que complica el desarrollo de las relaciones colectivas y de los sindicatos.

Alejandro Castello¹²⁴ señala la necesidad de introducción de dispositivos legales o “antídotos normativos” capaces de mejorar la situación de los trabajadores que prestan tareas en el marco de procesos de tercerización. Y cita algunas herramientas que ofrece el Derecho del Trabajo, como:

a) la flexibilización del concepto de empleador, en base al principio de primacía de la realidad y transparencia, utilizando para ello elementos o datos que no sean formales, como lo son tomar en cuenta quién es el que contrata y paga el salario al trabajador, sino fundamentalmente quién dirige, controla y recibe los beneficios del trabajo;

¹²⁴ CASTELLO, Alejandro. *Nueva regulación de la tercerización laboral en Uruguay*. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba, a.34 n.63 Jul./Dez. 2009

b) establecer diferentes niveles de responsabilidad laboral para las empresas que participan del proceso de externalización, lo que ya se pasa en Brasil;

c) la recepción del principio de igualdad de trabajo o equiparación. Se trata de reconocer a los trabajadores “indirectos” iguales o similares derechos y beneficios que los que se otorgan a los trabajadores “directos”.

d) el reconocimiento amplio de derechos sindicales a los trabajadores “suministrados”, “indirectos” o “tercerizados”, porque en razón de los Convenios de la OIT (Convenios de la OIT 87, 98, 135, 154, entre otros) las legislaciones no están autorizadas a obstaculizar o restringir el ejercicio del derecho de organización, negociación colectiva y huelga por parte de los trabajadores de empresas auxiliares, filiales o proveedoras de mano de obra.

Analizando ese modelo de trabajo, en que el trabajador antes sometido a un único ámbito de dirección y organización, a través del contrato de trabajo, ha sido reemplazado por un modelo de relación de trabajo de segundo grado con otra empresa, surge una nueva corriente en la doctrina¹²⁵ trayendo una concepción “estructuralista” de la subordinación.

Es decir, son empelados todos los trabajadores insertados en la dinámica del tomador de servicios. El trabajo es subordinado cuando la actividad del trabajador es esencial a la realización de la producción de la empresa. Para saber si el trabajo es subordinado, se pone el foco en el trabajo y no en el trabajador.

Esa es una forma de visualizar la subordinación jurídica en la nueva sistemática capitalista de producción. Como dijo Alejandro Castello, hay que flexibilizar el concepto clásico o tradicional de subordinación, frente a las nuevas formas de producción, como es la tercerización.

Sin embargo, no debe confundirse la figura de la tercerización con el contrato de facción que tiene la naturaleza de contrato civil. La principal diferencia es que el primero tiene el objetivo de fornecer mano de obra a través de la intermediación de la empresa prestadora de servicios, mientras en el otro la industria contrata la empresa para proporcionar productos listos y terminados, sin injerencia en la producción.

¹²⁵ Doctrina que empezó por el Ministro del Tribunal Superior del Trabajo y Profesor Maurício Godinho Delgado

El Tribunal Superior del Trabajo (TST) diferenciado los dos institutos decidió¹²⁶:

RESPONSABILIDAD SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FACCIÓN. PARTE IV DE LA SÚMULA N. ° 331 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO TRABALHO. FALTA DE APLICABILIDAD. 1. El Tribunal Regional, soberano en el examen de todos los elementos de hecho, llegó a la conclusión de que la relación jurídica que se establece entre los acusados es eminentemente comercial, por medio de contrato de facção. 2. En el contrato de facción, pacto comercial, el contratista se compromete a proporcionar productos terminados, constituyendo modalidad distinta del contrato de tercerización de mano de obra. 3. La Súmula n. ° 331, IV, del TST consagra la responsabilidad subsidiaria del tomador de los servicios por las obligaciones laborales contraídas con el empleado por el incumplimiento por parte del prestador de servicios. 4. En los contratos de facción, debido a las peculiaridades del servicio prestado, no se presume la culpa en vigilando o in eligendo de los contratantes por los costos laborales debidos por la empresa contratada. 5. Recurso de revista no conocido. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESIÓN PARCIAL. REMUNERACIÓN INTEGRAL DEL TIEMPO DESTINADO AL DESCANSO Y ALIMENTACIÓN. PERÍODO POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY N. ° 8.923/94.

¹²⁶ RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FACÇÃO. ITEM IV DA SÚMULA N.º 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE. 1. O Tribunal Regional, soberano no exame do conjunto fático probatório dos autos, concluiu que a relação jurídica firmada entre as demandadas ostenta natureza eminentemente comercial, mediante contrato de facção. 2. No contrato de facção, pacto de natureza comercial, a empresa contratada compromete-se a fornecer produtos prontos e acabados, constituindo modalidade diversa do contrato de fornecimento de mão de obra pactuado entre empresas prestadoras e tomadoras de serviços. 3. A Súmula n.º 331, IV, desta Corte superior consagra a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelas obrigações trabalhistas devidas ao empregado em face do inadimplemento por parte da empresa prestadora de serviços. 4. Nos contratos de facção, em virtude das peculiaridades do serviço realizado, não se há de presumir a culpa in vigilando ou in eligendo dos contratantes pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada. 5. Recurso de revista não conhecido. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. REMUNERAÇÃO INTEGRAL DO TEMPO DESTINADO A REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. PERÍODO POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 8.923/94. SÚMULA N.º 437, ITEM I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. "Após a edição da Lei n.º 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração" - Súmula n.º 437, I, desta Corte superior. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 2083-98.2011.5.12.0048 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 11/09/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 13/09/2013)

SÚMULA N. ° 437, I, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO.
"Después de la edición de la Ley n.º 8.923/94, a no concesión o concesión parcial del intervalo intrajornada mínimo, para descanso y alimentación de empleados urbanos y rurales, implica el pago total del período correspondiente, y no apenas del periodos suprimido, con incremento de al menos el 50% de la remuneración de las horas normales de trabajo (artículo 71 del Código del Trabajo), sujeto al cómputo de la jornada efectiva de trabajo para efectos de remuneración " - Súmula n.º 437, I, de la Corte superior. Recurso de revista conocido y proveído. (RR - 2083-98.2011.5.12.0048, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 11/09/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 13/09/2013)

En el contrato de facción una empresa contrata la otra para que ella cumpla una etapa específica del proceso productivo. Sin embargo, la empresa contratada es especializada en una actividad, tiene distintos tomadores, no está sometida a una prestación exclusiva de servicios solamente con la contratante y tiene independencia económica y administrativa.

Cuando la mano de obra de una empresa es fruto de la intermediación de una otra empresa prestadora de servicios existe tercerización que no puede ser en la actividad fin de la empresa, en razón de la Súmula 331 del TST que solo permite la tercerización en la actividad medio del tomador. Considerando ese entendimiento, el Tribunal Regional del Trabajo de Minas Gerais/Brasil decidió¹²⁷:

EMENTA: CONTRATO DE FACCIÓN. NO COMPROBACION. TERCERIZACIÓN ILÍCITA. RESPONSABILIDAD SOLIDÁRIA DE LAS TOMADORAS DEL SERVICIO. EL contrato de facción es el contrato de naturaleza civil, en que la industria contrata una empresa para proporcionar productos listos y terminados, sin cualquier injerencia en la producción, sin el objetivo, por lo tanto, de intermediación de mano-de-obra mediante la empresa prestadora de servicios. No obstante, demostrado en el proceso que la primera reclamada es una verdadera extensión de la

¹²⁷ EMENTA: CONTRATO DE FACÇÃO. NÃO-COMPROVAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS TOMADORAS DO SERVIÇO. Entende-se por contrato de facção aquele contrato de natureza civil, em que a indústria contrata empresa para o fornecimento de produtos prontos e acabados, sem qualquer ingerência na produção, não tendo como objetivo, portanto, o fornecimento de mão-de-obra mediante a intermediação de empresa prestadora de serviços. Contudo, demonstrado nos autos que a primeira reclamada é uma verdadeira extensão da segunda e terceira rés, que lhe enviam os tecidos já cortados para a produção de roupas, com prazo determinado para entrega, estando os misteres desempenhados pela autora enquadrados na atividade-fim destas demandadas, impõe-se a declaração da ilicitude da terceirização levada a efeito e a condenação solidária da segunda e terceira rés pelo cumprimento do acordo firmado com a primeira, com base no disposto no artigo 942 do CCB (RO 01702-2008-075-03-00-2; Quinta Turma; Des. Rogerio Valle Ferreira; Juíza Convocada Gisele de Cassia VD Macedo; 15/06/2009).

segunda y tercera reclamadas que les envían las telas ya cortadas para la producción de ropas, con plazo determinado para entrega, actividad encuadrados como actividad -fin de las demandadas, es ilícita la tercerización y, en consecuencia, son responsables solidarias las segunda y terceras reclamadas por el cumplimiento del contrato firmado con la primera, con base en el artículo 942 del CCB (RO 01702-2008-075-03-00-2; Quinta Turma; Des. Rogerio Valle Ferreira; Jueza Convocada Gisele de Cassia VD Macedo; 15/06/2009)

La justicia laboral tiene que profundizar la tendencia de cuestionar los servicios tercerizados y condenar las empresas que delegan a otras la comercialización de sus productos mediante la celebración de contratos de intermediación comercial, a fin de evitar fraudes.

Para tanto, se debe averiguar: a) si el trabajador perteneciente a una subcontratada y si mantén con ella vínculo laboral directo; b) la celebración de contratos de intermediación comercial; c) si el objeto de la empresa que presta el servicio está íntimamente vinculado con el de aquella encargada de la comercialización final; y d) analizar el cumplimiento del objeto para el cual fue creada la empresa que presta el servicio y la actuación del trabajador.

4.5.2 Trabajo a domicilio

El trabajo a domicilio es aquel realizado fuera del ambiente de la empresa, en la residencia del trabajador o en cualquier otro lugar elegido por él. En este tipo de contrato, la empresa debe suministrar al trabajador las condiciones para que pueda realizar su trabajo igual, así como las materias primas.

Constituye una importante rama de explotación del capital, es un fenómeno global creciente y abarca desde el bordado y tejido tradicional hasta el teletrabajo, que será abordado en el próximo tópico.

Para Albor Angel Cantard¹²⁸,

... esta figura del trabajador a domicilio, es la referida a la peculiar circunstancia de que el obrero realiza su tarea en el seno de su propio hogar o en otro lugar elegido por él, y no en el establecimiento del empleador. Y es esencialmente, por esta particularidad, entre otras, que este tipo de tareas ha sido objeto de una de las más antiguas controversias del derecho de trabajo.

En Brasil, el artículo 83 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo define el trabajo a domicilio como el trabajo ejecutado en la habitación del empleado o en oficina de familia, remunerado por el empleador¹²⁹.

El Convenio 177 de la OIT¹³⁰ sobre el trabajo a domicilio, no ratificado por Brasil, en su artículo primero, y la Recomendación sobre el trabajo a domicilio 184 de la OIT definen la expresión trabajo a domicilio como

...el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

- (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;
- (ii) a cambio de una remuneración;
- (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia

¹²⁸ CANTARD, Albor Angel. *Trabajo a domicilio. Revista de Derecho Laboral*. Año 2003 - 2. Estatutos y otras actividades especiales I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003, p.321.

¹²⁹ Art. 83 - É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere.

¹³⁰ Recuperado en 03 de marzo de 2013, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_166405.pdf

económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.

Para Orlando Gomes y Elson Gottschalk¹³¹, el contrato de trabajo a domicilio es celebrado entre el empleador y los trabajadores que realizan su trabajo en la propia residencia o en otro lugar que no es la empresa. Explican que la evolución tecnológica amplía el trabajo a domicilio.

Las nuevas formas de producción, la competencia entre las empresas, las nuevas tecnologías provocan una reubicación de los procesos productivos y de la forma de realización del trabajo. El trabajador empieza a desarrollar su actividad fuera de la empresa, lo que impide la nítida caracterización de la relación del trabajo subordinado.

Aparte, los trabajadores a domicilio enfrentan una serie de necesidades y restricciones porque tienden a quedarse aislados y, en consecuencia son menos proclives a organizarse o a ser capaces de negociar con sus empleadores.

El trabajo a domicilio trae ventajas al trabajador porque él tiene mayor autonomía y movilidad, más vida familiar, puede proporcionar una mejor integración laboral de personas con discapacidad, menor estrés y tiempo más libre. Sin embargo, puede proporcionar inseguridad laboral para el trabajador y desarticulación sindical, dificultando el ejercicio de los derechos colectivos.

Para la empresa el trabajo a domicilio trae muchas ventajas, como mayor productividad y menor coste, facilidad de expansión geográfica, mejor aprovechamiento de los puestos de trabajo y desarticulación de la clase obrera. Pero, la empresa no puede ejercer control directo sobre el trabajador como hace cuando el trabajo es ejercido en la propia empresa.

Sin embargo, la supuesta “ausencia” de control no le quita la caracterización de la relación de trabajo. Así que en Brasil, la Ley 12.551 de 2011, modificó la redacción del artículo 6 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), para determinar que no existe una distinción entre los trabajos realizados en el establecimiento del empleador, en el hogar del empleado o el realizado en distancia, desde que estén presentes los presupuestos de la relación laboral.

¹³¹ GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.194.

Citando Alfredo Montoya Melgar , Albor Angel Cantard¹³² afirma que:

“En cuanto a la naturaleza jurídica el contrato de trabajo a domicilio es un auténtico contrato laboral; como tal, su objeto es, de un lado, una prestación de trabajo voluntario, por cuenta ajena y dependiente, y de otro, una prestación retributiva”; agregando que en cuanto a las características de voluntariedad, ajenidad y onerosidad, no existen dudas en cuanto a su presencia en el contrato de trabajo a domicilio, aunque si la hay con respecto de la nota de la dependencia. Aclarando que a su entender, no hay una ausencia de dependencia, sino meramente un debilitamiento del contenido de ésta, señalando que “...el hecho de que el trabajador a domicilio no esté físicamente en el centro de trabajo o establecimiento empresarial, no significa que se halle fuera del círculo organizativo y disciplinario del empresario”.

En la práctica, la jurisprudencia ya estaba reconociendo el vínculo de trabajo para los trabajos realizados fuera de los locales de la empresa. La dificultad era – y sigue siendo – reconocer los elementos que caracterizan el vínculo laboral.

Aparte, el trabajo a domicilio tiene otro problema: la inspección del trabajo. Hay una dificultad práctica de fiscalización del trabajo en domicilio, por ser ejercido en muchos lugares de forma pulverizada.

En consecuencia, facilita la práctica del trabajo precario y vulnerable y de los comportamientos encubridores o fraudulentos, donde el asalariado a domicilio se disfraza muchas veces como trabajador autónomo.

Los reclamos en la Justicia Laboral comprueban las omisiones de los empleadores cuanto al cumplimiento de los derechos laborales:

RELACIÓN DE TRABAJO - PROFESORES - CURSOS A DISTANCIA. Como destaca la sentencia, el demandante fue contratado para trabajar en el asesoramiento de cursos a distancia. La intermitencia invocada por la reclamada no le quita el carácter de vínculo jurídico de trabajo entre el profesor e la institución de enseñanza, por no ser imprescindible que el empleado comparezca al establecimiento de enseñanza todos los días, sobre todo en este caso concreto, el demandante fue contratado para trabajar en la ejecución del Programa de Educación de Distancia creado por Universidad reclamada, por tanto, sólo atendiendo a las actividades del aula, con la frecuencia determinada para ello por el empleador, que no se caracteriza como ausencia de habitualidad del contrato de trabajo. En el caso de la educación a distancia no es imprescindible la presencia física del trabajador en la escuela todos los días para existir la relación de trabajo, al igual que pasa con el trabajo externo y el teletrabajo. Quien trabaja en Proyecto Pedagógico de Cursos a Distancia, trabaja para el empleador en casa, participa de una equipo de teletrabajo, tiene plenamente cumplido el requisito de habitualidad necesaria para el reconocimiento judicial de la existencia del vínculo jurídico de trabajo. Los cursos a distancia pueden ser

¹³² CANTARD, Albor Angel. *Trabajo a domicilio. Revista de Derecho Laboral*. Año 2003 - 2. Estatutos y otras actividades especiales I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003, p.325.

de corta duración, ser suspendido o ser secuenciado, lo que depende únicamente del poder de comando del empresario y no de la voluntad de los profesores contratados. La actividad empresarial de educación superior ejercida por la demandada es permanente como institución de educación superior privada - una Universidad particular - , cuya característica de permanencia fundamenta el principio jurídico de la continuidad de la relación de trabajo, que aleja el argumento de la empresa de ausencia de habitualidad. (TRT de la 3.ª Región; Proceso: 00423-2009-042-03-00-1 RO; Fecha de publicación: 08/02/2010; Tercera Sala; Juez Milton V.Thibau de Almeida; Publicación en el periódico oficial 05/02/2010. DEJT. Página 35)¹³³

COSTURERA. TRABAJO EN DOMICÍLIO. VÍNCULO DE TRABAJO. No existe incompatibilidad legal o lógica entre el contrato de trabajo y la actividad de costurera en domicilio, sobre todo cuando la apropiación de la fuerza de trabajo es realizada por una empresa del ramo de confecciones, que usa los servicios de la trabajadora para realizar sus actividades fines, sometiéndole a su poder directivo, fijándole el importe a pagar, proporcionando la materia prima, definiendo los padrones de producción y fiscalizando el desarrollo del trabajo. Procedencia del recurso para reconocer el vínculo de trabajo (Recurso ordinário nº 20111324330; TRT 2 Región; Sala 12ª; Fecha de publicación 14/10/2011)¹³⁴

¹³³ **VÍNCULO DE EMPREGO - PROFESSOR - CURSOS À DISTÂNCIA.** Como bem destaca a r. sentença recorrida, o reclamante foi contratado intuitu personae para trabalhar no assessoramento dos cursos à distância. A intermitência invocada pela reclamada não descaracteriza o vínculo jurídico de emprego entre o professor e a instituição de ensino, por não ser imprescindível que o empregado compareça ao estabelecimento de ensino todos os dias, especialmente no presente caso concreto, por ter sido contratado o reclamante para trabalhar na execução do Projeto Pedagógico dos Cursos à Distância instituído pela Universidade reclamada, portanto só comparecendo às atividades presenciais com a frequência que lhe for determinada pelo empregador, o que não descaracteriza a "não-eventualidade" do vínculo jurídico contratual que preside o relacionamento jurídico entre as partes. Em se tratando de ensino à distância não é imprescindível a presença física do empregado no estabelecimento de ensino diariamente para que haja a configuração da relação de emprego, como ocorre com o trabalho externo e com o teletrabalho. Quem se insere num Projeto Pedagógico de Cursos à Distância, trabalha para o empregador em casa, participa de uma equipe de teletrabalho ou que seja contratado para trabalhar on line sozinho em casa, tem plenamente preenchido o requisito da não eventualidade necessária para a proclamação judicial da existência do vínculo jurídico de emprego. Os cursos à distância até podem ter curta duração, ser sequenciados ou ser descontinuados, o que depende exclusivamente do poder de comando empresarial e não da vontade individual dos professores contratados. A atividade empresarial de educação superior adotada pela reclamada é permanente, como instituição de ensino superior privada - uma Universidade particular - , cuja característica de permanência fundamenta o princípio jurídico da continuidade da relação de emprego, de molde a afastar a suposta eventualidade por ela invocada.

(TRT da 3.ª Região; Processo: 00423-2009-042-03-00-1 RO; Data de Publicação: 08/02/2010; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Convocado Milton V.Thibau de Almeida; Revisor: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Divulgação: 05/02/2010. DEJT. Página 35)

¹³⁴ **COSTUREIRA. TRABALHO EM DOMICÍLIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO.** Não existe incompatibilidade legal ou lógica entre contrato de emprego e a atividade de costureira em domicílio, notadamente quando a apropriação da força de trabalho é feita por empresa voltada para o ramo de confecções, que toma os serviços pessoais da trabalhadora, engaja-a na atividade-fim, submete-a ao seu poder diretivo, fixa o valor a ser pago, fornecendo matéria prima, definindo os padrões de produção e fiscalizando o desempenho do trabalho. Recurso da autora a que se dá provimento para reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes (Recurso ordinário nº 20111324330; TRT 2 Região; Turma 12ª; Data de publicação 14/10/2011)

4.5.3 Trabajo a distancia o teletrabajo

El teletrabajo es una especie del trabajo a domicilio que surge como consecuencia del periodo de cambio tecnológico, de aplicación creciente de las tecnologías de la información y de la comunicación.

No obstante, mientras el trabajo a domicilio es más frecuente en actividades manuales, el teletrabajo es realizado en actividades que exigen conocimientos más específicos, como traducción o digitación.

Carlos Róblete Jiménez¹³⁵ apunta que el teletrabajo:

Es aquel de orden fundamentalmente informático que se ejecuta fuera del recinto de la empresa, generalmente en el domicilio del trabajador, el cual se muestra, en razón de esta última circunstancia, como una muestra de la debilidad de la subordinación como elemento esencial de la relación laboral. A propósito de este teletrabajo, cabe reflexionar que él constituye una suerte de trabajo a domicilio, el cual ha sido protegido por el derecho del trabajo desde hace bastante tiempo, no obstante presentarse como realidad en él, la referida debilidad de la subordinación.

El teletrabajo es todo trabajo que se realiza a distancia, a favor de una empresa, y que se lleva a cabo por medio de la tecnología de la información y de la comunicación. Es decir, se refiere a un trabajo realizado a través de la incorporación de la tecnología a los procesos económicos. La tarea del trabajador es ejercida vía telemática, fuera de la empresa.

A partir de las nuevas tecnologías, las empresas producen con mayor capacidad y menor costo, reduciendo o eliminando las fronteras y abaratando los productos o servicios. Sin embargo, puestos de trabajo son eliminados y los trabajadores son fragmentados, lo que impide los movimientos colectivos, aunque el trabajador disfrute de alguna comodidad a depender del lugar en que el trabajo es ejercido, como por ejemplo, en su hogar.

Considerando los problemas que surgen para los teletrabajadores y a fin de les dar más seguridad, en Europa, hubo la celebración en 16 de julio de 2002 del

¹³⁵ JIMÉNEZ, Carlos Róblete. *El objeto del derecho del trabajo y su extensión*. In: *Ars Boni et Aequi*. Revista Jurídica de La Universidad Bernardo O'Higgins. Número 1, Año 2005. Santiago do Chile,: Alfabeta Artes Gráficas, 2005, p. 171-200, p.1785.

Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo¹³⁶ por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

El objeto del acuerdo fue elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores. El acuerdo otorgó a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

El acuerdo define el teletrabajo como una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales. Aparte, dispone que los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales de la empresa.

En Brasil el teletrabajo pasó a ser reglado por el párrafo único del artículo 6º¹³⁷ de la Consolidación de las Leyes de Trabajo, insertado por la Ley 12.551/11. Actualmente el trabajo realizado por medios telemáticos y informatizados de comando, control y supervisión, cuando se trata de subordinación jurídica, son equiparados a los medios personales y directos de comando, control y supervisión del trabajo ajeno, aplicándose a ellos los mismos derechos de los trabajadores que realizan sus tareas en la propia empresa.

Algunas pautas son importantes para distinguir el trabajo prestado en forma autónoma y el teletrabajo prestado con subordinación, habitualidad y

¹³⁶ EUROPA. Síntesis de la legislación Europea. Recuperado en 05 de enero de 2013, de http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10131_es.htm.

¹³⁷ Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

contraprestación. Viviana Laura Díaz¹³⁸ apunta las siguientes pautas para determinar que el teletrabajo es prestado en forma autónoma:

1. Cuando no exista regularidad de la actividad laboral prestada a favor de un mismo empleador.
2. Cuando la prestación de la tarea sea esporádica
3. Cuando el profesional prestador de las tareas revista la calidad de autónomo.
4. Cuando el carácter de prestador de servicios sea “sin exclusividad” a favor de un empleador.
5. Cuando la realización de una obra y/o servicio sea a través de sistemas informáticos y de telecomunicaciones pero sin que ello constituya el objeto mismo de la contratación.

En suma, para la Doctora Viviana Laura Díaz, el teletrabajo puede ser realizado en forma autónoma cuando no están presentes los requisitos caracterizadores de la relación de trabajo, presentes en el artículo 3° de la CLT de Brasil.

Presentes estos criterios, la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones son equiparados a los medios personales y directos de comando, control y supervisión del trabajo ajeno, se aplicando a ellos los mismos derechos de los trabajadores que realizan sus tareas en la propia empresa, como está previsto en el artículo 6 ° de la CLT.

Sin embargo, muchas empresas se niegan a cumplir los derechos laborales, por la ausencia o dificultad de fiscalización del trabajo por los órganos estatales, como se pasa con el trabajo en domicilio (como género).

¹³⁸ DÍAZ, Viviana. Teletrabajo: *¿Una forma sofisticada de trabajo a domicilio?*, Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral. Colección Temas de Derecho Laboral. Buenos Aires: Editorial Errepar, 2009, p.7.

4.5.4 Contrato de Sociedad

El Estatuto de la Tierra (Ley 4.504/64) de Brasil y el Decreto 59.566/66 tratan del contrato de sociedad (llamado en Brasil de contrato de parceria).

El Decreto, en su artículo 4¹³⁹ dice que el contrato de sociedad es un contrato agrario por lo cual una persona se obliga a ceder a la otra, por tiempo determinado o no, el uso específico de edificio rural, con el objetivo de ejercer la actividad de exploración agrícola, pecuaria, agroindustrial, con la división de los lucros y perjuicios.

Aunque aparezcan en la Ley de los rurales, los contratos de sociedad existen en los medios urbanos, con fundamento en el principio de la libertad contractual (artículo 421 del Código Civil de Brasil¹⁴⁰) y la posibilidad de realización de contratos innominados o atípicos (artículo 425 del Código Civil de Brasil).

La previsión de ese contrato en la ley está perfecta. No hay nada que impida la realización del contrato de sociedad. El problema son las prácticas tendientes a disfrazar la naturaleza laboral de determinada relación bajo la apariencia de otra figura contractual, como pasa con el contrato de sociedad.

Mejor dicho, muchos empleadores están tratando la relación de trabajo como contrato de sociedad, intentando camuflarla, lo que caracteriza fraude a las normas laborales. Lo que ellos quieren es evitar el cumplimiento de los derechos laborales del trabajador y con las obligaciones de la seguridad social.

Intentando evitar el fraude a las normas laborales, la jurisprudencia ha combatido esas prácticas reconociendo la nulidad del contrato por fraude laboral, con la presunción de la existencia de un contrato de trabajo o relación del trabajo.

¹³⁹ Art 4º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (artigo 96, VI do Estatuto da Terra).

Parágrafo único. Para os fins deste Regulamento denomina-se parceiro outorgante, o cedente, proprietário ou não, que entrega os bens; e parceiro-outorgado, a pessoa ou o conjunto familiar, representado pelo seu chefe, que os recebe para os fins próprios das modalidades de parcerias definidas no art. 5º.

¹⁴⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

La diferencia entre contrato de sociedad y relación de trabajo está en algunos detalles. Hay que averiguar los valores compartidos entre los contratantes; la remuneración que ganaría la persona empleada si no estuviera en un contrato de sociedad para hacer la misma actividad en iguales circunstancias; si las dos partes se presentan como dueñas del negocio; la división de los lucros e perjuicios; si el contrato es hecho de forma personal, bilateral, como un contrato de trabajo, porque el contrato de sociedad no permite la contratación colectiva; y la subordinación existente en la relación.

Lo que se cohibe es que haya la violación de los derechos laborales por maniobras que abusan de la situación del trabajador. Lo que el Derecho del Trabajo quiere es el respeto al principio de la primacía de la realidad en el ámbito laboral, con miras a asegurar la vigencia práctica de sus normas, evitando la reducción de los derechos y garantías sociales.

4.5.5 Cooperativas de Trabajo

La Recomendación 193¹⁴¹ de la OIT, sobre la promoción de las cooperativas, 2002, declara que la cooperativa es una asociación de personas que se han unido para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales en común de forma conjunta y democrática. Las cooperativas, en general, son basadas en los valores de democracia, igualdad, equidad y solidaridad.

Para la OIT¹⁴², las cooperativas son importantes como medio para mejorar las condiciones de vida y de trabajo, ponen a disposición de los usuarios infraestructura y servicios esenciales, incluso en áreas olvidadas por el Estado y las empresas inversoras y contribuyen al avance del Programa Global de Empleo de la OIT y a la promoción del trabajo decente.

Según la Recomendación 193, las cooperativas deben ser creadas para cumplir las siguientes finalidades: a) crear y desarrollar actividades generadoras de ingresos y trabajo decente y sostenible; b) desarrollar capacidades en el campo de los recursos humanos y fomentar el conocimiento de los valores del movimiento cooperativo, así como de sus ventajas y beneficios, mediante la educación y la formación; c) desarrollar su potencial económico, incluidas sus capacidades empresariales y de gestión; d) fortalecer su competitividad y acceder a los mercados y al financiamiento institucional; e) aumentar el ahorro y la inversión; f) mejorar el bienestar social y económico, tomando en cuenta la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación; g) contribuir al desarrollo humano durable, y h) establecer y expandir un sector social distintivo de la economía, viable y dinámico, que comprenda las cooperativas y responda a las necesidades sociales y económicas de la comunidad.

Igualmente, al tratar del papel de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de las organizaciones cooperativas, y relaciones entre ellas, la Recomendación 193 señala que las organizaciones de empleadores y de trabajadores

¹⁴¹ Recuperado en 10 de marzo de 2013, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R193

¹⁴² Recuperado en 10 de marzo de 2013, en <http://www.ilo.org/empent/units/cooperatives/lang-es/index.htm>

deberían proponerse, junto con las organizaciones cooperativas, vías y medios de promoción de las cooperativas.

Del mismo modo, la Recomendación 127¹⁴³ de la OIT, sobre cooperativas en los países en vías de desarrollo enuncia que *“en los países en vías de desarrollo, el establecimiento y la expansión de las cooperativas deberían ser considerados como uno de los factores importantes del desarrollo económico, social y cultural, así como de la promoción humana”*.

Por lo tanto, las cooperativas deberían surgir para resolver las necesidades de sus integrantes, con esfuerzo y ayuda mutua de sus componentes, sin intermediación entre ellos y el mercado.

Sin embargo, son utilizadas actualmente como vehículos para fraudes laborales, porque actúan como meras intermediarias de la mano de obra dentro del mercado laboral, a fin de poder sustraerse al cumplimiento de las normas del Derecho del Trabajo.

Las cooperativas representan un medio de precarización de la relación contractual, donde el pseudo trabajador autónomo se asocia a la cooperativa para prestar servicios a las empresas con bajos salarios y sin los beneficios ofrecidos por la legislación laboral. Son las llamadas cooperativas simuladas, basadas en requisitos formales, pero una vez constituidas se dedican a la intermediación de mano de obra, configurando herramientas de manipulación de aquellos que no cumplen la ley laboral vigente, eludiendo a sus efectos.

Son habituales los casos en la Justicia de fraudes donde las empresas implantan una mera fachada, con el propósito de gozar del favor con que la ley contempla:

Relación laboral. Profesora. Prestación de servicios a través de la cooperativa. La adhesión a la cooperativa impuesta por el tomador de servicio. Fraude configurado. Reconoce la relación laboral. El esfuerzo cooperativo presupone la comunión de los agentes autónomos para aumentar su beneficio personal sin la pérdida de la autonomía que caracteriza esta forma de organización. No puede ser considerada autónoma la actividad de la trabajadora que se ajuste a la estructura organizativa del tomador de servicios, que le proporciona informes detallados de la forma de ejecución de los servicios, y cuyos miembros son obligados por la tomadora a adherir a la cooperativa. Configurado el

¹⁴³ Recuperado en 10 de marzo de 2013, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R127

fraude, reconoce la relación laboral (Fallo n°: 20130897447; TRT 2 Región; Sala 6ª; Fecha de publicación 28/08/2013)¹⁴⁴

1. VINCULO DE TRABAJO – INTERMEDIACIÓN DE MANO DE OBRA POR < COOPERATIVA > SÚMULA N° 331 DEL TST EFECTOS.

Probado que la cooperativa ofertaba su fuerza de trabajo en los servicios esenciales para el desarrollo de la actividad principal del tomador, y presentes los elementos característicos de la relación de trabajo (personalidad, habitualidad, onerosidad, dependencia y subordinación), debe ser reconocido el vínculo de trabajo directamente con el tomador de los servicios. Inteligência de la Súmula n° 331, I, del TST.

2. Recurso conocido y parcialmente pródigo (Fallo n° 128.365; TRT 21 Región; Fecha de publicación 12/09/2013).¹⁴⁵

Para saber si la cooperativa no es simulada, hay que verificar la existencia de los siguientes requisitos: a) la adhesión voluntaria y abierta de los socios; b) la gestión democrática por parte de los socios y la participación económica de ellos; c) la autonomía e independencia de los socios; y d) la retribución diferenciada para los socios, en comparación al salario que podrían recibir si fueran trabajadores subordinados.

Como forma de reglamentar la situación de las cooperativas de trabajo, fue publicada en Brasil la Ley n. 12.690/12, en 19 de julio de 2012¹⁴⁶, que en su artículo 5 prohíbe el uso de la cooperativa como medio de intermediación de mano de obra y

¹⁴⁴ Relação de emprego. Professora. Prestação de serviços por meio de cooperativa. Adesão à cooperativa imposta pelo tomador de serviços. Fraude configurada. Relação de emprego reconhecida. O cooperativismo pressupõe a comunhão de esforços de agentes autônomos para o incremento de seus ganhos pessoais sem a perda da nota de autonomia que caracteriza tal forma de organização. Não pode ser considerado autônomo e cooperado o prestador que se insere na estrutura organizacional do tomador de serviços, presta-lhe contas detalhadas acerca do modo de execução da prestação de serviços, e cuja adesão à cooperativa prestadora de serviços é imposta. Configurada a fraude, reconhece-se a relação de emprego (ACÓRDÃO N°: 20130897447; TRT 2 Região; Turma 6ª; Data de publicação 28/08/2013).

¹⁴⁵ 1. VINCULO EMPREGATÍCIO - INTERMEDIAÇÃO DE MÃO DE OBRA POR < COOPERATIVA > SÚMULA N° 331 DO TST EFEITOS.

Restando comprovado que a cooperada ofertava a sua força de trabalho em prol de serviços essenciais ao desenvolvimento da atividade-fim do tomador, por intermédio de < cooperativa >, além de estarem configurados os elementos característicos da relação de emprego (pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, dependência e subordinação), impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Inteligência da Súmula n° 331, I, do TST.

2. Recurso conhecido e parcialmente provido (Acórdão n° 128.365; TRT 21 Região; Data de publicação 12/09/2013)

¹⁴⁶ Recuperado en 10 de marzo de 2013, en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm

resalta en su artículo 2¹⁴⁷ que “la cooperativa de trabajo es la sociedad constituida por trabajadores para el ejercicio de sus actividades laborales o profesionales con provecho común, autonomía y autogestión para obtener mejor cualificación, renta, situación socioeconómica y condiciones generales de trabajo¹⁴⁸.”

Para asegurar los derechos de los trabajadores de la cooperativa, la Ley 12.690/12, en su artículo 7¹⁴⁹ dispone que la cooperativa de trabajo debe garantizar a los socios, como regla general, retiros no menores que un salario mínimo, duración de trabajo no mayor que 8 horas diarias y 44 semanales, descanso semanal remunerado, preferencialmente a los domingos, reposo anual remunerado entre otros derechos.

Son tentativas que la Ley presenta como herramienta para evitar el fraude laboral, pero que no pueden quedarse solamente en el papel. La lucha y combate a las entidades asociativas para simple suministro de mano de obra, sin cualquier ayuda mutua, debe ser continua, bajo pena de violación de los principios constitucionales de la dignidad humana y de la valorización de trabajo.

¹⁴⁷ Art. 2. Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

§ 1. A autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

§ 2. Considera-se autogestão o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.

¹⁴⁸ Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

¹⁴⁹ Art. 7o A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV - repouso anual remunerado;

V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;

VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;

VII - seguro de acidente de trabalho

4.5.6 Las pseudos empresas unipersonales

El punto de partida para la organización de una empresa son los factores de producción, capital y trabajo. Con base en los tres elementos, el artículo 966¹⁵⁰ del Código Civil Brasileño define empresario quien ejerce de modo profesional la actividad económica organizada para la producción o circulación de bienes y servicios.

Por consiguiente, no puede ser considerado empresario el individuo que no posee capital y sólo dispone de su fuerza del trabajo para prestar sus servicios a un solo tomador, que le impone la obligación de constituir una empresa.

Además, cualquiera sea su forma, la relación que se establece entre una persona que trabaja y la empresa por cuenta de la que presta servicios, bajo la subordinación del dador de trabajo, a cambio de una remuneración, es siempre una relación de trabajo (art.3º de la CLT).

No obstante, actualmente se difundieron prácticas profesionales que, procurando eludir la legislación social, introdujeron el anómalo concepto de empresa unipersonal – fenómeno en Brasil conocido por “pejotização” – donde está configurada una relación de dependencia encubierta por la persona jurídica.

El profesor Américo Pla señala que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que está en los documentos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos – es principio de la primacía de la realidad. Y de acuerdo con ese principio y con base en el artículo 9º¹⁵¹ de la CLT, la creación de empresa unipersonal para encubrir una relación de dependencia es considerada fraude en las relaciones laborales y, por lo tanto, los actos son nulos de pleno derecho.

Igualmente, por los principios de la irrenunciabilidad e imperatividad de las leyes laborales, el trabajador no puede disponer libremente de los derechos otorgados por normas laborales imperativas. Es una especie de limitación de la autonomía

¹⁵⁰ Art. 966, CC. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁵¹ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

individual que prohíbe que los actos de disposición recaigan sobre derechos originados en normas imperativas, sancionando con nulidad la trasgresión de esta regla – es una protección del empleado frente a su empleador. De modo que los acuerdos de naturaleza civil no pueden inhibir la aplicación de las leyes de trabajo, estando garantizados todos los derechos laborales del empleado, cuando existe la presencia de los requisitos de la relación de trabajo.

La jurisprudencia ilustra varios casos de pejetização:

PEJOTIZAÇÃO. RELACION DE EMPELO. ART. 9º DE LA CLT. La actitud de la empresa para reemplazar a los empleados formales por las empresas, formando contratos de servicios a través del cual éstos siguen ofreciendo los mismos servicios que cuando empleados, constituye acto fraudulento, conocido como "pejetização", con el fin de eludir la legislación laboral y los deberes implicados. Por lo tanto, se debe reconocer la nulidad (art. 9º da CLT), manteniendo la "decisum", que reconoce la existencia de una relación laboral entre las partes y sus parcelas resultantes (Fallo RO 1193420115070008; Tribunal Regional de la 7 Región; Fecha de la publicación 23/04/2012)¹⁵²

PEJOTIZAÇÃO. RELACIÓN DE TRABAJO - REPRESENTANTE COMERCIAL (INDEPENDIENTE) - SUBORDINACIÓN ESTRUCTURAL. INSERCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA ATIVIDADE PREDOMINANTE DE LA EMPRESA.

1. El caso retrata claramente el fenómeno de nuestro tiempo llamado "pejetização", que define la situación en que el empleador, con el fin de eludir el cumplimiento de la legislación laboral, requiere que el empleado constituya una persona jurídica, dando la apariencia de empresa, cuando se trata de un típico contrato de trabajo. (Fallo 02378006820095020071; TRT 2 Región; Sala 4; Fecha de publicación 03/06/2011)¹⁵³

¹⁵² PEJOTIZAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ART. 9º DA CLT. A atitude da empresa de substituir empregados com carteira assinada por pessoas jurídicas, formalizando contratos de prestação de serviços através dos quais esses continuam a prestar para aquela os mesmos serviços que quando celetistas, constitui artifício fraudulento, conhecido como "pejetização", para se furta da legislação trabalhista e dos deveres dela decorrentes. Logo, de se confirmar a nulidade declarada pelo juízo "a quo" dos contratos de prestação de serviços acostados aos autos (art. 9º da CLT), mantendo-se o "decisum" que reconheceu a existência do vínculo de emprego entre as partes e as parcelas daí decorrentes (RO 1193420115070008; Tribunal Regional da 7 Região; Data de publicação 23/04/2012)

¹⁵³ PEJOTIZAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO - REPRESENTANTE COMERCIAL (AUTÔNOMO) - SUBORDINAÇÃO ESTRUCTURAL. INSERÇÃO DO TRABALHADOR NA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA.

1.O caso retrata, de forma clara, o fenômeno hodiernamente denominado de "pejetização", neologismo pelo qual se define a hipótese em que o empregador, para se furta ao cumprimento da legislação trabalhista, obriga o trabalhador a constituir pessoa jurídica, dando roupagem de relação interempresarial, a um típico contrato de trabalho (Processo 02378006820095020071; TRT 2 Região; 4ª Turma; Data de publicação 03/06/2011)

4.6 La necesidad de evolución del concepto de subordinación jurídica clásico

El concepto de subordinación existe como una característica esencial de la relación de trabajo y representa el acceso de los trabajadores a los derechos y garantías laborales. A partir de la existencia de la subordinación en la relación laboral es posible caracterizar el contrato de trabajo, como requiere la Consolidación de las Leyes del Trabajo - CLT.

Como dicho, con las transformaciones ocurridas en el sistema de producción, el concepto de subordinación está desfasado, porque fue construido dentro de un parámetro de jerarquía empresarial regida por la heterodirección.

Explica Carlos Roberto Cunha¹⁵⁴ que las metamorfosis de la posmodernidad están provocando cambios en la forma de materialización de la relación de trabajo – están modificando el modo de manifestación de algunos supuestos estructurales de la relación.

Los avances tecnológicos y el aumento de la competitividad hacen que muchas relaciones laborales se alejen de la noción conocida de subordinación, como si fueran autónomos. Debido a esta falsa autonomía, estos trabajadores, que no tienen libertad, soportan solos todos los riesgos decurrentes de su labor, ya que están excluidos de la tutela laboral.

Igualmente, es importante registrar que el ámbito subjetivo del trabajador autónomo y subordinado hoy no está bien delimitado para algunas relaciones laborales, lo que no nos permite saber seguramente si la relación es o no de trabajo.

Para Carlos Roberto Cunha¹⁵⁵, el vínculo de subordinación sufrió un desvanecimiento, dificultando la identificación de la relación laboral. El contraste entre la dependencia (subordinación) y la autonomía se convirtió en una diferencia más leve y fugaz. Los circuitos electrónicos de las computadoras disminuyeron la dependencia y hasta tiende a desaparecer. No hay más un campo claro de órdenes directas. El dominio de la técnica permite el trabajo con mínima o ninguna

¹⁵⁴ CUNHA. Carlos Roberto. *Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p.94.

¹⁵⁵ Op.cit, p.106

subordinación. La estructura de la empresa permanece más en nivel horizontal. También está obsoleto el concepto de establecimiento como unidad de negocio donde funciona necesariamente una reunión de personas en un lugar determinado, bajo una rígida estructura jerárquica de fuerzas armadas

Sobre la frontera tenue entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente, con mucha propiedad escribió Enrique Arias Gilbert:¹⁵⁶

El tema de la frontera entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente ha sido abordado tradicionalmente mediante el siguiente esquema:

a) Diferenciación entre el trabajo libre y el trabajo coactivo, señalándose que el trabajo libre es la figura genérica del trabajo autónomo y el trabajo dependiente. En la categoría opuesta se encontrarían todas las figuras del trabajo coactivo: la esclavitud, la servidumbre feudal, el trabajo de los reclusos y, en su caso, el servicio militar obligatorio.

b) Diferenciación entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente: para ello se acude al concepto de dependencia en sus tres manifestaciones: técnica, económica y jurídica. A su vez, la doctrina posterior ha tendido a centrar la dependencia en los aspectos económicos en la mayor parte de los países latinos como consecuencia de su abordaje preeminentemente contractual, mientras que la doctrina germánica ha centrado la discusión en los poderes empresarios como consecuencia de la influencia mayor que en esos países tiene la teoría de la institución.

Todas estas consideraciones se encuentran hoy en estado de revisión como consecuencia del abandono del paradigma productivo fordista/taylorista. En tal sentido, se ha llegado a afirmar la crisis del concepto mismo de dependencia, su incapacidad para aprehender las nuevas relaciones sociales.

Estas mismas discusiones son el punto de partida del debate actual sobre las perspectivas del trabajo subordinado: el sistema posfordista, cuya esencia está constituida por el abandono del criterio de internalización de los costes, de la producción masiva y en serie y de la especialización como paradigma de eficiencia empresarial para reemplazarlo por la externalización de los costos de producción, la producción especializada en pequeñas series y la descentralización de la producción con fenómenos absolutamente nuevos como el teletrabajo.

Para Alfonso de los Heros Pérez Albela¹⁵⁷, en los últimos años se ha ido borrando la frontera entre el trabajo subordinado y el independiente, sus líneas se han ido desdibujando, ha crecido la duda en una zona intermedia en que el trabajo denominado “parasubordinado” puede quedarse no incluido en el ámbito del derecho del trabajo. Hay muchas actividades que siendo trabajo personal, no quedan necesariamente calificadas como trabajo subordinado y, por consiguiente,

¹⁵⁶ ARIAS GIBERT, Enrique. *Trabajo autónomo y trabajo dependiente. Fronteras y perspectivas*. Buenos Aires: Errepar, n.195, 2001.

¹⁵⁷ DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso. *La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*. En: Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor de Buen Lozano. México: UNAM, 2003. Págs. 397-414, p.399.

comprendidas en el ámbito protector del derecho del trabajo, por ser consideradas prestaciones independientes. Por lo tanto, son actividades que no generan obligaciones sociales y aíslan, de esa forma, los trabajadores, de la protección del Derecho del Trabajo.

Carlos Roberto Cunha¹⁵⁸ afirma que la subordinación jurídica ha perdido la soberbia de otrora. Es decir, no proviene de la sujeción a las órdenes del empresario, pero de la inserción y sujeción a la organización empresarial y sus objetivos.

Considerando que en la economía y sociedad contemporáneas, el vértice del Derecho del Trabajo es un tipo especial de trabajador – el trabajador empleado – el concepto de subordinación necesita ser mirado, comprendido y ampliado, para ponerlo en el contexto actual del capitalismo, considerando que la manutención del concepto tradicional de subordinación la lleva a grandes distorsiones, comprometiendo la razón de ser y la propia misión del Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, uno de los desafíos más importantes del Derecho del Trabajo, es el de tratar de conseguir respuestas frente a los fenómenos organizativos de la empresa. No con el objetivo de prohibirlos, sino de rescatar el trabajo como la herramienta útil para la mejora de la calidad de vida de los trabajadores. Lo que se quiere no es impedir o limitar el derecho de organización de las actividades de los empresarios, y si la tutela de los trabajadores implicados en ellas.

Comprender la subordinación, es entender las nuevas relaciones de trabajo dentro de una realidad donde ocurren las tercerizaciones, alianzas público-privadas, privatizaciones y otras formas de flexibilización que disminuyen conquistas laborales conseguidas en largos períodos de crecimiento económico y de implementación de políticas sociales, que caracterizaron el conocido Estado de Bienestar, a partir de la posguerra.

En las lecciones de Piergiovanni Alleva¹⁵⁹, la figura del trabajador definido bajo la idea de heterodirección patronal está superada, ya que las empresas exigen sujetos capaces de efectuar elecciones autónomas y no sujetos pagos para trabajar sin pensar.

¹⁵⁸ Op.cit, p.110.

¹⁵⁹ ALLEVA, Piergiovanni. *O rubicão do trabalho subordinado*. Revista LTr, São Paulo: v.73, n 02, fevereiro de 2009, p.182-184.

Esto resulta del modelo de mercado de trabajo actual, que tiende siempre a buscar la figura del profesional multifuncional o empleado polivalente – aquel capaz de realizar muchas actividades al mismo tiempo y apto para tomar decisiones.

Ampliar o adecuar el concepto de subordinación tiene efecto socioeconómico fundado en la justicia social, en la medida en que serán insertados en el campo de incidencia principal del Derecho del Trabajo muchos trabajadores que necesitan de su protección.

La necesidad de modernización del derecho del trabajo también viene del hecho de que el Derecho es un fenómeno histórico y cultural que cambia la sociedad y es por ella transformado. De esta forma, los conceptos jurídicos deben evolucionar para acompañar los cambios económicos, sociales y políticos.

Es tan esencial la necesidad de modernización del Derecho del Trabajo que en 27 de julio de 2007 se publicó en el periódico oficial de la Unión Europea “El Informe del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde”, con objetivo de modernizar el Derecho del Trabajo para enfrentar los desafíos del siglo XXI.

Una de las finalidades de la propuesta fue identificar los principales desafíos de la disparidad entre los regímenes jurídico y contractual en vigor y las realidades del mundo del trabajo, con el énfasis en el campo de aplicación personal del Derecho del Trabajo más que del Derecho Colectivo del Trabajo.

A partir del Tratado de Ámsterdam (02/11/1997), la Unión Europea encomendó al equipo interdisciplinario de expertos coordinado por Alain Supiot una investigación sobre las transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa – conocido como Informe Supiot. De la investigación surgió un complejo de informaciones sobre la actividad laboral y los cambios ocurridos en esos tiempos modernos.

En esa perspectiva, considerando los hechos narrados, una nueva lectura del contrato de trabajo debe ser realizada, no pudiendo más ser entendido el concepto de subordinación como fue comprendido en los últimos años del siglo pasado, en la época fordista e taylorista.

En verdad, según afirma Paul Singer¹⁶⁰, muchas actividades desconectadas del gran capital monopolista, pasan a ser ejercidas por pequeños empresarios, trabajadores autónomos y cooperativas de producción, para enmascarar la realidad de los hechos en la relación de trabajo. Como consecuencia, cierto número de puestos de trabajo formales dejan de ofrecer garantías y derechos habituales correspondientes. Por lo tanto, es verdadera la hipótesis de que el capital se descentraliza y prefiere cada vez más explotar el trabajo humano por medio de compra de servicios, en vez de contratar fuerzas de trabajo.

Oportunamente, es posible recordar la prédica de Jorge Rodríguez Mancini¹⁶¹ al decir que el Derecho del Trabajo no tiene sentido aisladamente considerado, porque es complementario de la Economía. Por lo tanto, puede subsistir sólo si existe una economía capaz de garantizar las condiciones de vida de los trabajadores, de protegerlos de la destrucción, de sustraer el Derecho del Trabajo de las vicisitudes de una economía desordenada.

Las modificaciones recientes en el sistema capitalista provocan la precarización de las relaciones de trabajo. En ese ambiente, es necesario adaptar a la realidad actual el significado de la palabra subordinación.

En el contexto de superación de las antiguas formas de producción industrial, que sustentaron el proceso y la ideología del desarrollo del capitalismo, es que deben ser analizados los aspectos teóricos y empíricos de la subordinación, para ajustar el concepto al mundo de trabajo contemporáneo.

Si así no es hecho, terminaremos en el vaciamiento del objeto del Derecho del Trabajo, en la medida en que crece el desempleo estructural y surgen alternativas de trabajo jamás previstas en décadas pasadas.

¹⁶⁰ SINGER, PAUL. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. São Paulo: Contexto, 1998, p.17.

¹⁶¹ Rodríguez Mancini, Jorge. *Notas de la dependencia laboral*. In: *Revista de Derecho Laboral. Contratación Laboral*. Tomo 2005.2. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005, p. 31

4.7 Reinterpretando la palabra dependencia del art.3º de la CLT

El Derecho del Trabajo nació como preocupación del Estado con la explotación del hombre por el hombre y del tratamiento pernicioso a que eran sometidos los trabajadores en el periodo de la Revolución Industrial. Es un derecho oriundo de las exigencias de aquellos que eran explotados por el poder económico y, por lo tanto, tiene la función de protección de los obreros.

Además, el Derecho existe para solucionar conflictos sociales – es un mecanismo de regulación de la vida en comunidad a través del establecimiento de parámetros indicativos de lo que es permitido, prohibido y obligatorio.

Así que debe adecuarse al momento en que es aplicado. Si la norma debe acompañar el desarrollo de la sociedad, su interpretación debe seguir también el desarrollo social.

No se puede olvidar que la sociedad pasa siempre por mudanzas: cambian las estructuras políticas, económicas y sociales, la actuación de las empresas y el mercado de trabajo. Pero la preocupación del Derecho Laboral sigue igual – amparar todos aquellos que laboran a cambio de un salario.

Luego, considerando la idea de que el Derecho debe acompañar el desarrollo social, concluyese que no es necesaria una nueva ley reglamentando el concepto de subordinación. Lo que es preciso es adaptar la palabra dependencia, del artículo 3º de la CLT¹⁶², al sistema de producción económico vigente.

Además, la dependencia debe ser vista como un concepto abierto – cláusula abierta o conceptos indeterminado – completado de acuerdo con el tiempo, teniendo en cuenta la realidad en que se vive.

De ese modo, debe ser interpretada sopesando los cambios en las relaciones laborales, que sufren intervención directa de la tecnología y del mundo globalizado, bajo pena de vaciamiento del objeto del Derecho del Trabajo y, por lo tanto, de la función de esa rama del derecho.

¹⁶² Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

En el contexto actual del capitalismo hay que pensar el Derecho Laboral considerando las distintas formas de trabajo, las organizaciones empresariales más complejas y las manobras ejecutadas por los tomadores de servicios para escapar de la aplicación de la ley laboral.

Aparte, no se puede olvidar del principio de la primacía de la realidad. De modo que en una relación de trabajo hay que averiguar los verdaderos hechos para saber si existe o no dependencia – conocida por subordinación jurídica. Para tanto, hay que considerar dos factores: a) identificar el principal beneficiado por la fuerza de trabajo; y b) si el servicio prestado al beneficiado se ajusta, integra o hace parte de su actividad productiva principal. Es lo que Mauricio Godinho Delgado llama de subordinación estructural – se debe examinar el núcleo productivo, es decir, la matriz de actividad de la compañía.

Identificar quién se beneficia de la fuerza de trabajo y contemplar el hecho de que el control ya no está directamente en las manos de la empresa, pero en sus células de producción, es hacer una interpretación más extensiva del tradicional concepto de subordinación para, junto con los demás criterios que caracterizan la relación de trabajo¹⁶³, alcanzar trabajadores que están alejados de la protección del Derecho Laboral.

Visualizar la terminología dependencia de ese modo es superar las dificultades que el concepto clásico ha demostrado. Para tanto, no se puede confundir la relación de trabajo con los contratos de sociedad y ni con las cooperativas, como será explicado (subtítulo 4.5.4 y 4.5.5), así como se debe diferenciarlo de las relaciones de consumo.

Diferenciando relación de consumo y relación de trabajo, Márcio Túlio Viana¹⁶⁴ explica que la relación es de consumo cuando implicar un servicio al consumidor, puede ser un trabajo, pero el consumidor es su destinatario final.

¹⁶³ El artículo 3º de la Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil considera empleado a toda persona física que presta servicios de naturaleza no eventual a un empleador, bajo su dependencia y mediante un salario. Es decir, son criterios para caracterizar la relación de trabajo la personalidad, si es un trabajo retribuido, la ajenidad, la subordinación y la no eventualidad.

¹⁶⁴ VIANA, Márcio Túlio. As relações de consumo e a nova competência da Justiça do Trabalho. In: <http://www.anamatra.org.br/artigos/as-relacoes-de-consumo-e-a-nova-competencia-da-justica-do-trabalho>. Recuperado en 11/09/2013.

Para él, de hecho, la diferencia entre la relación de trabajo y la relación de consumo que implica la realización de un trabajo está más en la forma como él es utilizado: si como un valor de uso o como un valor de cambio. Cuando se usa como valor de cambio, es decir, como mercancía destinada a la producción de mercancía, la fuerza de trabajo se integra la cadena de producción – lo que se pasa en la relación de trabajo. En ella, lo que importa, por lo tanto, no es exactamente la asignación de los trabajos, pero los productos que el trabajo construye. Igualmente, analizando el tema desde el ángulo subjetivo, lo que hace la diferencia es la calidad (capitalista o no) del receptor para utilizar la fuerza de trabajo.

Considerando todo lo expuesto, la reinterpretación de la palabra “dependencia” del art. 3º de la CLT¹⁶⁵, entendida como subordinación jurídica, es necesaria para permitir una interpretación teleológica de la configuración de la relación de trabajo, bajo pena de el sistema jurídico pasar a aceptar casos de empresas fantasmas – que por medio de las subcontrataciones logran sus objetivos sin empleados.

¹⁶⁵ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

5 EL PAPEL DEL ESTADO DE DERECHO EN EL COMBATE A LOS FRAUDES LABORALES

En la evolución histórica del Estado es posible verificar diferentes “Estados” considerando su actuación política y social: Estado absolutista, Estado liberal, Estado Social y Estado neoliberal.

En el Estado absolutista, el rey era soberano y concentraba todos los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; tenía derechos sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos los súbditos; y determinaba los rumbos de la economía.

Ante el exagerado poder que los reyes se atribuían, la personalidad y la libertad humanas prácticamente no existían, porque el Estado opacaba toda manifestación del hombre.

Con la Revolución Francesa y los ideales de igualdad, libertad y fraternidad, el hombre reivindicó sus derechos y el ejercicio de aquellos que por ley natural pertenecen y alcanzó a su intento en un verdadero triunfo en contra del poder del Estado.

Así, apareció el Estado Liberal que históricamente sustituyó al Estado Absoluto. Sin embargo, es importante decir que no hay un modelo abstracto de Estado Liberal, implantado al mismo tiempo en todos los países, sino desarrollos del modelo en países concretos y temporalidades distintas, aunque tengan surgidos como un arma política de la burguesía para imponer un nuevo sistema político que fuera mejor para ella.

En verdad, los privilegios frente a la autoridad real era lo que la burguesía necesitaba para desarrollarse como la clase social emergente que luchaba por la libertad y por el derecho de propiedad privada de cada individuo. El Estado pasó a ser abstencionista, asegurando la libertad y propiedad privada.

Sin embargo, el Estado liberal no se sostuvo. Con el crecimiento demográfico, la revolución industrial, el individualismo total y abstencionismo estatal, se acentuaron los problemas sociales, de trabajo, de distribución de riquezas, entre otros. En consecuencia, el Estado mínimo y abstencionista empezó a intervenir en la vida social y económica, diseñando políticas de bienestar social para paliar las

desigualdades reales existentes provocadas por la política liberal. Por lo tanto, se amplió el catálogo de los servicios públicos que corresponde garantizar al Estado.

Paulatina y escalonada hubo la transformación del Estado Liberal en Estado Social, en busca de la igualdad real, garantizando que los débiles cuenten con protección estatal y judicial igual a los otros, satisfaciendo los derechos mínimos vitales para una vida digna.

Esta nueva forma de Estado integró a las masas ofreciéndoles en contraprestación no sólo derechos sociales, sino una larga serie de garantías y servicios públicos de acceso universal.

Mejor diciendo, el Estado Social es un Estado que realiza la redistribución de renta, regulando los mercados y desarrollando políticas sociales para garantizar la igualdad de oportunidades y, por lo tanto, la igualdad material o real.

Para Lourival Vilanova¹⁶⁶, el Estado fue más allá del agente interventor en el proceso social y económico, pasó a ser Estado empresa, Estado banco, Estado industrial y comerciante, siempre con la finalidad de promover el bien estar del interés colectivo.

No obstante, los gastos del Estado se incrementaban conforme la sociedad se desarrollaba. El aumento de la población y de las necesidades de la sociedad ampliaron los gastos públicos, lo que dificultó la manutención total del Estado paternalista. Además, a partir de mediados de los setenta, y coincidiendo con la crisis de los precios del petróleo, comenzó a agravarse la quiebra económica del modelo de bienestar de la postguerra.

Resultado, el Estado pasó a no tener condiciones de mantener el Estado de bien estar y surgió la política neoliberal. Para los neoliberales el Estado debía dejar de intervenir en la economía, para reducir los gastos y salir de la crisis.

Aparte, en 1989 el consenso de Washington sintetizó un conjunto de recomendaciones de política económica para los países emergentes, con énfasis en la gestión privada de los medios de producción, libertad de mercados, disciplina fiscal, recortes al gasto público, reforma tributaria, privatización de las empresas estatales,

¹⁶⁶ VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. 1. Brasília: Axis Mvndi IBET, 2003, p.350.

desregulación y la protección a los derechos de la propiedad, que definió las reformas de política económica que los países deudores debían tener como objetivo.

En consecuencia, en Brasil y en otros países de economía emergente, hubo una serie de planes de ajuste y recortes en áreas como salud y seguridad social, despidos producidos por el propio Estado y privatizaciones en todas las áreas, que junto con la revolución tecnológica y la globalización provocaron un fuerte aumento del desempleo, el cierre de muchas empresas y el deterioro de las condiciones de trabajo.

A medida en que el Estado se aleja de la sociedad, la flexibilización y la desreglamentación toman cuenta del Derecho del Trabajo, retirando de los trabajadores los derechos disfrutados y conseguidos por medio de luchas a lo largo del tiempo.

La teoría de la desreglamentación, que predica la no intervención del Estado en las normas laborales o el auto reglamentación, para que los propios actores sociales (empleados, empleadores y sindicatos) pasen a crear sus propias normas, no puede sostenerse en Brasil. Los trabajadores y sindicatos laborales no tienen condiciones de luchar, no tienen medios de articularse ni fuerza política para pleitear mejores condiciones de trabajo y derechos para los trabajadores. El trabajo precario y el pauperismo inherentes al proceso de desarrollo capitalista, fruto de la expansión de la riqueza mundial, desarticula a los trabajadores de modo que ellos no consiguen juntar fuerzas para luchar por mejores condiciones de trabajo.

Mejor dicho, el Estado no puede apartarse del Derecho del Trabajo en el momento que él más necesita. Hay un ejército de reserva mundial de trabajadores en el modo de producción capitalista que se evidencia con la mencionada globalización neoliberal y los cambios en la naturaleza del trabajo. La población estancada sin trabajo, la marginalidad social, el desempleo y el pauperismo crecen de forma avasalladora.

Por lo tanto, la conducta del Estado de permitir la creación de leyes que flexibilizan el Derecho Laboral parece estar en contramano a las necesidades sociales y laborales. Cuanto más cambio revolucionario en la sociedad, más se requiere

planeamiento y más Estado. Exigiendo más Estado, exigirse más derecho, según Lourival Vilanova¹⁶⁷.

No se puede olvidar que, conforme Georg Jellinek¹⁶⁸ las funciones materiales del estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. A causa de los fines jurídicos, tiene el Estado que dirigir su actividad a la implantación y protección del Derecho.

Es importante registrar que la principal función del Estado es de proteger los derechos humanos y crear los mecanismos necesarios para hacerlos cumplir. Aparte, según Miguel Carbonell¹⁶⁹,

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (social rights) (o incluso, en términos más generales, en relación a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.

La obligación de respetar significa que el Estado -lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten- debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales (social rights), lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Si el Estado tiene la función de proteger el Derecho y, en especial, los derechos sociales, deberá cuidar de los derechos de los trabajadores para que ellos no sean amenazados o perjudicados por el sistema capitalista actual ni por prácticas desleales o fraudulentas.

¹⁶⁷ Op.cit, p.418.

¹⁶⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2005, p.743.

¹⁶⁹ CARBONELL, Miguel. Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-52002008000100003&script=sci_arttext

Por ejemplo, en Brasil, los derechos resultados de las luchas de los trabajadores como los derechos sociales, el seguro de desempleo, la protección social, licencia por maternidad y paternidad, aguinaldo, adicional para horas extras, están amenazados por el neoliberalismo globalizado.

Actualmente se vive la explotación del trabajo ante la fuerza del capital que corre libre de las amarras de la política de protección social y ignora até los derechos humanos. La crisis de la sociedad asalariada, expresión de la crisis estructural del capitalismo, el alto nivel de desempleo, la marginalidad social y el pauperismo hacen con que el trabajador necesite de un Derecho del Trabajo y, por lo tanto, del Estado más actuante y eficaz en el combate a todos los males traídos a los trabajadores por el sistema capitalista de producción.

5.1 El Estado Regulador y su Poder de Policía

Antes prevalecía a no intervención del Estado en la economía (liberalismo económico de Adam Smith). Sin embargo, con la caída en la Bolsa de Nueva York y con ella el Crac del 29 y la Gran Depresión que produjo una crisis bancaria en Estados Unidos, la sociedad se dio cuenta que el capitalismo tiene defectos que sólo pueden ser corregidos por la intervención del Estado.

Es en el capitalismo que el hedonismo humano más se aflora. Si no hay normas obligatorias para controlar la actuación de las empresas, el sistema capitalista hará de todo para potencializar los lucros y proteger a sus intereses a costo del bienestar de los trabajadores. Por lo tanto, cabe al Estado establecer los límites para evitar esta relación perniciosa, en nombre del interés público

Así que el Estado tiene papel de agente regulador de la orden económica y agente interventor de las cuestiones sociales y libertades del individuo – una de las funciones del Estado. Y para ejercerlas tiene poderes, como el poder de policía.

Enseña Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁰ que el poder de policía es la función del Estado de ajustar la propiedad y la libertad del individuo a los intereses colectivos (*lato sensu*) o las propias intervenciones estatales, a través de autorizaciones o licencias, con la misma finalidad de obstar el desarrollo individual y proteger el interés público (*stricto sensu*).

Por medio del poder de policía el estado impone finalidades a los individuos y empresas privadas que naturalmente (de modo espontáneo) no son deseadas o perseguidas por ellos. Lo que se busca es solucionar el desafío “obtención de lucro” versus “inexistencia de daños a la dignidad de la persona humana”.

Luego, en los países que abrazan el capitalismo el Estado tiene el deber de intervenir en las relaciones privadas para evitar que la búsqueda por el lucro provoque la explotación del trabajador, la ofensa a sus derechos y a su dignidad.

¹⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.838.

En general las normas contienen obligación de no hacer. Pero cuando se trata de poder de policía, se habla de obligación de hacer. Por lo tanto, cabe al estado imponer obligaciones de hacer, por medio de leyes, para controlar la actuación privada de las empresas. En este sentido, explica Agustín Gordillo¹⁷¹ que es función estatal promover el bien común mediante acciones positivas. Estado protege los bienes jurídicos a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales.

Por ejemplo, los ciudadanos tienen derecho constitucional a la propiedad (art. 5, XXII de la Constitución¹⁷²), con actuación libre de la empresa, desde que observe los principios de la propiedad privada y su función social (art.170, II y III de la CF/88¹⁷³).

Es decir, el derecho a la propiedad está garantizado en la medida que cumpla su función social, controlada por el Estado a través de su poder de policía. Eso significa que no es permitido el abuso del derecho, ni por parte del particular, ni por parte del estado.

En un Estado democrático de derecho, el uso del poder de policía se encuentra limitado por la Constitución y por su propia función de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas, no se permitiendo que el ejercicio de la coacción de policía sea para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, el particular no puede usar de su bien de forma a perjudicar los derechos del otro y debe cumplir las normas en lo que le concierne y cooperar con la acción del Estado en la protección del trabajador.

En este sentido, por medio del poder de policía, el Estado puede entrar en determinado establecimiento privado e imponer sanciones en caso de incumplimiento de las normas estatales, como las normas de salud y seguridad del trabajador – es lo que se llama de policía de trabajo o inspección del trabajo.

¹⁷¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.V-11.

¹⁷² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade

¹⁷³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

Considerando que una aplicación adecuada de la legislación del trabajo depende de una eficaz inspección del trabajo, la OIT cuida de la materia en el Convenio 81¹⁷⁴ (que trata de la inspección del trabajo en la industria y el comercio) y en el Convenio 129¹⁷⁵ (relativo a la inspección del trabajo en la agricultura), disponiendo que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

La OIT tiene la inspección del trabajo como una de sus prioridades desde su origen, según en el Informe III (Parte 1B)¹⁷⁶, relativo a las normas internacionales sobre la inspección del trabajo.

En el referido informe se puede constatar que la inspección de trabajo es un instrumento de control, con carácter preventivo y punitivo, acompañado de facultades y prerrogativas encaminadas a la represión de las infracciones, todo ello en beneficio general.

Teniendo en cuenta el papel de la inspección del trabajo, la jurisprudencia¹⁷⁷ del Tribunal Superior de Trabajo de Brasil (TST) entiende que el inspector del trabajo es competente para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con el artículo 11, II, de la Ley N ° 10.593/02, y proceder a la emisión de la notificación de la violación de la ley, cuando las empresas no reconocen el vínculo laboral.

¹⁷⁴Consulta en la pagina web http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C081 en 18/05/2013.

¹⁷⁵Consulta en la pagina web http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C129 en 18/05/2013.

¹⁷⁶ Consulta en la pagina web <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf> en 18/05/2013.

¹⁷⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. O Auditor Fiscal do Trabalho detém competência para verificar a existência de relação de emprego, nos termos do artigo 11, II, da Lei n° 10.593/02, bem como proceder a lavratura do auto de infração, ao concluir pela existência de violação de preceito legal, no caso, a existência de contratação ilícita de mão de obra terceirizada para execução da atividade-fim do hospital, sob pena de responsabilidade administrativa, consoante determina o artigo 628, "caput", da CLT. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 85300-72.2007.5.02.0431 , Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 08/05/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 10/05/2013)

Luego, para el TST¹⁷⁸, el inspector del trabajo, en su ejercicio del Poder de Policía, puede determinar a la regularidad de la relación de trabajo, el reconocimiento del vínculo laboral y imponer una multa al empleador como fuerza pública para coaccionar al cumplimiento de las normas obligatorias del Derecho del Trabajo.

¹⁷⁸ FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. ATRIBUIÇÕES. INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA ILÍCITA. Inse nas atribuições legalmente definidas do Auditor-Fiscal do Trabalho, no exercício do Poder de Polícia Administrativa, a apuração da regularidade da relação de emprego, inclusive nas situações de intermediação de mão de obra, sempre resguardada a possibilidade de impugnação do auto de infração, não só na própria seara administrativa, mas também na via judicial, em observância às garantias consagradas no artigo 5º, XXXV e LV, da Constituição da República. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 73800-63.2006.5.02.0004 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 27/02/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 08/03/2013)

5.2 El papel del Juez en el Estado Democrático de Derecho

En el Estado Liberal (siglo XIX) el principal poder era el Poder Legislativo – la Ley era interpretada en su plano formal (igualdad formal). El juez era la boca de la ley - Locke y Montesquieu. No obstante, en el Estado Social era el Poder Ejecutivo que daba las órdenes, con su política ostensiva de implementación de los derechos sociales y la concretización de la igualdad material. Pero actualmente, en el Estado Democrático de Derecho (neo constitucional), el Poder Judicial toma las riendas para concretizar los postulados constitucionales.

Es cierto que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial tienen como función primordial la defensa y promoción de los derechos fundamentales y esenciales a la consagración del principio de la dignidad de la persona humana (art.1, III de la CF/88). Son poderes que actúan de forma armónica e independientes (art.2 de la CF/88), para brindar soluciones que garantizan la eficacia máxima e inmediata a todo postulado constitucional definidor de derechos y garantías fundamentales.

Sin embargo, de los tres poderes, la justicia constituye lo que tiene como núcleo esencial la vigilancia suprema de la Constitución, resultando evidente que puede anular o revisar decisiones de los otros poderes que contengan normas que contradigan lo dispuesto en la Constitución. Es un mecanismo de validación en busca de la mejor interpretación y aplicación de la ley ante la Constitución y las normas internacionales (el llamado bloco de constitucionalidad). El juzgador interviene en el proceso de producción de la norma interpretándola y validándola en busca de soluciones razonables y justas.

Es decir, la justicia utiliza de todas las herramientas democráticas existentes en la Constitución para garantizar la aplicación de sus principios y concretizar los derechos fundamentales (previsto en la Constitución y en documentos internacionales, como la OIT), siempre respetando la vigencia efectiva del principio de progresividad.

Además, la justicia tiene papel esencial en la solución de disputas que impiden el desarrollo de las actividades esenciales a la población o normales de la producción de bienes y servicios, cabiéndole asumir una posición activa frente al conflicto, pero siempre respetando la ley, bajo pena de perder su legitimidad.

La figura del juez se ha modificado a lo largo del tiempo. Hoy el juez es mucho más activo y crea derechos a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales – es el fenómeno conocido como activismo judicial, donde la jurisprudencia es herramienta esencial en la solución de los casos.

En especial, en la Justicia del Trabajo, el juez tiene participación activa en la promoción y aplicación de los derechos sociales, tratando de lograr el principio de la dignidad de la persona humana. El juez no es un mero aplicador de la ley, pero un elemento de desarrollo y cumplimiento de las normas de acuerdo a los dictámenes y valores democráticos y constitucionales – con adopción de acciones para la ejecución de deberes jurídicos que no son cumplidos por los empleadores.

La población deposita en la Justicia Laboral la confianza de que el poder judicial, como herramienta responsable por tutelar la vigencia de los postulados constitucionales, hará el máximo para impedir injusticias, tratamientos desiguales y discriminación delante de la realidad de desempleo, flexibilización y precarización de las relaciones laborales – pues la dignidad es condición intrínseca del hombre y sinónimo de existencia de los derechos fundamentales de la persona y promoverla es el fin ético del Estado.

La efectuación del principio de la dignidad de la persona humana es condición esencial a la justicia social. El preámbulo de la Constitución consta que la justicia es uno de los valores supremos de la sociedad, como es la armonía social y la libertad. Igualmente, el artículo 3º dice que uno de los objetivos de la República Federativa de Brasil es construir una sociedad libre, justa y solidaria. De igual forma el art.170 y 193 de la Constitución que tratan del orden económico y social hablan de la justicia social. De ese modo, el Estado tiene como fin la promoción de la justicia social.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el proceso de metamorfosis por que pasa el Derecho del Trabajo, en especial la flexibilización y precarización de las relaciones laborales, el desempleo y el aumento de la informalidad, el Poder Judicial tiene la función primordial de utilizar de los mecanismos constitucionales para garantizar el principio del primado del trabajo humano y, por lo tanto, el bien estar y la justicia social (art.193 de la CF/88¹⁷⁹).

¹⁷⁹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

5.4 La decisión judicial ante los cambios laborales

Para la aplicación de la ley el juez debe tener en cuenta la realidad por que pasa las relaciones de trabajo. Muchas veces las empresas no pueden permitirse el lujo de mantener su negocio debido a las imposiciones sociales y laborales. Como resultado, muchos empleadores optan por mantener a los trabajadores en negro, al margen de la ley.

Para evitar estos problemas, los tribunales tienen que ponderar en la tomada de decisiones, bajo pena de desamparar al trabajador. Por lo tanto, el desafío del juez es juzgar con justicia, razonabilidad y proporcionalidad. Es esencial que el magistrado tenga prudencia al interpretar el fenómeno jurídico, pues la diferencia entre la medicina y el veneno es la dosis.

Dada la vulnerabilidad del trabajador, el principio general que rige las relaciones laborales es el principio de protección – que mejora la condición del trabajador ante el actual modelo económico.

Sin embargo, su aplicación no puede tener efecto contrario, haciendo que el empleador no cumpla la ley, por considerarla costosa para su negocio. Por otra parte, no se puede ignorar las nuevas relaciones entre el empleador y el empleado en el contexto de la globalización, pautada en la liberación de los mercados, la competencia feroz e implacable búsqueda de menores costos para las empresas.

Es cierto que existe un sentimiento de sustitución de las normas laborales por las reglas mercantilistas destinadas exclusivamente a la generación de riqueza y la acumulación por los más ricos.

Pero, tal afirmación no puede servir como excusa para justificar las acciones judiciales que obliteran el verdadero significado de la Ley del Trabajo – un derecho social que nació y debe desarrollarse con una sola misión: defender y promover los derechos de los trabajadores.

De ese modo, es necesario ponderación en la toma de decisiones, con el fin de armonizar los intereses del nuevo sistema de organización capitalista de producción con las aspiraciones de la clase obrera, siempre tratando de conciliar las relaciones sociales de trabajo y proteger, por lo tanto el trabajador.

6 CONCLUSIONES

La historia del trabajo y, en consecuencia, del Derecho del Trabajo, se confunde con la historia del capitalismo. Al estudiar Derecho del Trabajo hay que hacerlo considerando la historia del sistema capitalista de producción, sus cambios, evoluciones y consecuencias para la sociedad. Porque el Derecho aunque se integre con una dimensión normativa, no puede ignorar otros elementos del mundo jurídico, como los hechos de la realidad sobre los cuales se aplica y los valores existentes en la sociedad.

Con la crisis del feudalismo en la Baja Edad Media en Europa comienza la historia del capitalismo, que se consolida a través de la revolución industrial. En consecuencia, hubo muchos cambios en la forma de trabajo: los maestros se cambiaron por patronos, los aprendices por trabajadores y los talleres por las fábricas con las máquinas como formas de producir. La revolución industrial fue un marco para el sistema capitalista de producción, para las relaciones de trabajo y surgimiento del Derecho del Trabajo.

La regulación estatal del trabajo tuvo su origen en el siglo XIX, pero se desarrolló en el siglo XX, en razón de las malas condiciones de trabajo, sumadas a insuficiente actuación del derecho civil para regir las relaciones laborales. Por lo tanto, la consolidación del Derecho del Trabajo coincide con el apogeo de la sociedad industrial y avance del sistema capitalista, a partir del modelo taylorista-fordista, donde se desarrollo el trabajo típico, caracterizado como el trabajo asalariado subordinado.

Sin embargo, después del avance del sistema capitalista por el mundo, hubo a partir de los años 60 y, en general, con la crisis del petróleo en la década de 70, una crisis generalizada que debilitó los estados nacionales, la sociedad y las empresas. Así, el capital empezó a buscar nuevas formas de restaurar los padrones de acumulación, lo que promovió cambios importantes en la forma de organización del sistema laboral, afectando fuertemente el mundo del trabajo.

Actualmente la sociedad pos capitalista produce más con poca mano de obra y peores salarios, intentando siempre que posible desembarazarse de las constricciones impuestas por el Derecho Laboral. Las conductas de precarización

practicadas por las empresas y el desarrollo de la subcontratación crean ventajas para las empresas que no pagan más que el tiempo realmente trabajado.

Con los cambios ocurridos en el sistema de producción, el concepto de subordinación está desfasado, pues fue construido dentro de un parámetro de jerarquía empresarial regida por la heterodirección. El dinamismo del sistema capitalista causa el envejecimiento del concepto de subordinación, oriundo de viejos sistemas de producción.

Las transformaciones por que pasa el sistema productivo originan nuevas formas de organización del trabajo y, por lo tanto, mudanzas en la subordinación, con un discreto retorno del arrendamiento de servicios. A título de ejemplo es posible citar la tercerización y el contrato de sociedad.

La necesidad de la empresa adaptarse a las nuevas condiciones del mercado competitivo es lo que produce tantos cambios tecnológicos y organizativos, transformando el escenario empresarial y también laboral. Esas modificaciones en las empresas dan origen a situaciones de trabajo que generan una incertidumbre cuanto la distinción entre trabajo dependiente y trabajo autónomo. Por ejemplo, la desconcentración productiva, que rompe el centralismo de la empresa y genera unidades productivas autónomas, contribuye para la formación de zona gris.

Los avances tecnológicos y aumento de la competitividad hacen con que muchas relaciones laborales se alejen de la noción conocida de subordinación, como se fueran autónomos. Debido a esta falsa autonomía, estos trabajadores, que no tienen libertad, soportan solos todos los riesgos decurrentes de su trabajo, porque están excluidos de la tutela laboral.

Además, existen situaciones que encumbren verdaderas relaciones de trabajo subordinado, como la constitución de empresas unipersonales por trabajadores, la creación de cooperativas que son contratados por las empresas y la contratación de trabajadores temporales.

Con la nueva configuración económica, a partir del capitalismo financiero, la política que tiene la misión de organizar la vida colectiva, sufre cambios y el Estado pierde espacio en su función de ente regulador. La inquietud mayor es en relación a las tasas de desempleo y desocupación o imposibilidad de inserción en el mercado de trabajo, y la vulnerabilidad de los trabajadores en razón de la precarización de los derechos laborales.

Teniendo en cuenta el proceso de metamorfosis por que pasa el Derecho del Trabajo, la Justicia tiene la función primordial de utilizar los mecanismo constitucionales disponibles para garantizar el principio del primado del trabajo humano el bien estar y la justicia social (art.193 de la CF/88).

Sin embargo, lo que no se puede olvidar es que el Derecho del Trabajo es un derecho revolucionario que nació de luchas de los operarios por mejores condiciones de trabajo, en respuesta a las condiciones económicas de miseria y explotación a que eran sometidos los trabajadores. También, hay siempre recordar que el hombre es el centro de los derechos y que el legislador en las normas laborales tiene la misión de aliviar la situación de explotación de las clases trabajadoras y protegerlas.

En este sentido, es importante registrar que la identificación del sujeto a ser protegido por el Derecho Laboral parte de la subordinación. Por lo tanto, el concepto de subordinación tiene un papel muy importante en la protección del trabajo humano y, en consecuencia, para la dignidad de la persona humana, principio fundamental en la Constitución de Brasil (art.1, III).

El principio de la dignidad de la persona humana camina lado a lado al principio mayor del Derecho Laboral que es el principio de la protección, que intenta superar las desigualdades existentes entre empleado y empleador. Así, todos los medios traídos por la ley de trabajo son instrumentos esenciales a la seguridad y protección del empleado. A partir de un trabajo decente el hombre consigue su sustento y de su familia y tiene acceso a derechos y condiciones que le permite una vida digna.

Luego, permitir al trabajador un trabajo decente es misión principal del Derecho Laboral, del Estado e de la sociedad. Posibilitar al trabajador un trabajo decente y, por lo tanto, una vida digna, es permitirle el ejercicio de la ciudadanía. Ser ciudadano es tener acceso a todos los derechos civiles y sociales que le permite la Constitución. Asentir que los trabajadores por medio del derecho laboral ejerzan la ciudadanía es reconocer de hecho la función del derecho como constructor de la ciudadanía.

Proporcionar la aplicación del Derecho del Trabajo es reconocer en las relaciones de trabajo la presencia de la subordinación jurídica. El empleador que así lo hace, cumple su función social, porque respeta la dignidad de los contratantes y acerca los trabajadores de los derechos laborales, concretizando la justicia social.

Para la efectuación de las normas laborales el Estado no puede alejarse de la sociedad y de las relaciones de trabajo, porque en la medida que lo hace la flexibilización y la desreglamentación toman cuenta del Derecho del Trabajo, retirando de los trabajadores los derechos disfrutados y conseguidos por medio de luchas al largo del tiempo.

Mejor dicho, el Estado no puede apartarse del Derecho del Trabajo en el momento que él más necesita. Hay un ejército de reserva mundial de trabajadores en el modo de producción capitalista que se evidencia con la mencionada globalización neoliberal y los cambios en la naturaleza del trabajo. La población estancada sin trabajo, la marginalidad social, el desempleo y el pauperismo crecen de forma avasalladora.

E una de las formas de evitar o combatir este problema es reconocer a los trabajadores los derechos que le son pertinentes en una relación de trabajo, a partir del fortalecimiento del criterio de la subordinación jurídica y combate a las todas las formas de precarización del trabajo.

Esencialmente es preciso reconceptualizar la relación de trabajo para que la legislación laboral reconozca y proteja a un conjunto más amplio de trabajadores. Es necesaria la expansión de la idea tradicional de empleador para incluir los acuerdos trilaterales o multilaterales para alcanzar otros empleadores que pueden tener distintas obligaciones en la relación de trabajo, para que más trabajadores puedan disfrutar de los derechos fundamentales, no sólo en razón de la justicia social y de la necesidad de protegerlo, sino también para garantizar una competencia leal.

Para tanto, se propuso averiguar los verdaderos hechos para saber si existe o no subordinación, teniendo en cuenta dos factores: a) identificar el principal beneficiado por la fuerza de trabajo; y b) si el servicio prestado al beneficiado se ajusta, integra o hace parte de su actividad productiva principal.

Identificar quién se beneficia de la fuerza de trabajo y contemplar que el control ya no está directamente en las manos de la empresa, pero en sus células de producción es hacer una interpretación más extensiva del tradicional concepto de subordinación para, junto con los demás criterios que caracterizan la relación de trabajo, alcanzar trabajadores que están alejados de la protección del Derecho Laboral.

La dificultad de definir exactamente el trabajo autónomo del trabajo subordinado no puede ser excusa para la aplicación de derechos tan importantes para la vida de un trabajador. Por lo tanto, el derecho del trabajo debe afirmarse frente a la globalización, con resistencia y fuerza para adaptarse a los cambios suscitados sin negar su esencia y principios. Se trata de preservar a sus principios esenciales para desarrollar las normas que garanticen su aplicabilidad en los actuales escenarios políticos, económicos y sociales, siempre visando la preservación de la dignidad del trabajador.

No obstante, para la aplicación de la ley el juez debe tener en cuenta la realidad por que pasa las relaciones de trabajo. Muchas veces las empresas pueden mantener su negocio debido a las imposiciones sociales y laborales. Como resultado, optan por mantener a los trabajadores en negro, al margen de la ley. Así que los tribunales tienen que ponderar en la tomada de decisiones, bajo pena de desamparar al trabajador.

Por lo tanto, el desafío del juez es juzgar con justicia, razonabilidad y proporcionalidad. Es esencial que el magistrado tenga prudencia al interpretar el fenómeno jurídico, para que aplique la ley y, en especial, el criterio de subordinación jurídica, considerando el límite entre la libertad del empleado y del empleador en el contrato de trabajo, sin olvidar el principio de la dignidad de la persona humana y la realidad de los hechos.

De ese modo será posible detectar al sujeto tutelable y, en consecuencia, mitigar los efectos de la terrible distancia entre el capital y el trabajo.

REFERENCIAS

ACKERMAN, Mario E. *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*. Tomo I. 1.ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005.

ACKERMAN, Mario. *Entre el exabrupto y la esperanza*. En: Revista da AMATRA II. Ano IV n. 8. São Paulo, 2003.

ALLEVA, Piergiovanni. *O rubicão do trabalho subordinado*. Revista LTr, São Paulo: v.73, n 02, fevereiro de 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *A era da informatização e a época da informalização: riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. In: Ricardo Antunes (Org.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. *As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital*. Educ. Soc., Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004.

ARIAS GIBERT, Enrique. *Trabajo autónomo y trabajo dependiente. Fronteras y perspectivas*. Buenos Aires: Errepar, n.195, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BARROS, C. M. *O futuro do trabalho do direito do trabalho*. In: Yone Frediani; Domingos Sávio Zainaghi. (Org.). *Novos rumos do direito do trabalho na América Latina*. São Paulo: LTr, 2003, p. 11-22.

BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Eve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. 1.ed. Madrid: Ediciones Akal, 2002.

BRAVO, Hector. *La importancia de la protección de la relación laboral*. Recuperado en 20 de noviembre de 2011, de <http://www.ucla.edu.ve/dac/investigaci%F3n/compendium8/proteccion.htm>

CANTARD, Albor Angel. *Trabajo a domicilio*. Revista de Derecho Laboral. Año 2003 - 2. Estatutos y otras actividades especiales I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-52002008000100003&script=sci_arttext

CASAS BAAMONDE, María Emilia; DAL-RÉ, Fernando Valdés: *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*. RL, 1989, núm. 7/8, pp. 64, 75 y 80.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CUNHA. Carlos Roberto. *Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

DAL-RÉ, Fernando Valdés. *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%202/202.pdf>

DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho: a intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10.ed. LTr: São Paulo, 2011.

DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso. *La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*. En: Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor de Buen Lozano. México: UNAM, 2003. Págs. 397-414.

DIEHL, Carlos. *Historia económica I*. Tomo I. Editorial El Coloquio: Buenos Aires.

DÍAZ, Viviana. *Teletrabajo: ¿Una forma sofisticada de trabajo a domicilio?, Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Colección Temas de Derecho Laboral. Buenos Aires: Editorial Errepar, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- DUGUIT. León. *Fundamento do direito*. Trad. Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- FERNANDEZ BRIGNONI , Hugo. *Los límites a la protección del trabajo. El concepto de subordinación frente a las nuevas realidades*. En: Gaceta Laboral / Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y de Disciplinas Afines, Año/vol. 007, numero 001, Maracaibo: Ediciones Astro, 2001, p. 5 – 18.
- FERREIRA, José Otávio de Souza. *Modernização econômica, Estado e relações de trabalho no Brasil*. In: Jose Dari Krein, Magda Barros Biavaschi, Eduardo Benedito de Oliveira Zanella y José Otávio de Souza Ferreira (Org.). *As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2006, p.151-171.
- GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- IRANZO, Consuelo; RICHTER, Jacqueline. *Las implicaciones de la subcontratación laboral*. In: *La subcontratación laboral en América Latina: miradas multidimensionales*. Coordinador: Juan Carlos Celis Ospina. 1. ed. Colombia: Escuela Nacional Sindical, 2012, p.39-65.
- JIMÉNEZ, Carlos Róblete. *El objeto del derecho del trabajo y su extensión*. In: Ars Boni et Aequi. Revista Jurídica de La Universidad Bernardo O'Higgins. Número 1, Año 2005. Santiago do Chile,: Alfabeta Artes Gráficas, 2005, p. 171-200.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2005.
- KÖHLER, Holm-Detlev ; ARTILES, Antonio Martín. *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*. 2.ed. Madrid: Delta Publicaciones Universitarias, 2007.
- KWANT, Remy C. *Filosofía del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1967.
- LEWKOWICZS, Ida; GUTIERREZ, Horácio; FLORENTINO, Manolo. *Trabalho compulsório e trabalho livre na história do Brasil*. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p.31 e 32.
- LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. In: Os pensadores. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril, Cultura, 1978.

- MACHADO, José Daniel. *El trabajo deslinde del concepto de dependencia y sus vecinos*. Colección temas de derecho laboral. Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral. Editorial Erepar: Buenos Aires, 2009.
- MAYOR, Antonio Blasco. *Las nuevas formas de organización del trabajo derivadas de la descentralización productiva*. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1054858.
- MANNRICH, Nelson. *Relações de trabalho autônomo e subordinado: proposta para instituir critérios para sua distinção*. In Ivani Contini Bramante e Adriana Calvo (Org.). Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p.151 a 169.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARX, Karl. *Trabajo asalariado y capital*. En *Salario, precio y ganancia/Trabajo asalariado y capital*. Centro de Estudios Socialistas Carlos Marx. Mexico, 2010, p.101/102. Recuperado en 10 de febrero de 2013, de <http://centromarx.org/images/stories/PDF/salario.pdf>.
- MARX, Karl. *O capital*. Trad. Murilo Coelho. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional publico*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008..
- MICHELINI, Dorando J. *Dignidad humana en Kant y Habermas*. Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas – INCIHUSA – CONICET / Mendoza. Vol. 12 nº 1 Julio 2010 / Artículos (41-49).
- MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4.ed. São Paulo: Ltr, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NEFFA, Julio C. *El trabajo humano: contribuciones al estudio de un valor que permanece*. 1.ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.
- NEFFA, Julio Cesar. *Subcontratación, tercerización y precarización del trabajo y el empleo: una visión regulacionista desde la economía del trabajo y el empleo*. In: La subcontratación laboral en América Latina: miradas multidimensionales.

Coordinador: Juan Carlos Celis Ospina. 1. ed. Colombia: Escuela Nacional Sindical, 2012, p.67-95.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. *Da velha parassubordinação ao novo contrato de trabalho a projeto*. Aracaju: Evocati Revista n 16. Abr. 2007. Recuperado en 18 de abril de 2009, de http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=114

PEREIRA PINTO, Juan Carlos. *Los orígenes del capitalismo y las doctrinas económicas*. Editorial Buschi: Buenos Aires, 1973.

PERUGINI, Alejandro H. *Relación de dependencia*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

PIOVESAN, Flavia. *A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana*. In: Temas de direitos humanos. Org Flávia Piovesan. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flavia. *Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos*. Recuperado 16 de febrero de 2013, de http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf

PODETTI, Humberto A. *Los principios del derecho del trabajo*. p.139-154. In Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social. Coordinadores: Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A parassubordinação: aparência X essência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2105, 6 abr. 2009. Recuperado em 21 de abril de 2009, de <http://jus.com.br/revista/texto/12572/a-parassubordinacao-aparencia-x-essencia>

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo, LTR, 2009.

RAPASSI, Rinaldo Guedes. *Subordinação estrutural, terceirização e responsabilidade no Direito do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1738, 4 abr. 2008. Recuperado en 6 de diciembre de 2011, de <http://jus.com.br/revista/texto/11123>

RIFKIN, Jeremy. *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Buenos Aires: Paidós, 1997.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Notas de la dependencia laboral*. In: Revista de Derecho Laboral. Contratación Laboral. Tomo 2005.2. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Edson Bini. 1.ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SINGER, PAUL. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. São Paulo: Contexto, 1998.

SINGER, Paul. *A formação da classe operária*. 5.ed. São Paulo: Atual, 1988.

SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. Trad. Noberto de Paula Lima. 1.ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

SUPIOT, Alain. *Informe final sobre “Las transformaciones del trabajo y los cambios del Derecho del Trabajo en Europa”*. Junio 1998. Recuperado en 02 de febrero de 2013, de http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-informe_final.htm

THOMPSON, E.P. *A formação da classe operária inglesa*. Tradução Renato Busatto Neto, Cláudia Rocha de Almeida. Parte II. 4.ed. Rio de Janeiro: editora Paz e Terra S/A, 2002.

TRINDADE, Rodrigo. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

UGARTE, José Luis. *Relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 30, 2007.

UGARTE CATALDO, Jose Luis. *El nuevo derecho del trabajo*. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito*. Recuperado en 03 de marzo de 2013, de http://xa.yimg.com/kq/groups/21691971/1042918089/name/Terceirizacao_e_Sindicato.pdf

VIANA, Márcio Túlio. *As relações de consumo e a nova competência da Justiça do Trabalho*. In: <http://www.anamatra.org.br/artigos/as-relacoes-de-consumo-e-a-nova-competencia-da-justica-do-trabalho>. Recuperado en 11/09/2013.

VIALARD, Antonio Vázquez. *El trabajo humano*. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. 1. Brasília: Axis Mvndi IBET, 2003.

PAGINAS WEB CONSULTADAS:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>

http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/download/summ_09s.pdf .

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R198>. Consulta en 17/01/2012.

http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_069954/lang--es/index.htm

<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf>

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C081

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C129

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_166405.pdf

http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10131_es.htm.

<http://www.ilo.org/empent/units/cooperatives/lang--es/index.htm>

<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/mostradoc.asp?codigodoc=128365&TipoFonte=Acordaos&MimeType=>

<http://www.trt2.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>

<https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>