

Resumen

El criterio tradicional de la subordinación jurídica para la determinación de la relación de trabajo ha entrado en crisis desde hace algunos años, pese a figurando en los Códigos de Trabajo como uno de los elementos definitorios. Los cambios en la forma de trabajar, y cuando no, la simulación y el fraude laboral, han hecho que la subordinación se encuentre con dificultades para dar cuenta de la aplicación del derecho del trabajo.

La Recomendación núm. 198 de la OIT supera el criterio de la subordinación jurídica y basa la aplicación del derecho del trabajo en el principio de la realidad, o sea, en la forma en que se ejecuta el trabajo, superando así las debilidades del criterio de la subordinación jurídica. Se trata de un criterio de mayor amplitud y por ello de mayor futuro en la evolución del derecho del trabajo.

La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica

Por Hugo Barretto Ghione

I. Introducción. II. La función normativa de la OIT bajo sospecha. III. El debate de Babel sobre la relación de trabajo: evolución reciente. III.1 La identificación de una tipología de trabajadores desprovistos de protección. III.2 El punto de vista de los actores. IV. La consideración extensiva de la relación de trabajo con base a la historia fidedigna de la adopción de la recomendación. IV.1 El diferendo esencial de los empleadores. IV.2 Los criterios de realidad y la consideración de las relaciones triangulares. V. El fin del discurso único de la subordinación

I. Introducción

La 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo, culminando así una evolución de diez años, que conoció diversos avatares, alternativas y encares, y que tuvo además un episodio relevante cuando en 1997 se aprobó el Convenio Internacional núm. 181 sobre agencias de empleo privadas, instancia que debe ser vista como parte de este proceso mas general de regulación del trabajo prestado bajo modalidades *atípicas y triangulares*.

La apreciación del conjunto del proceso permite verificar una serie de fenómenos relativos no solo a los aspectos sustantivos – como es la determinación de la relación de trabajo - sino también visualizar el estado actual de las políticas normativas de la OIT, sus posibilidades y sus límites¹.

Así, ubicados en esta perspectiva *desde lo alto*, el debate sobre el alcance y los perfiles de la relación de trabajo se cruza inevitablemente, y al hacerlo interfiere en forma decisiva, con el tema de la forma a dar al instrumento normativo, costado ciertamente vital de la discusión actual en la OIT en tanto se cuestiona una función hasta ahora predominante. Esta última cuestión es sólo aparentemente formal.

En consecuencia, es posible decir que en el análisis de la Recomendación 198 confluyen al menos dos problemas centrales:

- a) Sobre los contornos y determinación de la relación de trabajo, que aparece como sustantivo; y
- b) Sobre la actividad misma de la OIT en orden a si la función creadora de normas continúa siendo el eje principal de la actividad del organismo.

Una lectura rápida podría llevar a concluir equivocadamente que el segundo de los órdenes de problemas tiene que ver con aspectos puramente técnicos, desligados de toda vinculación con la materialidad de la regulación laboral, y que se sitúa mas bien en un círculo muy externo a la cotidianeidad del trabajo. Muy por el contrario, la disyuntiva

¹ Un artículo específico sobre el estado actual del debate en la OIT sobre el futuro de la política normativa y sus consecuencias, publica en este mismo número de Derecho Laboral Oscar Ermida Uriarte.

convenio/recomendación, que es parte de ese debate “oitiano”, si bien se asienta en algunas preocupaciones válidas sobre la ralentización de las ratificaciones por los países miembros, está lejos de resultar ajeno a otros (¿o los mismos?) cuestionamientos vernáculos a la espesa trama normativa que impide emerger la iniciativa privada y dificulta la creación de empleo, según el enfoque crítico del grupo empleador.

Por otra parte, estas dos dimensiones del problema deben tenerse presente para comprender el solapamiento de niveles en que se planteó el debate, que venía precedido de una extrema complejidad de posturas en el contexto del tripartismo de la OIT.

Pero además, y esta razón es decisiva para advertir definitivamente la interpenetración de los niveles, los límites de la relación de trabajo terminan coincidiendo con los límites de la función normativa de la OIT. En efecto, y como se demostrará, aún en el marco de una recomendación, las resistencias al abordaje de ciertos temas claves en la relación de trabajo levantó resistencias infranqueables, por lo cual se revelan falaces una vez más las pretendidas distinciones entre cuestiones de forma y de contenido en materia de legislación laboral (en el nivel que sea).

En atención a estas reflexiones, las notas que siguen se articulan en tres partes, a saber:

- a) consideraciones actuales sobre la función normativa de la OIT (donde se avanza en la explicación de las razones para la adopción de una recomendación y no de un convenio);
- b) algunos datos sobre la evolución del tema de la relación de trabajo en la OIT (donde se analizan los discursos de los sectores laborales, gubernamentales y de la propia OIT); y
- c) una especie de crónica sobre la actividad y los puntos de debate tenidos en cuenta en cuenta en la Comisión tripartita que elaboró la recomendación.

Finalmente, se trazan algunas consideraciones sobre el *estado del arte* en Uruguay.

II. La función normativa de la OIT bajo sospecha²

El organismo viene debatiendo hace años sobre su política normativa, en una cierta actividad “introspectiva”, provocada tanto por problemas jurídicos como por la expresión natural de los intereses de los actores del mundo del trabajo.

En la primera de estas direcciones, se ha sostenido que en el conjunto de las normas (187 convenios y 198 recomendaciones) es necesario implementar ciertos ajustes de modo de actualizarlas y a su vez, facilitar la ratificación de los convenios y la adopción de las recomendaciones. En esta racionalidad, la OIT ha emprendido la tarea de analizar caso a caso los convenios y recomendaciones vigentes, a fin de dotar de coherencia al sistema, verificar la pertinencia de las normas, y posibilitar una indagatoria sobre la iniciativa de nuevos estudios y promoción de la actividad normativa.

Parte de esta preocupación ha sido la implementación de “grupos de trabajo” sobre revisión normativa (convocados en 1979 y 1987), que clasificó a los convenios de acuerdo a su importancia en normas de conviene priorizar, normas que conviene revisar, y sugerencias para flexibilizar las normas internacionales.

Resulta particularmente revelador el informe de la comisión de 1987, en el que se expresan con nitidez las posiciones de los actores sociales y se presta una especial atención a las recomendaciones. En concreto, los miembros empleadores señalaron en esa comisión que “la visión tradicional de las normas del trabajo está basada en la creencia de que las condiciones de trabajo pueden mejorarse mediante unas normas (mínimas) de trabajo y de que éste es el mejor medio de que se dispone para hacerlo”. Consideraron que la primera de las premisas es en parte verdadera, pero que “la segunda es discutible (...) si una norma tiene como efecto el cierre de una empresa o parte de la misma porque ya no resulta económicamente viable, no está claro que esa norma haya beneficiado a los trabajadores anteriormente allí empleados”. Y agregaron: “un modo de hacer que las normas fueran aplicables de manera más global, serían los convenios

² En los desarrollos de este capítulo sobre la política de la OIT sobre revisión de normas internacionales, se sigue el trabajo del autor en el libro Recomendación 195 de la OIT: temas, enfoques y actores. Cinterfor/OIT 2005.

minimalistas complementados con recomendaciones mas amplias”, sugiriendo, entre otros temas, que el grupo de trabajo considerara en particular “la utilización de las recomendaciones como instrumentos por derecho propio, mas que como meros apéndices de los convenios”³.

Las recomendaciones también pasan a primer plano en la Memoria del Director General en oportunidad del 75° aniversario de la OIT, cuando retoma el tema de la revisión normativa en el análisis más general de la adaptación de los métodos y prácticas vigentes. Con relación a la disyuntiva entre flexibilidad de los convenios o reafirmación del carácter obligatorio de los instrumentos, dice la Memoria que es a la recomendaciones a las que incumbe “desempeñar el papel de guías y modelos”. Y agrega: “cada vez que un convenio no pueda volverse ratificable sin antes diluir sus disposiciones, habría preferiblemente que adoptar en su lugar una recomendación del todo autónoma, clara, precisa y detallada, que pueda orientar a los Estados Miembros en su camino hacia un desarrollo más completo. A la postre, podría despejar el camino para un convenio. La Conferencia debería conceder a este asunto toda la atención que merece, y tal vez reconsiderar la práctica que consiste en adoptar casi de manera sistemática un convenio y una recomendación sobre el mismo tema”⁴.

Las intervenciones ocurridas luego de la presentación de la Memoria insistieron en la importancia de las recomendaciones autónomas y en la flexibilidad de estos instrumentos que pueden ser retirados. Dice al respecto la Memoria de 1995: “si bien para derogar los convenios internacionales del trabajo es preciso introducir (una) enmienda constitucional, nada impide en cambio que esta pueda retirar toda recomendación considerada obsoleta en virtud de una medida opuesta, que sea adoptada mediante el mismo procedimiento y por la misma mayoría que la recomendación en cuestión”⁵, refiriéndose luego el Director a la reforma del art. 45° del Reglamento de la Conferencia y a la necesidad de reanudar una práctica conforme a la Constitución respecto del seguimiento de las recomendaciones. El art. 45° conocerá así

³ Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo. Boletín Oficial, vol. LXX, 1987, anexo I pár. 2, 4 y 7

⁴ Memoria del Director General a la 81° reunión de la CIT, p. 53.

⁵ Memoria del Director General a la 85° reunión de la CIT “La actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización”, p. 62

un “45 bis”, que permitirá en adelante el profuso retiro de recomendaciones que se ha implementado en los últimos años.

Pero los problemas de “técnica legislativa” de la OIT tienen (también) una dimensión “política” que tiene que ver con la posición de los empleadores y algunos gobiernos. En efecto, han sostenido que resulta un “despropósito” seguir elaborando normas internacionales, que han provocado una “inflación” reglamentaria y ha concomitantemente producido una disminución de las ratificaciones. Uno de sus postulados es que la OIT se centre en los puntos esenciales y que antes de reglamentar cada uno de los problemas en forma tan detallada, se detenga a buscar soluciones posibles a los convenios vigentes.

En definitiva, el grupo empleador opina que el futuro de la OIT “deberá aprovechar mucho más las numerosas y diversas fórmulas que hasta ahora ha descartado”, como las recomendaciones independientes (no complementarias de un convenio internacional), los manuales y directrices técnicas, los repertorios de recomendaciones prácticas, y las decisiones que pueden adoptarse en las conferencias⁶.

El debate de fondo no se detiene en la revalorización de las recomendaciones. Se trata también de provocar el retiro de los convenios internacionales “obsoletos”, paso previo a su derogación, aspecto no contemplado en la Constitución de la OIT. Pesa en esta cuestión la circunstancia no totalmente acordada acerca de la naturaleza jurídica de las normas que revisten la forma de convenio internacional. La adopción de un convenio es un acto de construcción de derecho internacional, y por tanto genera obligaciones aún antes de su ratificación, en tanto los Estados deben presentar memorias aún respecto de los convenios no ratificados; por otra parte, es también conocida la posición que sostiene que la naturaleza de un convenio internacional es de un tratado concertado entre los Estados, y ciertos mecanismos sólo se disparan una vez que hayan sido ratificados.

Independientemente de la naturaleza jurídica, desde el punto de vista práctico estaba justificada la enmienda del art. 19º de la Constitución con miras a aceptar la posibilidad

⁶ Wisskirchen, Alfred. “El sistema normativo de la OIT. Cuestiones jurídicas y experiencias”. Rev. Internacional del Trabajo vol. 124 num 3 (2005)

de que el pleno de la Conferencia derogue determinados acuerdos, bien por consenso, bien por mayoría de dos tercios. Las enmiendas se aprobaron en 1997 pero no entraron en vigencia hasta tanto no sean ratificadas por dos tercios de los miembros, incluidos cinco de los diez países con mayor importancia industrial (art. 36 de la Constitución). Algunos de los Estados Miembros no han ratificado las enmiendas debido a que opinan que, desde el punto de vista jurídico, la OIT no puede influir en las obligaciones internacionales dimanantes de sus propios acuerdos una vez que están ratificados.

En síntesis, la discusión en torno a los perfiles y la determinación de la relación de trabajo ha tenido un trasfondo insospechado, no siempre advertido, como lo es el debate acerca de la función normativa de la OIT. Este desacuerdo entre el mantenimiento del impulso normativo y las tendencias flexibilizadoras, debe tenerse en cuenta en tanto constituyen el escenario donde se vaya a desarrollar el otro debate, o sea, la cuestión “de fondo” sobre la relación de trabajo; pero el breve repaso de las posiciones de los actores parece dejar en claro que se trata de una diferencia que dista de asentarse en una dialéctica de “técnicas legislativas”.

III. El debate de Babel sobre la relación de trabajo: evolución reciente

Bronstein⁷ advierte un interesante giro en la discusión sobre la relación de trabajo.

Expresa que en los años ochenta la atención de los estudiosos del derecho del trabajo se centraba en las llamadas relaciones de trabajo *atípicas*, generando profusa bibliografía y una apertura a la comprensión de fenómenos que, si bien hasta el momento eran vistos como excepcionales, comenzaban a promover interrogantes sobre el rumbo de la regulación del trabajo.

Paradigmático de este enfoque resultó ser el artículo que tempranamente publicó Efrén Córdova en la Revista Internacional del Trabajo⁸.

⁷ Bronstein, Arturo. “Ámbito de la relación del trabajo: el debate en la OIT”. En el vol. La Subordinación o Dependencia en el Contrato de Trabajo en el Proceso de Transformación de la Empresa. VV.AA. Lexis Nexis. Chile, 2005. p. 7

⁸ Córdova, Efrén. “Del empleo total al trabajo atípico ¿Hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?”. RIT, vol. 105/4 (1986) p. 431 - 449

Sin embargo, sigue diciendo Bronstein, hoy asistimos a un giro que ha desplazado la atención “hacia otras formas de trabajo de las que se discute si están o no en el ámbito del derecho del trabajo”. De alguna de ellas puede decirse que no es sencillo determinar con claridad si responden o no a la definición de relación de trabajo; de otras se indica que son formas de empleo económicamente dependientes, pero jurídicamente independientes; en otros casos, por último, se trata de relaciones de trabajo encubiertas.

Las formas de desdibujar los contornos de la relación de trabajo parecen ser infinitas. Recientemente, un autor ha hablado de relaciones de trabajo subordinadas pero no onerosas⁹. Y así es posible diversificar y descomponer el modelo.

Bronstein recuerda que la OIT ha hablado de un fenómeno de “desenfoco”¹⁰ de la relación de trabajo, “caracterizada por el hecho que la legislación del trabajo apunta en una dirección, pero los trabajadores que necesitan su protección se encuentran en otra”. El reto que se enfrenta hoy, por tanto, consiste según el autor en dotar a la legislación del trabajo de un “gran angular” de forma que pueda enfocar no solo al trabajo subordinado en sentido estricto del término, sino también – y fundamentalmente, agregaríamos – a los trabajadores que se encuentran en la periferia, “de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes, pero no jurídicamente subordinados”. Las alternativas que plantea son la creación de una nueva categoría de trabajadores (parasubordinados, en alguna legislación), extremar los elementos que tipifican la relación de trabajo para delimitar mejor esas zonas “grises”, o directamente equiparar la dependencia económica y subordinación jurídica.

Si viramos ahora la atención a la evolución del proceso que lleva a la adopción de la Recomendación núm. 198, puede anotarse que no es otra cosa que la secuencia final de un trayecto que implicó y comprendió fenómenos más complejos que los finalmente recogidos en el instrumento normativo. En todo caso, todos los temas relativos a la complejidad actual de las relaciones de trabajo estuvieron presentes en el curso de los debates (formas de trabajo subcontratado, trabajo temporal, intermediación, etc), aunque

⁹ Rodríguez Manzini, Jorge. “Notas de la dependencia laboral”. Revista de Derecho Laboral. 2005 - 2 Rubinzal – Culzoni, p. 31

¹⁰ ob. cit. p. 16

en particular solo una porción de ellos han sido recogidos (veremos luego en qué condiciones) como para terminar constituyendo una recomendación.

III.1 La identificación de una tipología de situaciones de trabajadores desprovistos de protección

El tránsito que anotaba Bronstein del “trabajo atípico” a las “relaciones triangulares de trabajo” es demostrativo de la progresión de la crisis del modelo tradicional y consiguientemente del criterio determinante de esa relación, como ha sido la subordinación jurídica.

En el devenir del debate en la OIT, atento a la diversidad de situaciones y de encuadres jurídicos en los países miembros, comenzó a reflexionarse acerca de que, más allá de cierta indefinición conceptual y doctrinaria sobre lo que debe entenderse por “relación de trabajo”, existía un conjunto de trabajadores necesitados de protección jurídica. Por otra parte, los instrumentos normativos existentes no daban cabal cuenta de las nuevas situaciones y modalidades de contratación de la fuerza de trabajo.

En 1966 la Oficina Internacional del Trabajo había emitido una opinión en el sentido de asimilar las agencias de suministro de trabajo temporal a las agencias privadas de colocación con fines de lucro, reguladas por el Convenio Internacional núm. 96. El punto no fue suficiente para mitigar la paulatina complejidad que venía adquiriendo la contratación laboral, por lo cual se reconoció la necesidad de dar una solución mas integral y segura.

En esta dirección, en 1995 se inscriben en el orden del día de la Conferencia de 1997 dos puntos:

- a) la adopción de normas sobre agencias de empleo privadas; y
- b) trabajo en régimen de subcontratación.

Respecto del primer orden de cuestiones, se convino en utilizar el procedimiento de “simple discusión” (art. 37.1 del reglamento de la Conferencia), que dio por resultado la adopción del Convenio Internacional núm. 181 sobre agencias de empleo privadas, que incluye a las empresas de trabajo temporal.

La discusión sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en cambio, fue extremadamente dificultosa, entre otras razones, por la discrepancia en el elemental asunto de definición del fenómeno y por la ambigüedad e intercambiabilidad terminológica en el contexto del derecho y los sistemas de trabajo comparados.

Así, en el período 1997 – 1998 la Conferencia examinó un punto sobre trabajo en régimen de subcontratación, que “tenía por objeto inicialmente lograr que mediante la adopción eventual de un convenio y una recomendación se protegieran a ciertas categorías de trabajadores desprovistas de amparo legal”¹¹. Paralelamente, la preocupación de algunos gobiernos y de los empleadores se centraba antes que nada en revisar el convenio 96, aspecto rápidamente saldado con la aprobación del Convenio 181. Entretanto, el grupo de los trabajadores insistía en el problema del reemplazo de la mano de obra asalariada por otra que se decía subcontratada y que laboraba en situaciones de mayor precariedad. La discusión mostraba dificultades para precisar sus términos, pero en líneas generales puede decirse que en el período la intención del grupo de los trabajadores era incluir las relaciones de trabajo “triangulares” en la discusión sobre trabajo en régimen de subcontratación, fundamentalmente a efectos de recortar con mayor precisión la figura del empleador y a su vez asegurar un régimen de responsabilidades laborales y previsionales.

Finalmente , no pudieron adoptarse normas sobre subcontratación por falta de acuerdo entre los sectores sociales y gubernamentales¹², pero en medio de los debates comenzó a perfilarse la identificación de trabajadores que por la imprecisión de su estatuto jurídico

¹¹ La Relación de Trabajo. Informe V (1). CIT, 95º reunión, 2006, p. 4

¹² Ameglio, Eduardo. “Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación”. En el vol. Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. VVAA, FCU, 2000, p . 405

necesitaban de protección. La Oficina dispuso así la realización de estudios nacionales¹³.

En las conclusiones generales del estudio¹⁴ se identificaron cuatro tipologías en que el trabajador podría quedar desprovisto de protección:

- a) casos en que la legislación no es clara, su ámbito es demasiado limitado o es inadecuada;
- b) casos en que la relación laboral aparece encubierta bajo una forma civil o comercial;
- c) cuando la relación de trabajo es ambigua; y
- d) cuando el trabajador es un empleado, pero no es claro quien es el empleador (relaciones de trabajo triangulares).

Era claro que el convenio 181 no había acabado con el problema; la tipología respondía en definitiva a cuatro órdenes de problemas que en adelante constituirían los puntos del desacuerdo.

III.2 El punto de vista de los actores

En la Conferencia de 2003 los puntos de vista de los actores fueron bien diversos en relación a la categorización transcrita.

Para los empleadores se trataba de un problema de aplicación de la ley nacional ante la hipótesis exclusiva de encubrimiento o fraude bajo la forma de contrato civil o comercial. La subcontratación era, en cambio, una estrategia legítima que no debía de ningún modo restringirse, y en consecuencia la aprobación de una norma internacional en la materia era absolutamente inapropiada.

¹³ Uruguay fue uno de los países tomados como estudio de caso, investigación que estuvo a cargo de Antonio Grzetic y Hugo Fernández Brignoni

¹⁴ El ámbito de la relación de trabajo. Informe V. CIT 91^o reunión, 2003

Para los trabajadores se trataba de un problema grave, y la misma legislación comparada era suficiente como para ofrecer las bases para la adopción de un convenio y una recomendación.

Para los gobiernos, la fuga de muchas formas de empleo del ámbito de la relación de trabajo era un problema, así como la desfinanciación de la seguridad social por el impacto de estas modalidades.

En las conclusiones de la Comisión tripartita que estudió el tema, se conceptúa la relación de trabajo como “aplicable a una situación en la que se ha establecido un vínculo jurídico entre una persona a la que se conoce como empleado y otra a la que se conoce como empleador, para la cual aquélla trabaja o a la cual presta sus servicios en determinadas condiciones y a cambio de una remuneración” (num.1)

Entre los problemas que destaca el documento que viene glosándose, pueden subrayarse:

- a) sobre el empleo encubierto: “el trabajo por cuenta propia, la falsa subcontratación, la creación de pseudo cooperativas, el falso suministro de servicios y la falsa reestructuración empresarial son alguno de los medios que más se utilizan para encubrir una relación de trabajo” (num. 7);
- b) sobre relaciones de trabajo ambiguas: “en un número cada vez mayor de casos es tremendamente difícil distinguir entre trabajo dependiente y trabajo independiente, incluso sin que haya mediado intención de encubrir la relación de trabajo. En estos casos, se realiza el trabajo o se prestan servicios en circunstancias que suscitan una duda genuina y razonable a propósito de si existe o no la relación de trabajo” (num. 8);
- c) sobre relaciones triangulares de trabajo, “en el marco de las cuales el trabajador realiza un trabajo o presta servicios a una tercera parte (el usuario), es preciso que se las estudie para ver hasta qué punto pueden derivar en desprotección, perjudicando al empleado. En estos casos, se trata principalmente de determinar

quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por los mismos”.

Los desacuerdos aplazaron la discusión hasta la Conferencia de 2006, en que se adopta la recomendación objeto de estos comentarios bajo un régimen de discusión única.

IV. La consideración extensiva de la relación de trabajo con base a la historia fidedigna de la adopción de la recomendación

IV.1 El diferendo esencial de los empleadores

La Recomendación núm. 198 se articula en cuatro partes, a saber:

- a) referencias a la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, en la cual se señala la necesidad de dotar de claridad a la legislación y de adaptar la legislación para garantizar la protección de quienes se encuentren en una relación de trabajo. Esa política debe formularse y aplicarse en consulta con las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores, y debe contener al menos medidas para luchar con las relaciones de trabajo encubiertas, delimitar las responsabilidades (ver referencia a las relaciones de trabajo triangulares en el art. 4º lit. c y d)¹⁵ y proveer el acceso a procedimientos para dirimir controversias. Por último, se establecen normas sobre colectivos de trabajadores especialmente vulnerables (art. 5º), migrantes (art. 6º) y cuestiones de género (art. 7º);

- b) En el capítulo II se encara el tratamiento de la determinación de la relación de trabajo, sentando el principio fundamental de que la relación de trabajo se

¹⁵ Se dice en efecto que “la política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a: (...) c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho”

determina a partir de los hechos relativos a la ejecución del trabajo (art. 9º), establece las técnicas a partir de las cuales efectuar la determinación, incluyendo las presunciones (art. 11.b), des/centrando la subordinación o dependencia (art. 12) e indicando la posibilidad de marcar indicios específicos que permitan delimitar la relación de trabajo. Por último, recomienda que en el marco de la política nacional, deberían eliminarse los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas (art. 17), promoviendo a su vez la negociación y el dialogo social;

- c) Menor desarrollo tienen las previsiones en materia de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y la determinación de la existencia de relaciones de trabajo en la prestación de servicios transnacionales; y
- d) Resulta llamativa la disposición final, sobre el cual abundaremos, cuando expresa que la recomendación no puede revisar el convenio internacional sobre agencias de empleo privadas num. 181 (SIC).

Las presentaciones que hicieron las partes al inicio de los trabajos de la Comisión Tripartita son bien demostrativas del ambiente de dificultad para la obtención de consensos.

Así, el representante empleador comenzó recordando que el único consenso alcanzado en 2003 fue limitar el instrumento a las relaciones de trabajo encubiertas, y hace notar que ese acuerdo ha sido desconocido o ignorado por la Oficina Internacional del Trabajo en el período previo a la conferencia, a estar por el proyecto de recomendación remitido a la Comisión.

El texto del proyecto puesto por la Oficina a consideración de los actores tripartitos no era aceptable para el grupo de los empleadores. Entorpecería la “subcontratación o externalización legítimas” y los criterios propuestos “para determinar la existencia de

relación de trabajo tendrían una repercusión en las relaciones comerciales y la administración del trabajo y entorpecería la creación de nuevos empleos”¹⁶.

A juicio de los empleadores, la recomendación debía promover la claridad de la legislación, pero no definir el ámbito y el alcance de la relación de trabajo¹⁷.

El grupo de los trabajadores presentó su postura manifestando que “la desigualdad exigía distinguir la relación de trabajo de las relaciones comerciales normales. La relación de trabajo es una figura jurídica que trataba de equilibrar la desigualdad de empleador y empleado, así como crear una serie de derechos y obligaciones para proteger al trabajador, al tiempo que reconocía las responsabilidades contractuales de ambas partes. Se trataba de un concepto universal en todos los sistemas jurídicos; los criterios para determinar su existencia dimanaban de una serie limitada y coherente de hechos”¹⁸.

En esta hipótesis, la comisión podía tanto adoptar una posición minimalista, centrado en las relaciones de trabajo encubiertas, o podría elaborar un instrumento que recogiera, además, las relaciones ambiguas y triangulares, según la tipología ya señalada supra, formulando asimismo directrices para poder dar respuestas en el plano nacional a un fenómeno global.

IV.2 Los criterios de realidad y la consideración de las relaciones triangulares

En la disyuntiva de tomar partido por alguna de estas soluciones bipolares, parece pertinente adelantar que a nuestro juicio la Recomendación francamente se inclina por dotar a la relación de trabajo de criterios amplios para su determinación (entre los que no menciona la autonomía de la voluntad), y por abarcar la totalidad de las tipologías que la OIT había identificado como casos en que los trabajadores necesitaban protección.

¹⁶ Actas de la 95^o reunión de la CIT. Informe de la Comisión de la Relación de Trabajo, num. 9 – 10

¹⁷ Actas cit, parágrafo 11

¹⁸ Actas cit, par. 12

El texto de la recomendación, y las continuas discrepancias planteadas por los empleadores dan pie a esta interpretación.

Hay tres órdenes de factores en el texto y la historia de la sanción de la recomendación que afirman definitivamente la legitimidad de criterios amplios para determinar la relación de trabajo (en los cuales la subordinación es sólo uno entre otros), fijar indicios y adjudicar responsabilidades.

a) Así por ejemplo el grupo de los empleadores presentó prontamente una enmienda para sustituir todo el artículo 1º del capítulo I, de modo de hacer mención exclusivamente a la necesidad de tomar medidas tendientes a “descubrir y eliminar las relaciones de trabajo encubiertas”, moción que no tuvo éxito¹⁹ al mantenerse la referencia ciertamente más general de “garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo”. La referencia a un marco mayor de protección que no se reduzca al fraude laboral es obvia en el caso.

b) La norma toma partido por la protección laboral y por los criterios de realidad en tanto que “para garantizar tal protección se reclama la determinación eficaz de la existencia de una relación de trabajo (art. 4 lit. a)”²⁰

c) En tercer lugar, puede señalarse que una de las cláusulas sustantivas para sostener la amplitud del alcance del instrumento es el ya citado art. 4 lit. c) que recomienda la adopción de normas aplicables a “todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho”, en referencia inequívoca a las relaciones de trabajo “triangulares” (subcontratación, trabajo en empresas de trabajo temporal, etc), completándose la disposición con un literal g), a propuesta de los países africanos²¹, a fin de prever una formación apropiada sobre normas internacionales, derecho

¹⁹ Actas cit pár. 218 - 220

²⁰ Ermida Uriarte, Oscar. “La recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)” Rev. Derecho Laboral T. XLIX núm. 223 p. 673

²¹ Actas cit. núm. 296

comparado y jurisprudencia para quienes deban encargarse de la solución de las controversias.

d) Por último, la disposición central que revela la filiación de los criterios de la recomendación a las posiciones más protectorias del trabajo, es el art. 9º de la recomendación.

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

Además del valor de principio que tiene privilegiar los “hechos relativos a la ejecución del trabajo”, la historia de la adopción de esta disposición es del mayor interés.

En concreto, el grupo de los empleadores pretendió incluir una cláusula que contemple que, a efectos de determinar la existencia de una relación de trabajo, se tome en consideración la “intención de las partes”, y que “al velar por el cumplimiento de las medidas de protección laboral, no debería tolerarse el fraude”²².

El grupo de los trabajadores rechazó terminantemente ambas iniciativas, por sostener que debilitaban la determinación eficaz de la relación de trabajo²³. El devenir de la

²² Actas, cit pár. 375

²³ Dijeron en concreto los trabajadores al oponerse a la utilización del término “fraude” que su introducción en el instrumento no debía tolerarse: “dicho término tenía un sentido muy preciso en algunos regímenes jurídicos, y era preciso reunir determinados indicios para que los tribunales pudiesen determinar si se trataba de casos de fraude. Entre estos indicios se incluían los siguientes: la intencionalidad, la tergiversación de los hechos pertinentes, el conocimiento de la existencia de la falsedad, la intención de inducir a la otra persona a actuar, la confianza de la otra parte en los alegatos de la parte fraudulenta, y los daños y perjuicios resultantes. Si tenían que reunirse todas estas pruebas muy específicas para poder determinar si la relación en cuestión era una relación de trabajo encubierta, la capacidad para determinar y abordar eficazmente las relaciones de trabajo encubiertas quedaría reducida de un modo inaceptable. Asimismo, la introducción de términos relaciones con la intención de las partes no haría sino crear confusión en el texto inicial del párrafo en el que se afirmaba la primacía de los hechos. Los hechos fundamentales determinaban la naturaleza de la relación y deberían orientar el establecimiento de su existencia”. Actas cit. pár. 376

discusión en la Comisión hizo que la propuesta de los empleadores no encontrara adhesiones suficientes, y en consecuencia manifestaron que consideraban “muy poco acertado que el texto de la Oficina no recogiera en absoluto la intención de las partes, lo que socavaba los fundamentos del derecho contractual. En opinión del Grupo, el texto del proyecto de recomendación, de adoptarse, era inaceptable”²⁴.

El resto del capítulo II fue también fuertemente controvertido por los empleadores, en especial las disposiciones 11º, 12º y 13º, por entender que “la recomendación debía ofrecer orientación sin definir universalmente la esencia de la relación de trabajo; la introducción de criterios podría provocar, deliberadamente o no, un desequilibrio en los sistemas jurídicos nacionales que habían establecido criterios pertinentes para su propio contexto; aunque fuera un instrumento no vinculante, la recomendación se iba a utilizar en los tribunales nacionales e iba a presionar a los gobiernos para que adaptasen los criterios nacionales o los creasen; una lista fija de criterios no se adaptaría a la evolución de los tiempos; una lista concreta de criterios podría ser más fácil de sortear; además, los criterios establecidos en el párrafo 8²⁵ eran demasiado generales y no tenían en cuenta las características regionales y sectoriales específicas, y el uso de los términos *subordinación* y *dependencia* podían perjudicar a los acuerdos de las pequeñas empresas y desequilibrar o limitar el crecimiento empresarial”²⁶.

En síntesis, el grupo de los empleadores a su juicio habían hecho un gran esfuerzo por acordar y acercar posiciones, pero entendían que no se respetó el acuerdo alcanzado en 2003, consistente en tratar exclusivamente las relaciones de trabajo encubiertas, y les resultaba imposible “aceptar en un instrumento las referencias a los criterios, la dependencia o la presunción de la existencia de una relación de trabajo” y “nunca apoyarían un instrumento donde figuraran esos términos”²⁷.

Tampoco acordaron los empleadores con el art. 18º, referido a la promoción del papel de la negociación colectiva como medio para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional, por considerar que no iba

²⁴ Actas cit. pár. 388

²⁵ Actual cláusula 13º de la Recomendación núm. 198

²⁶ Actas cit. pár. 399

²⁷ Acta cit. pár. 407 y 415

a resultar “útil para tratar la cuestión de la relación de trabajo” (?)²⁸, e intentaron sustituir el término “promover” la negociación colectiva, por “considerar”²⁹.

Manifestaron asimismo su celo en modificar el art. 20º. En concreto, la misma establece que las organizaciones más representativas de trabajadores y de empleadores deberían estar representadas en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de *la organización del trabajo*. En este punto, observaron que la organización del trabajo se dejaba a criterio de cada empleador y no debía incluirse en el párrafo referido³⁰.

Como curiosidad reveladora de la rispidez y el absurdo a que pueden llevar debates que deberían conducirse por coordenadas más racionales, queda la perogrullesca disposición 23º: “la presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (num. 181)”.

La propuesta venida de los empleadores dio lugar a un largo, infructuoso y plagado de obviedades debate en la Comisión tripartita, que inclusive convocó la Consejera Jurídica de OIT para decir lo que todo el mundo sabe: “la relación existente entre un convenio y una recomendación se establecía claramente en la constitución de la OIT (...) un convenio era un tratado con obligaciones vinculantes a partir de su ratificación por un Estado Miembro, y como tal, sus disposiciones no podían ser revisadas o modificadas por una recomendación”³¹.

V. El fin del discurso único de la subordinación

Parecemos asistir al fin del ciclo de tratamiento en el OIT de los efectos jurídicos de las nuevas formas de organizar el trabajo, al menos en el tiempo mediato. La firme posición del grupo de los empleadores, de enfocar los dilemas actuales exclusivamente bajo el

²⁸ Acta cit. pár. 483

²⁹ Acta cit. pár. 485

³⁰ Actas cit. pár. núm. 522

³¹ Acta cit. pár. núm. 539

encare de las “relaciones de trabajo encubiertas” y el fraude, han expresado con total claridad la falta de voluntad (visible ya en el período 1997 – 1998) en avanzar en orden a la regulación de los fenómenos conocidos muy genéricamente como “tercerización”.

Sin embargo, y como ha sido demostrado, la Recomendación núm. 198 se sitúa un tanto extramuros de esta postura, y contiene algunas previsiones de situaciones que un tanto eufemísticamente se denominaron en los documentos preparatorios como “trabajadores necesitados de protección”, que se tradujo básicamente en un abordaje de las relaciones de trabajo triangulares y la identificación del sujeto empleador, muchas veces oculto tras una espesa trama de relaciones jurídicas interempresariales.

La aproximación al tema dista también de ser sencilla, y la reciente aprobación en Uruguay de las leyes núm. 18.099 y 18.251 que establecen el juego de responsabilidades en caso de subcontratación, ha reavivado el debate sobre los confines del concepto de subcontratación.

Tratando de conformar un objeto de estudio mejor delimitado, Racciatti³² ensaya una caracterización, señalando la existencia de tres elementos: la actividad objeto de tercerización, la identificación del tercero, y el instrumento jurídico del proceso, estableciendo las distintas opciones y problemas que se plantean en cada caso, en especial, la distinción – hasta donde es posible – entre descentralización y contratación directa.

En todo caso, la Recomendación no deja al albur de los acuerdos entre los sujetos privados los posibles efectos jurídico – laborales; antes bien, señala la necesidad de prever soluciones en orden a la protección del trabajador, en concomitancia con algunas de las líneas maestras de lo que viene tomando forma en el derecho comparado³³

El otro aspecto fuertemente desarrollado en el instrumento (y que se vincula estrechamente con el anterior), es el de los criterios para determinar la relación de trabajo.

³² Racciatti, Octavio. “Tercerización, exteriorización del empleo y descentralización productiva”. Rev. Derecho Laboral T. XL núm. 185, p. 135

³³ Morin, Marie – Laure. “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”. Revista Internacional del Trabajo, vol. 124 (2005), núm. 1 p. 5

En este punto, lejos de mantenerse en la trinchera de la subordinación, se enriquece con la incorporación de criterios e indicios (incluyendo la posibilidad de establecer presunciones) además de sentar el principio de atender a la ejecución del trabajo sin incluir referencia alguna a la voluntad de las partes (num. 9 de la Recomendación 198)³⁴.

La opción de mantener el criterio de la subordinación pero sin el protagonismo que en algunos sistemas presenta, parece reconocer la ruptura de la “perfecta correspondencia” que existía entre la subordinación como carácter del contrato de trabajo (modo en que se ejecuta la prestación) , y la subordinación como “social tipo” de trabajador protegido (aplicación de una determinada disciplina jurídica), según explicara hace años D’Antona³⁵. Así, una especie de “efecto Barassi”, prescribía que se estaba convencido de ver el “quien” del derecho del trabajo (sujeto protegido), mirando el “cómo” se realizaba la prestación de trabajo, con la lógica consecuencia que la modificación de las formas de trabajar hiciera tambalear la identificación misma del sujeto trabajador y la disciplina jurídica que le diera sustento. Asistimos a la crisis de la subordinación³⁶.

La confluencia de criterios o de una “amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo” (art. 11 lit. a), junto a la necesidad de definir “las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia” (art. 12º) comportan elementos ilustrativos de la pluralidad de aproximaciones que puede tener el problema. El art. 12º coadyuva en la dirección de la apertura a otros criterios de identificación de la relación de trabajo más allá de la subordinación, que deja de ser hegemónico y parece agotado, a tal punto que se menciona simplemente a vía de ejemplo.

³⁴ Ermida Uriarte ha puesto de relieve, además, que el art. 12º de la recomendación “deja abierta la posibilidad de incluir la subordinación económica, en cuanto no califica la referida dependencia como “jurídica”, sino que se refiere a la “subordinación o la dependencia” a secas, sin calificativos”. Ob. cit p. 678

³⁵ D’Antona, Massimo. “Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano”. Debate Laboral núm. 4 p. 63

³⁶ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Alvarez, Oscar. “Crítica de la subordinación”. Rev. Derecho Laboral T. XLV, núm. 206, p. 225

En el plano nacional, la jurisprudencia uruguaya había hecho un esfuerzo por delimitar empíricamente las situaciones³⁷, aunque permaneció afincada en el criterio de la subordinación sin incorporar los nuevos enfoques³⁸. Esta limitante, junto a la “desregulación velada” que operó en los años noventa, habilitó una práctica basada muchas veces en lo verosímil³⁹ en lugar de la primacía de la realidad. La “nueva doctrina” contenida en la recomendación sobre determinación de la relación de trabajo impacta el estado de la jurisprudencia, de las prácticas laborales y de las elaboraciones teóricas, fundamentalmente a partir de la afirmación sin restricciones de que la relación de trabajo se determina a partir de los hechos relativos a la ejecución del trabajo, que evoca ciertamente los desarrollos de la doctrina clásica latinoamericana que no hacía de la subordinación un discurso único ni hegemónico⁴⁰. Se corrigen las fronteras, y se lleva la protección laboral fuera del radio de la subordinación jurídica y hacia los confines del “trabajo necesitado de protección”.

³⁷ Rivas, Daniel. *La Subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*. FCU. 1999.

Mangarelli, Cristina. “Arrendamiento de servicios”. En el vol. cit. 42 Estudios... p. 267.

³⁸ Mantero Alvarez, Ricardo. “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico”. En el vol. cit. 42 Estudios... p. 283

³⁹ Barretto Ghione, Hugo. “Realidad y verosimilitud en el derecho del trabajo y la seguridad social. *Rev. Derecho Laboral* T. XLI núm. 190 p. 282

⁴⁰ Decía Caldera: “Esta idea del trabajo como hecho social tiende a llenar, explícita o implícitamente, el campo del derecho del trabajo. Es ella la que determina su acción y quita vallas a su imperio. De ahí que la noción de “subordinación”, indispensable en las primeras etapas del Derecho Laboral (que en su concepción originaria sólo se entendía como protector del obrero), no es siempre indispensable para la aplicación de las leyes del trabajo. Antes por el contrario, se nota cada vez más la frecuencia con que se extiende el imperio de normas laborales a trabajadores no subordinados jurídicamente”. Caldera, Rafael. *Derecho del Trabajo*. El Ateneo ed. T. I., 1960, p. 79