



## La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo

*José Luis Ugarte Cataldo*

Abogado, Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Alberto Hurtado, Profesor del Magister en Derecho, Universidad de Chile, Profesor Diplomado en Derecho del Trabajo Pontificia Universidad Católica de Santiago. E-mail: [jlugarte@dt.gob.cl](mailto:jlugarte@dt.gob.cl)

### Resumen

El tantas veces anunciado nuevo mundo del trabajo, que discursivamente se dice que reemplazará al modo clásico de organizar el trabajo conocido como fordismo, producirá importantes efectos en los conceptos básicos sobre los que se ha construido el Derecho del Trabajo, entre otros, en una noción cardinal de esta disciplina: la subordinación jurídica. Tantas veces criticada, y otras defendida, desde sus orígenes esta idea como punto de partida en la construcción del Derecho del trabajo ha despertado una singular polémica: nunca se ha dejado de hablar de la crisis de la subordinación. Las razones de por qué seguirá sobreviviendo a ese ambiente hostil, aun cuando soporte algunos retoques, son explicadas en este artículo.

**Palabras clave:** Subordinación jurídica, derecho del trabajo, trabajo.

## Juridic Subordination and the Challenges of a New Labor World

### Abstract

The often announced new world of labor, that in discourse they say has replaced the classic manner of organizing labor, known as the Fordian model, produces important effects on the basic concepts of those who have constructed labor law, and especially in the cardinal notion of this discipline: juridic subordination. Frequently criticized by some and upheld by others, this idea as to the starting point from which Labor Law is constructed, has generated a singular debate: we have never stopped talking about the crisis of subordination. The reasons why we continue to survive in this hostile climate even when some changes are accepted are explained in this paper.

**Key words:** Juridic subordination, labor law, work.

### 1. La noción de subordinación jurídica y el Derecho del Trabajo

En el origen de la legislación social -antecedente inmediato del Derecho del Trabajo- no aparece nada ni en las normas ni en los que hablan sobre las normas que se llame subordinación o dependencia jurídica. Legislación de emergencia dictada bajo fuertes impulsos políticos, no se construye bajo ninguna racionalidad dogmática, sino como respuesta a las condiciones económicas de miseria a que da lugar la segunda revolución industrial, intentando mejorar a específicos grupos de trabajadores -mujeres, menores o accidentados- que sólo tienen en común la explotación de que son objeto.

En efecto, “en la primera hora del Derecho del Trabajo, la intervención del legislador tiene por finalidad aliviar la situación de explotación de las

clases trabajadoras, y a tal fin, es preocupación secundaria la identificación precisa de una categoría general a la que ligar la acción protectora, la situación económica-social era de suyo suficientemente expresiva sobre los sujetos necesitados de protección” (Pérez de los Cobos, 1993: 32).

¿Cómo llega, en ese escenario, la subordinación a transformarse en la noción cardinal del Derecho del Trabajo?

La respuesta es sencilla: no llega, sino que nace con el Derecho del Trabajo.

Mientras no aparece aquella tampoco existe aquel. Antes de la subordinación existe un dispar grupo de leyes dictadas para proteger a grupos especificados de trabajadores, cuya condición de explotación es tal que resulta evidente su necesidad de tutela. De modo tal que “estas primeras disposi-

ciones de intervención estatal en el campo de las relaciones laborales no considerarán ni siquiera preciso fijar, con el rigor propio de la técnica jurídica, su ámbito subjetivo de aplicación” (Cruz, 1999: 170).

En ese sentido, precisamente, la subordinación jurídica como criterio de calificación de las relaciones de trabajo protegidas por el sistema de protección laboral, cumplió la función fundamental de dotar de autonomía a la naciente legislación social, tanto en el plano normativo como en el dogmático: primero, permitió la unificación de la dispersa normativa de tutela dictada hasta el momento en un sólo continente construido en torno a la dependencia, surgiendo el Derecho del Trabajo como sector especial, y segundo, permitió construir una unidad de reflexión científica distinta al resto de las relaciones de trabajo entre particulares, especialmente las derivadas de los contratos civiles, dotando de autonomía conceptual al estudio de esta nueva normativa, construyéndose de paso el Derecho del Trabajo como ciencia o disciplina de estudio jurídico<sup>1</sup>.

En ese sentido, tanto en el plano normativo, como en el científico, la subordinación jurídica operó como elemento de diferenciación de los conceptos contractuales civiles, permitiendo la construcción de una rama del derecho diferenciada, aunque no separada, del Derecho Civil.

La naciente doctrina podrá “encontrar en la dependencia el elemento que sirva de hilo conductor para la construcción de una nueva disciplina y para construir una categoría general y universal de trabajador, extremadamente amplia, y que desborda y supera la esfera inicial del obrerismo industrial, aunque éste siga siendo mucho tiempo el modelo ideológico de referencia” (Rodríguez-Piñero, 1999:25).

Exitosa operación de reacción doctrinaria, atribuida fundamentalmente a Ludovico Barassi, que será de quiebre y recomposición, de diferenciación pero no, en todo caso, de distanciamiento<sup>2</sup>.

En efecto, la conocida noción de subordinación jurídica ve la luz como parte de una reacción doctrinaria defensiva frente al surgimiento de la corriente conocida como *socialismo jurídico*<sup>3</sup>, que critica radicalmente el em-

1 Cuestión que se ha destacado en la doctrina, señalando que la noción tiene un “valor decisivo sobre el plano científico: la subordinación es el fundamento de la autonomía del Derecho del Trabajo”, constituyéndolo como “un sector específico del ordenamiento jurídico” (D’Antona, 1989: 44).

2 En su obra “El contrato de trabajo en el derecho positivo italiano”, original de 1901.

3 Fundamentalmente alemana, en esta corriente confluirán notables laboristas como Menger o Gierke, que rechazan, entre otras cosas, que el nuevo contrato de servicios (contrato de trabajo) tenga relación con al arrendamiento de servicios de origen romano recogido por los códigos civiles de inspiración francesa, como lo va a defender el citado Barassi.

peñado esfuerzo de la civilística tradicional en incorporar el aún innominado contrato de trabajo en la taxonomía pandectística del contrato de *locatio romano*.

La civilística liberal va intentar, a primera hora, encuadrar la nueva realidad obrera en una reestrenada categoría romana: la *conductio locatio*, distinguiendo entre la *locatio operis* (contrato de obra) y *locatio operarum* (contrato de trabajo), y utilizando como criterio el contenido de la obligación laboral: si se trata de la pura actividad corresponde a un contrato de trabajo, si en cambio se trata de un resultado determinado a un contrato de obra.

La distinción será explicada así: “mientras que lo característico de la *locatio operis* era el dar *aliquid faciendum* del trabajador que se obligaba a la ejecución de una obra, pudiéndose tratar de una cosa material o de un servicio (custodia o transporte de cosas o personas, así como, en particular las *operae liberaes*), la *locatio operarum* se caracterizaba por la disponibilidad de la fuerza de trabajo del trabajador a favor del empleador, es decir, por la actividad laboral en si misma” (Rivas, 2001:20).

La crítica a este esquema conceptual propuesta por los civilistas de fines del siglo XIX, no se hará esperar. Desde un punto de vista dogmático, se señala que la civilística separa al trabajador de su trabajo, cosa esta última objeto del contrato, pero ese artificio llega a una incongruencia evidente: si se trata de un arrendamiento como se explica que “el arrendatario no pueda entrar aquí en posesión de la cosa,

porque no hay remesa material al empleador de la fuerza trabajadora, por no poder destacarla del cuerpo del asalariado” (Supiot, 1999:138).

Desde el punto de vista político, a su turno, el modelo contractual de la *locatio operarum* o arrendamiento de servicios, que construido sobre el horizonte del derecho romano concibe el contrato como un acuerdo entre iguales, expresada en una exigua regulación legal (normas de arrendamiento de servicios de los códigos civiles), no está en condiciones de dar un cauce jurídico idóneo a la nueva realidad de empleo masivo de trabajadores creada por la revolución industrial, de modo que dicha falta de sensibilidad social no le permite cumplir con la función que se requiere de la regulación jurídica del trabajo en el nacimiento del capitalismo: “mediante la promulgación de normas protectoras de los trabajadores, atender a la integración e institucionalización del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital en términos compatibles con la estabilidad del sistema económico establecido” (Palomeque, 1995:17).

En ese sentido, la *locatio conductio* como contrato civil entre iguales se mostrará rápidamente como inconsecuente políticamente hablando para disciplinar el nuevo mundo del trabajo: las nacientes leyes sociales o industriales se basan “en la existencia de un tipo social, el de trabajador asalariado, sujeto, componente de un grupo social, que no podía ser tratado como parte contractual al modo civil, como sujetos contractuales por su falta de poder económico y que necesitaban un

tratamiento jurídico diferenciado del previsto en los Códigos” (Rodríguez-Piñero, 1999:25).

Por lo mismo, parte de la doctrina, especialmente el ya señalado socialismo jurídico alemán, comenzará a sostener que en el contrato de arrendamiento de servicios se advierten semejanzas y “aun restos de vínculo de estilo servil”, cuestionando derechamente si “será en realidad o no una situación de contrato”<sup>4</sup>.

Se dirá, por el mismo autor que “una legislación jurídico-privada que tenga presente su misión social debe justamente aspirar a una protección material de las capas sociales, amenazadas con la libertad de los contratos contra el empuje de la prepotencia económica”, y que parece “inconcebible que en esto permanezcamos ateni-dos perpetuamente al esquema de arrendamiento de servicios, formado según el modelo del arrendamiento de cosas y que tiene su raíces en la esclavitud romana”.

La insuficiencia de las categorías civiles de actividad/resultado propias del esquema de arrendamiento de servicios, para explicar el contrato de trabajo, no sólo será detectada por parte de la doctrina, sino que también será patente para los propios operadores del derecho que rápidamente comenzarán a utilizar como elemento de diferencia a la subordinación jurídica. La jurisprudencia europea de fines

del siglo XIX, “innovará en el debate, en el sentido de tomar distancia de la concepción que entiende el contrato de trabajo solamente como un libre acuerdo de voluntades”, de modo que “el concepto de subordinación del trabajador deviene en elemento peculiar de la relación” (Pino, 1989:33).

De esta manera la jurisprudencia judicial vendrá a “redimensionar la distinción entre obligación de medio y de resultado”, desde la constatación de que no puede revestir más interés para la calificación jurídica, el hecho que el trabajador haya comprometido una mera actividad por sobre un resultado final, “cuanto el hecho de que la actividad, cualquiera que sea, venga prestada en una posición de subordinación respecto de quien es propietario de la empresa, y en cuanto tal puede organizarla y dirigirla a su voluntad” (Pino, 1989:33).

## **2. La huella de Barassi: la colonización del nuevo Derecho del Trabajo**

En ese escenario de impugnación tanto científica como operativa a las categorías jurídicas del civilismo frente a la nueva realidad del trabajo industrial, la reacción y defensa vendrá, como adelantamos, fundamentalmente de Barassi: la idea será diferenciar el nuevo derecho del Derecho Civil, pero no separarlo. Distintos, pero no distantes.

4 Gierke, en Baylos, 1991: 23.

Diferenciado, en cuanto, la relación objeto de la regulación normativa va a ser descuajada del resto de las relaciones de intercambio de trabajo por dinero reguladas por la normativa civil, ya no en base a la inicial y débil distinción entre obligación de actividad (contrato de trabajo) y de resultado (contrato civil) esbozada por la primera doctrina civil, dentro de la tradición romana de la *locatio conductio*, sino por un nuevo elemento protagónico: la subordinación o dependencia jurídica.

Pero no separado. El nuevo contrato de trabajo, y por ende, la regulación que lo acompañe, responde al esquema conceptual del derecho civil de tradición romana: hay contrato como acuerdo libre de voluntades, hay capacidad contractual, hay derechos y obligaciones derivadas de la autonomía individual, etc. Como dirá tajantemente Barassi: “el contrato de trabajo en su esencia, en su construcción jurídica, no ha sufrido ninguna modificación como consecuencia de los nuevos elementos que se han agregado al viejo tronco romanístico: el actual contrato de trabajo en cuanto relación entre el trabajador libre y quien del trabajo quiere sacar provecho, es hoy en su estructura íntima lo que era ayer, lo que era hace dos mil años”<sup>5</sup>.

El resultado es la colonización del Derecho del Trabajo por el Derecho

Civil: el contrato de trabajo es un contrato de derecho privado, de los que ya conocían los romanos, y su escasa novedad es la dependencia o subordinación como elemento central. La regulación de este contrato, entonces, es una rama especial del derecho privado, que no responde a ninguna clase social determinada, y que no da lugar, por supuesto, a ningún nuevo derecho cualitativamente distinto del que ya se conocía<sup>6</sup>.

De ese modo, como destaca Ghera, “la noción de subordinación o dependencia, en la que Barassi, al principio de este siglo reconoció el criterio de calificación de la *especie fáctica* del contrato de trabajo dependiente será portadora de una precisa valencia de política del derecho: Barassi recurrió a ella en abierta polémica con los escritores del llamado socialismo jurídico los cuales defendían (al menos, le parecía a él) la identificación entre *especie fáctica* del contrato de trabajo y pertenencia a la clase obrera. Y en efecto la polémica de Barassi está dirigida contra la identificación entre contrato de trabajo y trabajo industrial y, más allá de esto, entre legislación del trabajo y derecho de clase” (Ghera, 1989: 49).

Se logra a fin de cuentas, subordinación mediante, una síntesis dogmática y política perfecta: por una parte, se inserta dentro del esquema locati-

5 Barassi, L. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milan-Napoles, 1915, p XXI.

6 El objetivo de BARASSI, según la doctrina italiana, “no solo era una cuestión de hegemonía jurídico cultural del derecho civil, sino también para no conceder aquel espacio académico propio que, con el desarrollo autónomo del derecho operario, este comenzaba a crearse” (Pino, 1989:40).

vo civil la nueva figura del contrato de trabajo, colonizando el nuevo derecho a la tradición civilista dominante, lejos de la idea de un derecho social de clase, con espíritu obrero, y se otorga, por otra, un cauce jurídico formal mediante la creación de la figura normativa del trabajador dependiente, a la nueva y cada vez más abundante legislación de protección social.

En ese sentido, la operación política-dogmática de la doctrina dirigida a poner en el centro de la legislación laboral a la noción de subordinación o dependencia jurídica, puede ser explicada como el tránsito de una figura social de referencia -la del obrero de inicios del industrialismo "que ha tenido la desgracia de no nacer propietario" (Romagnoli, 1980:15)- a la construcción de una figura normativa neutral que opera como condición para la aplicación del conjunto de protección prevista por las normas laborales (el que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación según el artículo 3 del Código del Trabajo de Chile).

Esto es, el tránsito de una operación de recorte y selección en la realidad de una figura con ciertos rasgos económicos y sociales, a una operación de construcción y configuración de una figura normativa que reflejara en el plano jurídico dichos rasgos sociales y económicos, surgiendo del tipo social de trabajador industrial explotado de fines del siglo XIX la figura jurídica del trabajador subordinado del siglo XX. La razón política y económica de toda esta construcción es sencilla: el trabajo en la fábrica moderna "exigía movilizar en lo sucesivo un ejército in-

dustrial" para lo cual será fundamental "el modelo militar de la subordinación" (Supiot, 2004:16).

En ese sentido, "el concepto de trabajador trató inicialmente de basarse en un equilibrio dinámico entre la figura social típica, la de un individuo subprotegido social y económicamente, y una construcción jurídica, por encima de esos rasgos sociales como prototipo normativo unitario de trabajo dependiente" (Rodríguez-Piñero, 1999:24).

El tránsito descrito, permitirá pasar del dato sociológico de un trabajador en condiciones de hipo-suficiencia económica y social, borrándose de paso cualquier huella de clase que pudiera quedar en el proceso, a un concepto jurídico-formal construido sobre un dato técnico: cómo se trabaja. Así, se dirá que "la construcción de una figura aséptica y neutra del trabajador, despojada de datos de clase, de tipo de trabajo, de sector industrial o agrícola, etc., permitirá a los propugnadores de un tratamiento jurídico diferenciado, encontrar en la dependencia el elemento que sirva de hilo conductor para la construcción de la nueva disciplina y para construir una categoría general y universal de trabajador, extremadamente amplia" (Rodríguez-Piñero, 1999:25).

En esas condiciones, la subordinación responderá a una pregunta de una fuerte tintura socio económica, como aquella de acerca de quien necesita protección social, con una respuesta técnica-formal de que todo depende de cómo y en qué condiciones se trabaja.

Se dirá, entonces, que la subordinación será "separada de su matriz sociológica (expresada en las nociones

de proletario, contratante débil, etc.) y objetivizada por el análisis jurídico formal en un dato técnico- funcional, en un modo de ser de la actividad convenida en el contrato, con indiferencia de la condición social del que la presta” (Mengoni, 1986:8), produciéndose lo que un autor, con algo de ironía, llamo *el efecto barassi*, esto es, la creencia muy sólida en nuestra tradición jurídica de “ver el quien del derecho laboral, es decir el sujeto protegido, mirando al cómo de la prestación deducida en el contrato de trabajo subordinado” (D’antona, 1989:66).

El *efecto barassi*, esto es, la identificación del necesitado con la del subordinado, producirá una situación paradójica: por una parte, permitirá el robustecimiento del Derecho Laboral por su tendencia expansiva a todas aquellas actividades prestadas en condiciones de dependencia, dejando de ser “el derecho de los obreros o de los empleados para convertirse en el Derecho común de toda relación laboral”<sup>7</sup>, con prescindencia de la condición socio económica de los protegidos, pero por otra, y al mismo tiempo, “el prototipo normativo acabará marginando el tipo social” (Rodríguez- Piñero, 1999:24), lo que resultará en una *escasa selectividad social* del concepto, que por dar prioridad al dato de la forma jurídica por sobre el fondo social, terminará diluyéndose en una protección extendida a quienes no la

necesitan, sufriendo lo que con agudeza será llamado “precoz estrabismo del derecho laboral que ha llevado a otorgar tutela a quien no la necesita y a negarla a quien en su lugar la requiere” (Ghezzi, 1984:23).

En efecto, de modo inverso a la pérdida de selectividad social en la protección, se profundizará en términos equivalentes al aumento de la centralidad de la noción de dependencia o subordinación jurídica en el escenario del Derecho Laboral. Cuestión que será ampliamente denotada hasta nuestros días: “la distensión del vínculo entre subordinación y trabajo por cuenta ajena ha permitido a trabajadores que gozan de gran autonomía (directivos de empresa, por ejemplo) hacerse con protecciones propias del Derecho del Trabajo, mientras que los trabajadores más débiles se ven por el contrario privados de la totalidad o de parte de esta protección a causa de la precarización de su empleo”.<sup>8</sup> De este modo, como señala Javillier, “el fenómeno de la extensión no coincide con el de la proletarización. Al contrario, las nuevas capas asalariadas pertenecen a menudo a un nivel elevado. Si el dominio del Derecho del Trabajo se extiende, es precisamente porque se aplica a nuevas categorías (cuadros y técnicos) y a capas sociales muy alejadas del proletariado del siglo XIX, que tienen sus propias preocupaciones y reivindicaciones” (Javillier, 1982:18).

7 Informe Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Tirant lo blanch, España, 1999, p 50.

8 Informe Trabajo y Empleo, p 50.

### **3. La subordinación jurídica en la aplicación del Derecho del Trabajo**

La figura normativa a la que nos hemos referido en los párrafos anteriores, creada a partir de un tipo social determinado, está destinada, paradójicamente, mediante lo que suele llamarse operación de calificación jurídica, a volver a la realidad de la que fue obtenida: su función es la de servir para discriminar en los hechos quién debe recibir protección.

Algo de circular hay en todo esto: de los hechos se obtiene, mediante una tarea de inducción de ciertos rasgos socio- económicos del prestador, en el plano de la creación del derecho, una figura normativa típica, la que está destinada, ahora en el plano de la aplicación del derecho, a retornar a la realidad como filtro de calificación.

En el primer caso, el paso de la figura social protegida y la construcción de la figura normativa corresponde a un problema de política jurídica, respondiendo quienes deben ser protegidos por la legislación laboral, pero en el segundo, el paso de la figura normativa a los hechos corresponde a un problema de aplicación operativa del derecho, que responde a quienes van a ser protegidos efectivamente en el plano de la realidad.

En ese sentido, es posible distinguir, entonces, dos problemas distintos, aunque relacionados, en la discusión acerca de la subordinación jurídica: el de la elección del grupo o colectivo de personas que requieren la protección laboral, conocido como *el debate de las fronteras del Derecho del Tra-*

*bajo*, y el de cómo se va operar, una vez escogido algún colectivo, para llegar efectivamente a proteger a ese colectivo, tema del *método de aplicación* del criterio elegido.

#### **3.1. El debate de las fronteras: la supervivencia de la subordinación**

El debate de las fronteras del Derecho del Trabajo esta relacionado con la elección del colectivo protegido, cuestión relacionada con la decisión política acerca del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo (la decisión acerca de a quienes se va a proteger socialmente), y que hasta el momento sigue teniendo, en Chile y en buena parte del mundo, como único actor relevante a la subordinación jurídica ordenamiento del trabajo dependiente<sup>9</sup>.

Terreno especialmente fértil para las elucubraciones doctrinales, las propuestas no son uniformes, y van desde utilizar como nuevo criterio de configuración del Derecho del Trabajo, a la noción de dependencia económica<sup>10</sup>, pasando por la noción de actividad productiva<sup>11</sup>, hasta dar con la protección de todas las profesiones, sean asalariadas o no, dentro de un derecho social de círculos concéntricos<sup>12</sup>.

El mínimo común denominador de todas las propuestas es la extensión de la protección laboral, mediante la "configuración de un Derecho común del trabajo, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que proporciona su articulación jurídica: el tradicional trabajo subordinado a través del contrato de trabajo, el trabajo subordinado económicamente

dependiente y el trabajo independiente o autónomo” (Palomeque, 2000: 239).

Unidos por el rechazo a la centralidad de la subordinación, estas propuestas van a buscar salir de la supuesta crisis de aquella por distintas maneras, aunque todas aprovechando de la mala prensa que la subordinación ha venido sufrido en los últimos años<sup>13</sup>.

Precisamente, como forma de enfrentar la falta de sensibilidad social denunciada en el último tiempo respecto de la subordinación jurídica como criterio de fijación de los límites del Derecho del Trabajo, al confundir el hecho material de la necesidad con el hecho formal de la dependencia jurídica, según ya explicamos en líneas anteriores, una de las propuestas que ha gozado de mayor reconocimiento

- 9 Como señala Montoya, en relación a la subordinación en el caso español, “la sustancia del concepto permanece invariable desde la antigua propuesta del Proyecto de Código Civil de 1821 (“el superior tiene derecho a la dirección del trabajo” art 462; “el dependiente debe respeto y subordinación al superior” art. 467), hasta la fórmula, anticipada por una larga evolución jurisprudencial, del vigente artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor esta ley se aplica a “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Entre ambas redacciones media nada menos que toda la historia (y algo de prehistoria) de nuestro Derecho del Trabajo; un Derecho que se concibió y sigue concibiéndose -expresiones doctrinales y jurisprudenciales aparte- como regulador del trabajo subordinado” (Montoya, 1998: 713).
- 10 La tesis de la dependencia económica ha sido defendida en el caso europeo, según el informe Supiot, por Rolf Wank, para quien la necesidad de protección de parte de la ley laboral no está vinculada al hecho de recibir ordenes, sino al hecho de depender económicamente de otro.
- 11 Alternativa planteada en el marco del llamado Informe Boissonat, en Francia en 1995, referido al denominado contrato de actividad como nueva categoría contractual que garantice un piso mínimo de sustento social tanto en periodos de actividad dependiente como en otros momentos de la trayectoria laboral como el trabajo independiente, la capacitación o las obligaciones cívicas. Una explicación de la propuesta en Boissonat (1996).
- 12 La llamativa y conceptual proposición corresponde al Informe de Trabajo y Empleo de Europa, llamado también Informe Supiot, que referido a lo que llama Derecho Social comprende cuatro círculos concéntricos entre los que se reparte la protección jurídica: desde los derechos más universales (primer y segundo círculos), pasando los por los derechos de la actividad profesional (tercer círculo), hasta los derechos laborales propios de los asalariados (cuarto círculo). Informe Trabajo y Empleo, p 97.
- 13 La mala prensa de la subordinación no es en absoluta nueva. En España desde antiguo se destacó la tiranía que ejercía el concepto de dependencia “en nuestra disciplina, retrasando su progreso científico, anquilosándola, reduciendo su ámbito, proletarizándola y colocándola de espaldas a la realidad” (Bayon Chacón, 1961:30). En

académico es la de la denominada *dependencia económica* (Rivas, 2001:58).

Esta propuesta pareciera tener pleno sentido: se protegerá por las normas laborales a quien esté en situación de necesidad o debilidad económica, con prescindencia de si los servicios se prestan bajo un régimen de subordinación o de autonomía jurídica formal. De este modo, el Derecho Laboral protegerá exactamente a quienes lo necesitan: los que trabajan en situación de debilidad económica y social.

A pesar de que se trata de una idea atractiva, tanto política como estéticamente hablando, el posible reemplazo de la subordinación jurídica por la noción de dependencia económica no tiene, en el estado actual de las cosas, viabilidad alguna.

¿Por qué tanta confianza en la salud futura de la subordinación jurídica?

La razón de por qué persistirá lo que se ha dado en llamar la *mala salud de hierro* de la subordinación en materia de calificación laboral serán las mismas que, precisamente, en el pasado hicieron de este criterio el único relevante, aún en casos en que la ley o la doctrina exigían la concurrencia de otros elementos, como, por ejemplo, la ajenidad.

Tal como señalamos en otra oportunidad (Ugarte, 2001), la razón de su dominio en el pasado, y de su más que anunciada persistencia en el futuro, aún ante la nueva fase de expansión

del Derecho del Trabajo y cualquiera sea su configuración (unitario, gradual o poliforme) o denominación (moderno, posmoderno o flexible), consiste simplemente en que el criterio de la subordinación se encuentra dotado de mejores *cualidades vitales* con miras a cumplir la función de calificación jurídico laboral.

Esta virtualidad no ha pasado desapercibida por la doctrina laboral, que ha reconocido ampliamente las cualidades de la subordinación o dependencia jurídica, sosteniendo que “a lo largo de su amplia andadura histórica, la noción de dependencia ha demostrado poseer una extraordinaria capacidad de adaptación a la diversidad de perfiles bajo los cuales comparece en la realidad el fenómeno económico y social de trabajo asalariado” (Sanguinetti, 1999:53).

Sin embargo, a nuestro juicio, la doctrina sólo ha esbozado las razones de por qué la subordinación, pese a los persistentes intentos por reemplazarla, ha seguido siendo, especialmente para los operadores del derecho, la llave de acceso al mundo tuitivo del Derecho del Trabajo.

Por ello, sigue siendo pertinente insistir en preguntarse: ¿cuáles son esas mejores cualidades vitales de la subordinación jurídica?

No se trata, a nuestro juicio, de cualidades abstractas ni conceptuales, sin una razón básicamente operativa:

este mismo artículo es posible revisar un detallado y apretado resumen bibliográfico del vivo conflicto en torno a la subordinación en la doctrina europea e iberoamericana de la primera mitad del siglo XX.

la subordinación es un criterio que cumple su función de mejor manera que cualquier otro, ya que logra la mejor combinación entre eficacia y eficiencia.

### **3.1.2. La subordinación jurídica v/s dependencia económica: la eficacia y la eficiencia**

¿Qué tiene que ver en esta materia la eficacia y la eficiencia?

Según han apuntado diversos autores, entre ellos Atienza (1989) y Calsamiglia (1989), la ley y el derecho en general, deben responder a ciertos modelos de racionalidad, entre los cuales, además de la ética (perseguir fines valiosos) y la formal (coherencia dentro del sistema jurídico), se encuentra la racionalidad pragmática, entendida como el logro efectivo de los objetivos o fines de una norma jurídica (eficacia), y al menor costo posible (eficiencia).

Precisamente, el éxito de la subordinación se explica porque dicho criterio importa la mejor racionalidad pragmática en la tarea de la calificación jurídica de las relaciones laborales.

La racionalidad pragmática que se le exige a la comunidad jurídica laboral en su conjunto (legislador, jueces, juristas), y no sólo a la ley, en la calificación de las relaciones laborales y por tanto en el modo de acceder al propio Derecho del Trabajo, importa, por una parte, lograr efectivamente el objetivo de proteger a quienes se buscaba tutelar al disponer de una normativa laboral (eficacia), y, por otra, que lo anterior se consiga al menor costo posible (eficiencia).

En otras palabras, el Derecho del Trabajo ha decidido proteger a determinadas personas (un colectivo tutelado), fijando así lo que podríamos denominar su radio de protección, pero queda saber cómo va a lograr dar operatividad a dicha selección. Para pasar de esa elección política abstracta de un colectivo (el de los trabajadores asalariados), a poner en marcha la protección concreta de los *elegidos*, el Derecho del Trabajo debe seleccionar un criterio que tenga dos cualidades desde el punto de vista de la racionalidad pragmática: la eficacia y la eficiencia.

La eficacia, por una parte, dice relación con que el criterio elegido permita proteger del modo más exacto posible a los *acreedores de la tuición*, esto es, que con su utilización el número real de protegidos sea el mayor posible del colectivo ideal elegido. En este caso, si en el Derecho del Trabajo el colectivo ideal protegido es el de los sujetos que prestan servicios asalariados en condiciones de sujeción económica, entonces, el criterio de calificación será eficaz si el mayor número de sujetos en dichas condiciones está efectivamente protegido.

Desde la pura perspectiva de la eficacia, no cabe duda que el *mejor criterio posible* de calificación jurídica de las relaciones laborales corresponde al denominado de dependencia económica, ya que precisamente, como lo acabamos de señalar, el colectivo tutelado desde el inicio del derecho del trabajo corresponde a quienes prestan servicios para otros a resulta del intercambio de trabajo por dinero,

propio de la producción capitalista, y que requieren protección precisamente por estar en situación de indefensión económica (de contratante débil) frente al dueño del capital.

Dicho en otras palabras, la dependencia económica es el criterio más eficaz del que puede disponer el Derecho del Trabajo para fijar los límites de su esfera de protección, y permitiría que exactamente lo que se quiso proteger en su momento con este nuevo orden jurídico-tuitivo resulte en los hechos lo efectivamente protegido.

Ahora, si eso es así, como se explicaría, entonces, que la subordinación triunfe como criterio calificador de las relaciones laborales frente a la dependencia económica, cuando ésta, como acabamos de sostener, parece más eficaz para dicha tarea, e incluso, permitiendo evitar, de paso, las desagradables y políticamente incorrectas consecuencias del *estrabismo social* de la subordinación: dejar afuera a quienes sí necesitan protección (los dependientes económicos), y dejar adentro a quienes no la requieren (altos cargos).

La cuestión pasa por el segundo de los aspectos señalados: la eficiencia. En efecto, no basta que el criterio de calificación, en este caso la dependencia económica, sea eficaz en los términos arriba explicados, sino que, además, debe ser eficiente, esto es, debe cumplir con su tarea con el menor costo económico posible.

Y precisamente ahí radica la flaqueza de la dependencia económica, porque lo que gana en eficacia lo pierde en eficiencia, ya que el costo de su puesta en práctica es demasiado alto,

dicho en otras palabras, demasiado caro.

El éxito de la subordinación jurídica por sobre la dependencia económica, no proviene ni de que haya tenido mejores defensores académicos, ni que haya convencido a mayor número de laboristas de sus cualidades; sino porque ha dominado la elección de quienes tienen a su cargo la aplicación práctica del Derecho del Trabajo.

Y la elección de estos operadores del derecho, especialmente de los jueces, de la subordinación jurídica como criterio casi exclusivo de calificación laboral se explica por ser más eficiente que cualquiera de sus potenciales rivales, especialmente la ajenidad o la dependencia económica.

¿Por qué la subordinación jurídica sería más eficiente que el resto de los criterios en competencia, ya sea el antiguo de ajenidad o el actual de la dependencia económica?

La calificación de la laboralidad toma relevancia en hipótesis de conflicto ante los jueces, quienes deben decidir si una determinada relación es o no laboral, para lo cual deben echar mano de los criterios que la ley y la doctrina hayan elaborado al respecto, pero a diferencia del legislador y de los juristas, los aplicadores del derecho deben producir soluciones concretas en periodos de tiempo más o menos determinado, de modo tal, que su tarea no sólo es resolver un conflicto aplicando la ley, sino que hacerlo al menor costo posible.

En dicho sentido, mientras a la doctrina se le evalúa por su capacidad descriptiva del derecho, al aplicador

de derecho por la calidad, pero también por la cantidad de soluciones concretas a problemas o litigios entre partes. Así, mientras la doctrina puede darse el lujo de discutir largamente desde las alturas del análisis lógico cuál es el criterio que permite identificar la verdadera naturaleza de la relación laboral, los jueces deben decidir la mayor cantidad posible de casos en el menor tiempo posible, lo que impone una exigencia de maximizar la actividad jurisdiccional en la resolución de los litigios laborales.

¿Qué significa maximizar en este contexto? Maximizar es decidir el mayor número de casos o litigios con el menor uso de los recursos y de la energía del sistema judicial, lo que se expresará en el mayor número de decisiones (aceptables jurídicamente) dentro del menor tiempo posible.

En ese objetivo de maximizar, que por supuesto no se expresa en ningún fundamento de ninguna sentencia, sino que deriva de las exigencias institucionales que la sociedad dirige a la judicatura, de los criterios de calificación sobre los que la doctrina ha discutido latamente, la subordinación jurídica produce un mejor resultado, dicho en concordancia con lo anterior, permite mayor número de decisiones aceptables con el menor costo posible, en términos de tiempo y energía judicial aplicada.

¿Por qué es más eficiente la subordinación jurídica que la dependencia económica?

Sin entrar en detalles de ambos criterios, la dependencia económica implica una noción de signos muy difusas, de contornos muy imprecisos, que

se traduce en un sistema de indicios complejo, que requiere de mucha más actividad por los tribunales para su determinación, que la subordinación. Esta última, en cambio, es una noción abstracta (diseñada genéricamente), y formal (que no atiende a la situación material de las partes sino a su posición jurídica), que se expresa, en su versión dominante, como veremos en páginas siguientes, en un sistema de indicios que en la inmensa mayoría de los casos es simple, comprendiendo todas aquellas manifestaciones paradigmáticas del ejercicio del poder jurídico de una parte con respecto a otra (cumplimiento de jornada, recepción de instrucciones, cumplimiento de horario, etc.), y que incluso se ve tremendamente facilitada por la existencia en la mayor parte de los casos de un documento formal como el contrato de trabajo, que da cuenta de manera indubitada de una relación de subordinación jurídica.

La simpleza del sistema indiciario, que es la base de la eficiencia de la subordinación, tiene su explicación en el tipo de noción que de esta se ha manejado en Chile, como en buena parte de los países occidentales. Tal como explicamos más adelante, la noción física de la subordinación, dominante en nuestra cultura jurídica durante todo el siglo XX, se traduce en un sistema de indicios constituido fundamentalmente por signos externos y materiales, que son fácilmente perceptibles por quien deba calificar la relación, y que no requieren de una interpretación cualitativa de ninguna naturaleza, que básicamente se acopian de modo tal que, reunidos en un número

suficiente, justifican sin mayor reproche -en forma simple y lineal- la calificación de laboral del respectivo caso.

En cambio, ¿cómo puede darse por acreditado que una persona tiene una dependencia económica de otra? Ya no bastan signos externos de orden material, es necesario interpretar cualitativamente la información proveniente de diversas fuentes: se necesitara más que de algún balance, un estudio financiero, informes de gestores, auditores, información sobre el mercado sobre el que opera el trabajador, etc.

De esta manera, para la sociedad, representada en los órganos de aplicación del derecho, la dependencia económica como criterio para calificar la existencia de una relación e imputar sobre ellas el bloque de protección contenido en el Derecho del Trabajo, logra un resultado similar que la subordinación, pero de manera más costosa por lo complejo de su sistema indiciario, importando un mayor despilfarro de recursos, atendido el nivel de energía y de actividad jurisdiccional que habría que destinar para dar por acreditada la dependencia económica y poder decidir un conflicto de orden laboral<sup>14</sup>.

En ese sentido, aunque las normas del Derecho Laboral consagren una definición de relación laboral que exija la concurrencia copulativa de los elementos de subordinación y de ajenidad, y aunque la dogmática laboral elabore acabadas propuestas (ahora bajo el nombre de la dependencia económica) sobre cuál es el criterio que da cuenta de la *verdadera naturaleza* de relación de trabajo, una explicación bastante plausible de por qué la realidad concreta y judicial del derecho del trabajo ha consagrado a la subordinación jurídica como criterio único y casi excluyente, sin avisarse ningún cambio en el futuro, pasa por atender el carácter racional de los órganos aplicadores de derecho, especialmente los jueces, que optan decididamente por maximizar sus resultados al menor costo posible.

Lo realmente importante es que la elasticidad de la subordinación, o sea la incorporación de nuevas situaciones no previstas inicialmente al edificio tuitivo del Derecho del Trabajo, se produce a bajo costo, de manera eficiente, sin excesivos gastos de los recursos del sistema jurisdiccional en

14 Salvo que se construya la noción de dependencia económica como un concepto con límites claros y cerrados, evitando la necesidad de un sistema indiciario, como por ejemplo, entender por dependiente económico a aquel cuyos ingresos financieros mensuales dependen de otro y equivalen a un porcentaje determinado (100 o 80 por ciento) de sus ingresos económicos totales. Ahora una solución de esta radicalidad tiene claras desventajas: no solucionaría el problema del desenfoque de la protección: queda la duda si todos los que cumplen con el porcentaje necesitan en realidad protección social y a la inversa todos los que quedan fuera no la requieren.

general, en razón de lo ya explicado: lo simple, y por ende barato, de su sistema indiciario<sup>15</sup>.

¿Qué ocurrirá en el futuro con la subordinación jurídica?

Nada impide que a futuro el cambio de las formas de organizar las empresas y de trabajar sea de tal calado que la simpleza del sistema indiciario de la subordinación se traduzca en una frustración mayor: de que queden protegidos cada vez menos personas porque no se ajustan al molde indiciario tradicional, basado, como señalaremos a continuación, en una noción física de la subordinación.

En dicho caso, la subordinación habrá perdido demasiada eficacia, y la eficiencia que hasta aquí le ha permitido sobrevivir, no podrá compensar esa pérdida. En ese momento, quizás, comience el final de la subordinación como la hemos conocido hasta ahora, dando paso a la dependencia económica,

la ajenidad o, incluso, a una nueva noción de la subordinación, menos física y más funcional, como lo proponemos al final de este capítulo.

Mientras tanto, no parece haber mayores dudas: “el trabajo dependiente ha sido, es y seguirá siendo (hasta donde valen los pronósticos razonables) el ámbito típico y más importante regulado por el Derecho del Trabajo. Para la delimitación de éste continuará siendo de máximo valor la categoría jurídica de dependencia” (Montoya, 1998:723).

### **3.2. El problema del método de aplicación de la subordinación jurídica: subsuntivo o tipológico**

Elegida la subordinación, entonces, y hasta nuevas noticias, el problema fundamental será cómo se efectúa el tránsito desde el colectivo elegido (los trabajadores en dependencia jurídica) a los supuestos de hecho que en el terreno exigen protección, pasando

15 Nuestra explicación sobre la mejor combinación eficacia y eficiencia ha sido criticada por Goldin, para quien las cualidades de la subordinación sólo se mantienen en cuanto este criterio reciba una aplicación periférica: “la técnica del haz de indicios, apta para dar respuestas marginales en los denominados casos grises -de incidencia proporcionalmente poco significativa- hubiera hecho evidente su inviabilidad en términos de eficiencia y eficacia si la realidad hubiera reclamado su sistemática puesta a prueba”. Y como, agrega, “en función de las profundas transformaciones en curso, aquel proceso de calificación simple, evidente y casi intuitivo va perdiendo su histórica prevalencia; la necesidad de explorar las fronteras de la dependencia se torna más y más habitual y la técnica de haz de indicios revela -en función de su creciente utilización- su congénita debilidad” (Goldin, 2003:33). En rigor, cualquier criterio alternativo, como por ejemplo la dependencia económica, puede ser objeto del mismo reproche de Goldin: mientras más se use menor es su eficacia y eficiencia, de modo que el problema se presenta con cualquier otro criterio. En rigor, aun frente a un escenario de cambios, donde se supone que van a existir muchos más casos grises, cuestión tampoco suficientemente acreditada en la literatura, la subordinación seguirá siendo más eficiente que las propuestas que hasta ahora se conocen.

de una noción jurídica formal de subordinación a la decisión de aplicación del derecho, tanto en el ámbito judicial como administrativo, para proteger a colectivos concretos y determinados.

¿Cómo se ha operado en esta materia por el Derecho del Trabajo?

La aplicación del criterio elegido de la subordinación ha generado, también y a su turno, una encendida discusión sobre cuál debe ser la metodología de aplicación del citado criterio de calificación, debate que, por lo demás, no ha tenido ningún registro en Chile<sup>16</sup>.

La discusión, en términos sencillos, ha girado en torno a la disputa entre el binomio **método subsuntivo/ método hipológico**<sup>17</sup>.

El primero, opera a través de un concepto jurídico de la subordinación, construido mediante una definición que describe en forma exhaustiva los elementos necesarios e imprescindibles para la verificación de dicho concepto, lo que conduce a la comparación por la vía de un juicio de identidad entre la figura normativa y el caso concreto.

Esto es, la estricta identidad entre figura normativa y caso concreto, significa la calificación de relación laboral protegida a este último, y por ende, la imputación de todas las normas de tutela propias del Derecho Laboral, y

a la inversa, la más mínima discordancia entre figura normativa y caso concreto, importa rechazar la señalada calificación, y en consecuencia, la expulsión del ámbito de la ley laboral del caso concreto planteado.

La razón: en el método subsuntivo la subordinación está definida por uno o más elementos enumerados exhaustivamente, y considerados por el legislador o el juez o quien corresponda, como esenciales, de modo tal que la ausencia de a lo menos uno de ellos importará necesariamente la no aplicación del concepto-definición de subordinación.

Por ello, “la calificación se realiza mediante la comparación analítica de los elementos contenidos en la definición y de los que están presentes en el caso concreto” (Rivas, 2001:180), bajo un juicio de identidad plena.

Así, un buen ejemplo de lo anterior, y en un caso que no representa la línea mayoritaria en Chile, la Corte Suprema utiliza este método subsuntivo de aplicación del concepto de subordinación, señalando que:

“Para determinar la concurrencia o no de este esencial elemento, la jurisprudencia ha sostenido que el vínculo de subordinación o dependencia se manifiesta a través de diversas circunstancias, el cumplimiento de horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de sus funciones, la obligación de ceñir-

16 Discusión metodológica especialmente intensa en ciertos países, como Italia, de baja intensidad en otros, como España, y prácticamente inexistente en otros, como Chile.

17 En plano de la teoría del derecho, la distinción concepto vs. tipo esta plenamente acreditada (Larenz, 1994:202).

se a instrucciones la obligación de mantenerse a disposición de éste, etc., elementos éstos que son copulativos, lo cual significa que para que estemos en presencia de un contrato de trabajo deben concurrir todos ellos. En otros términos, bastará la ausencia de uno para determinar la inexistencia de una relación laboral, lo cual implicará sustraer la relación jurídica de que se trate de la aplicación del Derecho del Trabajo” (Corte Suprema, rol N° 3524, 05.12.91).

El método tipológico, en cambio, entiende a la subordinación como un tipo normativo, que describe de modo abierto y aproximado una determinada condición que debe ser correspondida por los hechos a ser calificados, a través de un juicio de semejanza entre el tipo normativo y el caso fáctico. A este método corresponde, sin duda, la operación del criterio de subordinación jurídica por la vía de un sistema de indicios abierto y elástico, que no exige la concurrencia de todos y cada uno de los indicios, sino de un número suficiente que permita el aplicador del derecho sostener esa correspondencia.

De este modo, se construye en las normas jurídicas un tipo que describe aproximadamente el colectivo protegido, en este caso, el tipo corresponde al del trabajador en condiciones de dependencia en el plano jurídico, y que debe ser utilizado para calificar las situaciones de hecho, no por la vía de la identidad plena entre ese tipo y el caso concreto a calificar, sino por una comparación menos intensa, y más benigna, como es un juicio de semejanza.

En ese sentido, porque “el tipo normativo es una estructura abierta y no una definición conceptual precisa, la calificación del caso concreto de subordinación no se efectúa mediante un juicio subsuntivo, sino mediante un juicio de aproximación de la especie concreta respecto del tipo normativo” (Mengoni, 1986:15).

La doctrina ha destacado, en una cita que podría ser perfectamente hecha en Chile, que la jurisprudencia en la calificación de las relaciones laborales se ha movido “decididamente más cercana a un juicio de semejanza a un modelo de trabajador reconstruido empíricamente, que a un juicio de subsunción a una *especie fáctica* legal”. De este modo, “bajo el manto de venerables conceptos, en realidad, el procedimiento de calificación de la relación de trabajo subordinado (y de discriminación del mismo de otras figuras contractuales) procede pragmáticamente por vía de indicios: es trabajador subordinado quien por indicios demuestra ser utilizado como un típico trabajador subordinado. No se requiere la identidad completa, basta con la existencia de cierto trato familiar” (D’Antona, 1989:67).

En ese sentido, el dominio del sistema de indicios en los órganos de aplicación del derecho explica, a su turno, el éxito del método tipológico en la calificación de las relaciones laborales en la tradición jurídica occidental, incluido, por cierto, el derecho chileno. No hay duda, en esa línea, que “las características del tipo cuadran perfectamente a la subordinación y el modo en que el juez califica el contrato de

trabajo ha respondido siempre “avant la lettre” al llamado método tipológico” (Pérez de los Cobos, 1993: 39).

De este modo, el método tipológico conduce directamente a la denominada técnica del haz de indicios, que siendo “universalmente empleada, aunque la lista de indicios juzgados como pertinentes varía según el sistema jurídico dado”, consiste “para el juez, en proceder a una evaluación de un conjunto de la relación de trabajo que debe calificar (modalidades de remuneración, propiedad de los medios de producción, organización del tiempo de trabajo, tipos e intensidad de los controles ejercidos, etc.) y en examinar si existe un número suficiente de indicios de una relación de autoridad. Lo particular de esta técnica es que ninguno de esos indicios puede ser considerado por sí mismos como determinantes” (Supiot, 1999:145).

La jurisprudencia chilena, tanto judicial como administrativa ha dado ampliamente acogida a la técnica de haz de indicios, entendiendo, por regla general, que la subordinación jurídica más que un concepto cerrado y excluyente, corresponde a un tipo normativo, abierto e inclusivo.

La primera, ha señalado que la subordinación “*debe desprenderse diversas circunstancias de hecho relacionadas con la actividad desplegada, con la forma en que esta se lleva a cabo*” (Corte de Apelaciones de Santiago, 19.12.1988), y que “*no puede ser uniforme ni exteriorizarse a través de idénticas expresiones concretas en todos los contratos: puede ser mínima en algunos casos*

*y muy estricta en otros, todo ellos según las circunstancias, modalidades y condiciones bajo las cuales se presten los servicios*” (Corte de Apelaciones de Santiago 08.04.1997).

La Dirección del Trabajo, por su parte, ha señalado que si bien el legislador no la ha conceptualizado “*la subordinación o dependencia se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a instrucciones y controles de diversas índoles*” (Nº 1731/113, 16.04.1998), lo que se calificará “*en cada caso en particular a fin de resolver si en la práctica concurren o no las condiciones que determinan la existencia de un contrato de trabajo*” (Nº 917/60, 23.02.1998).

#### **4. La subordinación en el Derecho Laboral chileno**

Desde temprano en Chile la doctrina consolidó como criterio central de la protección laboral a la dependencia o subordinación jurídica, lo que rápidamente quedó plasmado en la jurisprudencia tanto judicial como administrativa.

Paradójico resultará, entonces, que el Código del Trabajo de 1931 no recoja como elemento del contrato de trabajo a la subordinación, y que dicho olvido legislativo se extienda casi durante todo el siglo XX, viniendo recién a ser solucionado por el Decreto Ley Nº 2.200 de 1978.

Lo anterior, no obstante, no tendrá mayor influencia en el desarrollo del Derecho del Trabajo en Chile, ya que aquí, como en la mayoría de las experiencias comparadas, la jurisprudencia caminará por un sólo camino: la Corte Suprema dirá en fallo de 1939 que el mandato conferido por una sociedad a una persona para que cobre judicial y extrajudicialmente las cuentas de que es titular, no permite considerarlo empleado en términos del Código del Trabajo, porque no se encuentra en situación de dependencia (Revista Derecho y Jurisprudencia, 1939). Al mismo tiempo, en 1936, la Inspección General del Trabajo señalará que los directores de una sociedad anónima no están sujetos al Código del Trabajo porque carecen de la condición de dependencia o subordinación característica del empleado.

La normativa laboral no ha dado ningún concepto de la subordinación o dependencia jurídica, ni en el artículo 3, en referencia al concepto de trabajador, ni el artículo 7 del Código del Trabajo, en referencia al concepto de contrato de trabajo.

¿ Existe tal concepto y de dónde deriva?

Al no tratarse de un concepto normativo directo, la elaboración ha quedado entregada a la doctrina y a la jurisprudencia, quienes han tenido la tarea de delimitar qué debe entenderse por subordinación.

Pero lejos de lo que pudiera pensarse por la tranquilidad científica que pareciera rodear a esta noción en Chile, de la revisión tanto de las propuestas doctrinarias como de las decisiones jurisprudenciales, se sigue que se

trata de una noción que sufre una alta dosis de confusión conceptual, fundamentalmente porque el tipo como categoría jurídica se resiste duramente a la conceptualización por definición, operación típica de nuestra doctrina académica.

Como se ha destacado “la formación jurídico dogmática clásica hecha a base de conceptos cerrados y autosuficientes, ciertamente más comunes en la mente del jurista que en la realidad cotidiana, se ha compadecido siempre mal con una categoría como la de la subordinación, ontológicamente más descriptiva de la realidad que conformadora de la misma. De ahí que se hayan sucedido los esfuerzos -sobre todo, por parte de la doctrina- de definir la noción de subordinación, fosilizando su originaria elasticidad” (Pérez de los Cobos, 1993:37).

Así, en unos casos la subordinación es “la sujeción personal del trabajador, en la actividad laborativa, en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador” (Machiavello, 1986:74), o también corresponde a “la obligación del trabajador de mantenerse a las órdenes del empleador, sin quebrantamiento de su libertad, a efectos de la realización del proceso productivo” (Thayer, 1999:45), hasta entender simplemente que es “estar bajo las ordenes del empleador” (Gaeite, 1949:10). En rigor, como se ha señalado acertadamente en otras experiencias, el resultado de esta ceremonia de conceptos es que “las definiciones doctrinales de la subordinación han venido operándose, en efecto, a

través del expediente de convertir un indicio de subordinación en rasgo caracterizante de la misma” (Pérez de los Cobos, 1993: 43).

En esta lluvia de conceptos, que intentan, inútilmente por lo demás, reducir a una definición lo que, en rigor, como ya señalamos, es un tipo, y en medio del natural desconcierto que ello provoca en un medio formalista acostumbrado a los conceptos cerrados y aparentemente unívocos, como el chileno, es posible detectar un cierto aire de familia común a todos ellos, y que podríamos rotular como *noción física* de la subordinación o dependencia jurídica, centrada fundamentalmente en los rasgos físicos o materiales de la relación.

Más allá de la notable dispersión en la utilización de la técnica de indicios por los órganos de aplicación del derecho laboral, para lo que basta ver cualquier recopilación de jurisprudencia nacional<sup>18</sup>, existe un línea conductora profunda y silenciosa, que no ha sido objeto de cuestionamientos en el medio jurídico nacional, y corresponde a la idea de que, en expresivas y prototípicas palabras de la judicatura nacional, *“el que ejecute la actividad laborativa lo haga bajo la dependencia y subordinación de la parte contratante, es decir, que el trabajador debe ser dirigido directamente por el empleador, generalmente en su local, bajo sus reglas y dentro de un determinado sistema organizativo”* (Corte de Ape-

laciones de Valparaíso, Rol N° 372-02, 5.08.2003).

Asimismo, y en especial a lo referido al tipo de indicios utilizados, la Dirección del Trabajo da preeminencia a una versión material o física de la subordinación, como se sigue de la fórmula estándar que en este punto se realiza sobre la materia en sus dictámenes: *“esta Dirección reiteradamente ha señalado que la subordinación se materializa a través de diversas manifestaciones concretas tales como: continuidad de los servicios prestados en el lugar de faena, cumplimiento de horarios de trabajo, supervigilancia del desempeño de las funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc”* (dictamen N° 215/07, 11.01.1995).

¿Tiene base normativa esta *noción física* de la subordinación como ejercicio de mando y control directo, ampliamente utilizada en Chile?

Lo dudamos, por las siguientes razones:

- a. La ley no ha definido qué debe entenderse por subordinación o dependencia jurídica, y no ha hecho alusión al posible contenido de la misma como poder de mando y control directo sobre la actividad del trabajador, y
- b. Porque la propia ley se ha encargado de descartar abiertamente que la subordinación se trate de una cuestión de mando y control directo del empleador, en cuanto considera

18 Sobre el arbitrario y a veces contradictorio uso de la técnica de los indicios en la jurisprudencia laboral chilena, ver Ugarte, 2004.

trabajador protegido, y por tanto subordinado, a quienes realizan su trabajo sin “fiscalización superior inmediata” en los términos del artículo 22 del Código del Trabajo. Argumento reforzado en la última reforma laboral donde se considera trabajador, y por ende susceptible de subordinación, respecto de quien no concurre un indicio físico fundamental como es prestar servicios en el lugar de la empresa, como ocurre, en el citado artículo 22, con el denominado teletrabajo.

- c. Cómo se explica que los altos ejecutivos sean considerados trabajadores subordinados en nuestro Código del Trabajo, si en su caso, no existe tal dependencia física del empleador, y cuando, en rigor, son ellos quienes ejercen ese poder de controlar directamente la prestación de servicios del resto de los trabajadores.

Es claro, en consecuencia, que para nuestro legislador laboral la subordinación no tiene necesariamente que ver con las órdenes y el control directo e inmediato de la prestación de servicios, pudiendo descartarse el supuesto respaldo normativo que la noción física de la subordinación ha pretendido tener en nuestra tradición legal.

De este modo, es posible sostener que la noción estricta o física de la subordinación no tiene justificación normativa pero sí histórica: el modelo de empresa predominante en el siglo XX será la denominada fordista donde el trabajo se prestaba en unidades cerradas, físicamente integradas, bajo el

control directo del empleador. Las cosas han comenzado a cambiar: “declina la empresa fordista, un modo de organizar el trabajo que se relaciona estrechamente con una idea de subordinación que se había interiorizado profundamente, la subordinación como la continuidad y coordinación espacio temporal rígida de la prestación, la subordinación como heterodirección fundada en los elementos de jerarquía y de autocracia empresarial” (D’Antona, 1989:45).

#### **5. Hacia una nueva noción: la subordinación funcional**

En ese nuevo escenario productivo donde se han alterado los rasgos de la empresa fordista, nada impide en Chile dar un sustento conceptual distinto a la noción de subordinación, vinculado ya no al control y dominio físico de la relación laboral, sino al control y dominio productivo.

Las razones de la insuficiencia de la noción física de la subordinación para enfrentar el desafío de dar curso a la protección laboral y canalizar los conflictos del trabajo, produciendo lo que se ha diagnosticado como “perdida de abarcatividad”, corresponden: por una parte, a.) las nuevas formas organizativas, especialmente la denominada descentralización productiva produce un fenómeno compartido y concurrente de debilitamiento y fragmentación de la heterodirección típica del trabajo fordista, porque parte de los trabajadores ya no están en la empresa, ahora convertidos en prestadores de servicios con el título de

autónomos, en un fenómeno mixto de “huída del derecho del trabajo” y “parasubordinación”<sup>19</sup>, y porque parte de los trabajadores ahora ve repartido los poderes calificantes de las relaciones laborales fordistas en un variopinto escenario de sujetos acreedores, a título de contratistas, empresas de trabajo temporal, empresas usuarias, etc.<sup>20</sup>, y por otra b.) los nuevos espacios de autonomía para los trabajadores, “a consecuencia de la tercerización de la economía, el predominio de los servicios y las nuevas tecnologías, que no sólo cambian el trabajo sino su forma de organización y de ordenación”, de modo tal que “el poder empresarial se ejerce de forma diferente: mediante una evaluación de resultados más que a obligaciones de medio”.

El resultado es que “las viejas dimensiones jerárquicas y piramidales de la empresa entran en crisis, con los principios tayloristas y el sistema fordista de producción, para dar lugar a procesos de control productivo más horizontales y menos heterodirigidos

en los que el trabajador goza de mayor autonomía en la ejecución de su trabajo, que hace que formalmente haya un cierto relajamiento de las prácticas de dependencia” (Rodríguez-Piñero, 1999:37).

En ese nuevo escenario productivo, si las normas laborales en Chile no imponen ningún concepto ni contenido específico de la subordinación o dependencia jurídica como criterio de calificación de las relaciones de trabajo, y si se trata de una categoría construida como un tipo normativo, entonces, los órganos de aplicación de la ley, tanto jueces como la Dirección del Trabajo, tienen la posibilidad de avanzar en una noción que responda de mejor manera a las nuevas realidades productivas, especialmente, a la pérdida de densidad física de las empresas y a la desespacialización de las relaciones laborales.

A ese nuevo tipo de la dependencia jurídica la denominaremos *noción funcional* de la subordinación, construida fundamentalmente sobre los

- 19 Fenómeno complejo el de los nuevos trabajadores autónomos o de segunda generación: explicados en una parte por el fenómeno de elusión del derecho laboral por la vía del encubrimiento, cuestión identificada en la clásica expresión de huída del derecho del trabajo, y por otra, por el surgimiento de nuevas formas de trabajo mal avenidas con la dependencia directa respecto de un empleador, y que corresponde a las posibilidades de las nuevas tecnologías del trabajo propias de una fase avanzada del capitalismo, cuestión ampliamente debatida en Europa bajo el título de la parasubordinación.
- 20 Existe “una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra del cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales” (Goldin, 2003:38).

rasgos productivos de la relación entre las partes.

¿Cuál es la diferencia conceptual más importante entre una noción estricta (física) y una amplia (productiva) de la subordinación?

La esencia de la diferencia está en que la noción amplia o productiva implica una tendencia en el sentido de “una atenuación de la sujeción y una acentuación de la cooperación” como contenido básico de la subordinación (Fanelli, 1989:121).

La construcción de un tipo productivo de la subordinación significa que ésta corresponde a la dirección que un sujeto de derecho, denominado empleador, efectúa de la actividad que coordinadamente ejecuta otro para él, quien se incorpora en forma continuada a la esfera productiva que controla el primero, lo que se manifestará en una serie de indicios vinculados más que a hechos físicos y espaciales (utilización de uniforme, instrucciones, control directo, trabajo en lugar de la empresa), a determinados rasgos de la cooperación mutua entre las partes, tales como: la fijación de la modalidad productiva a ser ejecutada por el trabajador (qué producir, cómo y a qué ritmo), la coordinación informática, la exclusividad como cliente, la propiedad de la infraestructura utilizada, la fijación de un estatuto de sanciones pecuniarias, etc.

De este modo, la técnica de indicios propia del tipo de la subordinación se ve enriquecida por la concurrencia de nuevos indicios que responden a la

idea de coordinación y producción, produciéndose a fin de cuentas, más que una sustitución de un conjunto por otro, una expansión del sistema utilizado por los órganos aplicadores del derecho. En efecto, porque deben convivir en la misma técnica los tradicionales indicios de la jurisprudencia laboral desde los inicios de esta rama del derecho, con uno o más indicios reveladores de un tipo productivo de la subordinación.

La recepción de una noción como la descrita, ya ha sido utilizada en otras experiencias normativas, las que, con otros nombres y variaciones, han tomado distancia de la noción más primaria y física de la subordinación, y su correlativo sistema indiciario, para avanzar en una “evolución desde una noción precisa pero rígida de dependencia, entendida como sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario a un concepto menos definido pero más elástico, referido a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno” (Montoya, 1998: 713). El resultado será sostener, como lo hace un tribunal europeo, que “el elemento caracterizante del trabajo subordinado es el vínculo de la subordinación, entendido como inserción del trabajador en la organización de la empresa en modo continuado y sistemático, más que como ejercicio de una constante vigilancia del empleador sobre lo que ha hecho el trabajador, mientras tiene un valor subsidiario otros elementos, como la modalidad de la prestación, la forma de la com-

pensación y la observancia de un determinado horario”<sup>21</sup>.

Este cambio, que ha sido llamado por algunos como el “proceso de espiritualización de la noción de dependencia”, no ha sido arbitrario: corresponde a un proceso “deliberado que ha permitido la permanencia del concepto como requisito definidor del contrato de trabajo y su adaptación a las crecientes exigencias sociales de protección”<sup>22</sup>.

Ya sea por la vía de construir un tipo que se aleje de la noción estricta de subordinación y que de algún modo incluya esta noción<sup>23</sup>, o ya sea de modo más reservado, por la vía de incorporar indicios que se dirijan en dicha dirección<sup>24</sup>, lo importante del cambio es que pierde peso en la calificación la situación espacio temporal del trabajador, a cambio de mayor protagonismo de la ubicación productiva del trabajador en una organización ajena, que no dirige ni controla, sino que, su “actividad está dirigida al logro de los propósitos determinados por otro”<sup>25</sup>.

De este modo, modificada la noción tipológica de la subordinación, de una versión física a una productiva, aún cuando dicho cambio sea en algunos casos muy tenue, necesariamente se da curso a una modificación indiciaria que da entrada o relevancia a indicios no tradicionales de la subordinación.

Esta ampliación del sistema indiciario, que agrega a los tradicionales indicios físicos de la subordinación dominantes en nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, nuevos indicios, de control funcional y productivo, pueden corresponder, entre otros:

1. Fijación del marco disciplinario dentro de una relación jurídica de servicios.
2. Control directo y pleno de la planificación y modalidad productiva donde se inserta el trabajador. Más allá de si existe o no control físico directo, existe un indicio de subordinación cuando se está en presencia de una co-ligazón funcional de carácter continuo entre la actividad del trabajador y el entramado productivo que el em-

21 Corte de Casación de Italia, sentencia N° 9.606, de 1.10.1997.

22 Idem.

23 El citado Montoya da entender que esa ha sido precisamente la evolución en el caso español con el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, donde se señala que “la presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (Montoya, 1998:715).

24 En Italia, un indicio esencial de la subordinación, junto a la heterodirección del empleador, corresponde a la “colaboración continuada” del trabajador en la empresa (Garratoni, 2003:22).

25 Idem.

pleador dirige y controla, cuya expresión típica corresponde a la coordinación permanente y continúa entre la actividad del prestador de servicios y la empresa.

3. Ajenidad en la prestación de los servicios en cualquiera de sus versiones doctrinarias: ajenidad en los riesgos (en cuanto la contraprestación económica de los servicios del trabajador no están ligados a los resultados de la gestión empresarial), la ajenidad en los medios de producción (propiedad de los elementos productivos, entendiéndose por tal la dirección de la infraestructura productiva utilizada por el trabajador en la prestación de sus servicios) y ajenidad en el mercado (el trabajador no accede al mercado de consumidores finales sino a través de la intermediación del empresario).

4. Exclusividad de los servicios prestados por el trabajador.

Algunos de estos elementos han sido utilizados en nuestra jurisprudencia, pero siempre en forma esporádica y coyuntural para resolver algunas situaciones problemáticas específicas, como la relación de los actores, en el caso de la exclusividad, no logrando generar una tendencia nítida y permanente en las decisiones de aplicación del derecho laboral.

En ese sentido, en el futuro, una modificación para enfrentar el nuevo mundo del trabajo que no provoque un quiebre excesivo en un medio jurídico fuertemente tradicional y con arraigados hábitos jurídicos como el chileno, cuyas herramientas laborales no

han sido objeto de mayores cuestionamientos conceptuales, especialmente en el ámbito judicial, deberá aprovechar el carácter tipológico de la noción de subordinación jurídica, y por ende la falta de una definición precisa tanto normativa como doctrinaria de la subordinación, para operar en la construcción de un sistema indiciario ampliado, que mueva el eje de ese tipo desde los rasgos de control físico a los de control y coordinación productiva.

#### **Bibliografía**

AA.VV. Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Tirant lo blanch, España, 1999, p. 50.

ATIENZA, M. **La teoría de la legislación**. Civitas, España, 1988.

BAYLOS, A. **Derecho del Trabajo: un modelo para armar**. Trotta, España, 1991.

BARASSI, L. **Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano**. Milan-Napoles, 1915.

GAETE, A. **Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**. T II, Editorial Jurídica, Chile, 1967.

GARRATONI, M. **Subordinazione, parasubordinazione e collaborazione**. Ediesse, Italia, 2003.

GOLDIN, A. **Tendencias de Transformación del Derecho del Trabajo**. Lexis Nexis, Argentina, 2003.

GHEZZI, y ROMAGNOLI, U. **Il rapporto de lavoro**. Zanichelli, Bologna, 1984.

JAVILIER, JC. **Derecho del Trabajo**. Instituto de Estudios Laborales. Madrid, 1982.

LARENZ, K. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Ariel, España, 1994.

MACHIAVELLO, G. **Derecho del Trabajo**. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1986.

SUPIOT, A. **Le droit du travail**. PUF, Francia, 2004.

PALOMEQUE, M.C. **Derecho del Trabajo e Ideología**. Tecnos, España, 1995.

RIVAS, D. **La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo**. FCU, Uruguay, 2001.

THAYER, W Y NOVOA, P. **Derecho del Trabajo**. Editorial Jurídica, Santiago, 1999.

#### Artículos Revistas:

BAYON CHACON, G. "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo". En: **Revista de Derecho Privado**. T XLV, España, 1961.

BOISSONAT, J. "Lucha contra el desempleo y reconstrucción del trabajo en Francia". En: **RIT**, OIT, 1996, V 115.

CALSAMIGLIA, A. "Justicia, Eficiencia y Optimo de la Legislación". En: **Documentación Administrativa**, N° 218, España, 1989.

CRUZ, J. "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado". En: **AAVV Trabajo subordinado y Trabajo autónomo**. E. Tecnos, España, 1999, p 170.

D'ANTONA, M. "La subordinazione e oltre, una teoría guiridica per il lavoro que cambia". En: **AAVV Lavoro subordinato e dintorni**. Editrice Il Mulino, 1989.

D'ANTONA, M. "Subordinación y cambios en el derecho laboral italiano". En: **Debate Laboral**, N° 4, Costa Rica, 1989.

FANELLI, O. "I Riflessi del nuovo modo di lavorare sulle classificazioni del lavoro". En: **AAVV Lavoro subordinato e dintorni**. Il Mulino, Italia, 1989.

GHERA, E. "La cuestión de subordinación en Italia". En: **Debate Laboral**, N° 4, Costa Rica, 1989.

MENGONI, L. "La questione della subordinazione in due trattazione recenti". En: **RIDL**, 1986.

MONTOYA, A. "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo". En: **REDT**, N° 91, 1998.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador". En: **AAVV Trabajo Autónomo y Trabajo Subordinado**. Tecnos, España, 1999.

SANGUINETTI, W. "La dependencia y las nuevas formas, realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?". En: **Temas Laborales**, España, 1999.

SUPIOT, A. Trabajo asalariado y trabajo independiente, Actas del VII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo, 1999.

PALOMEQUE, M.C. "El Trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo". En: **RL**, T I, 2000.

PEREZ DE LOS COBOS, F. "El trabajo subordinado como tipo contractual". En: **Documentación Laboral**, N° 39, España, 1993.

PINO, G. "Il Contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro". **Lavoro subordinato e dintorni, Pedrazzoli** (comp), il Mulino, Italia, p 33, 1989.

Revista Derecho y Jurisprudencia. Tomo 37, Segunda parte. Chile. 1939.

ROMAGNOLI, U. "Un derecho a la medida del hombre". En: **Rev. Derecho**. Universidad Complutense, N° 14, Madrid, 1980, p. 15.

UGARTE, JL. "La subordinación jurídica: crónica de una supervivencia anunciada". **IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**, Lima, Perú, 2001.

UGARTE, JL. "La subordinación jurídica: el concepto que nunca estuvo". En: **Revista Laboral chilena**. Enero, 2004.