

CSA

LA RECOMENDACIÓN 198 SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y SU IMPORTANCIA PARA LOS TRABAJADORES



Oscar Ermida Uriarte

Catedrático del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social
en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay

44



La recomendación internacional del trabajo Núm. 198 sobre la relación de trabajo, adoptada por la OIT en 2006, es de la mayor trascendencia por el tema central que aborda y por la forma en que lo hace.

Como se sabe, a diferencia de los convenios internacionales del trabajo, que una vez ratificados se incorporan al ordenamiento jurídico nacional siendo plenamente exigibles, la recomendaciones no están sujetas a ratificación, por lo cual valen por sí mismas desde su aprobación por la OIT, pero su eficacia es menor: son, como su nombre indica, orientaciones no plenamente vinculantes. De todos modos, como se explicará más adelante, producen efectos que, si son bien explotados, pueden ser de gran utilidad para el Derecho laboral y los trabajadores.

I.1 Antecedentes

La recomendación reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras

formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.

Un hito muy negativo fue el inédito rechazo del proyecto de convenio internacional del trabajo sobre subcontratación, verificado, por primera y hasta ahora única vez en la historia de la OIT, en la conferencia de 1998.

Como reacción ante esa situación, en el año 2000 se verificó un muy importante informe sobre trabajadores que necesitan protección, respecto del cual y a pesar de su extensión y profundidad, los empleadores solo se manifestaron dispuestos a discutir casos de fraude o "encubrimiento" de la relación de trabajo.

Un nuevo informe de 2003, sentó las bases de la recomendación que aquí se comenta. En ese informe: a) se reafirmaba que el objetivo de la OIT (y del Derecho del trabajo, agregamos nosotros), es la protección del trabajador, justificada por la situación de desigualdad que se verifica en la relación de trabajo; y b) se reconocía a la relación de trabajo como el elemento definitorio de la aplicación de la legislación protectora.

1.2 Contenido básico y objetivos de la recomendación

Sin perjuicio de lo previsto en su articulado, de la lectura de los considerandos pueden extraerse claramente los objetivos y el contenido fundamental de la recomendación.

En primer lugar, como ya se dijo, se subraya que la protección del trabajador es la esencia del mandato de la OIT, sin perjuicio de lo cual, como había sucedido en 1919 al adoptar la Constitución de la OIT y en 1944 al aprobar la Declaración de Filadelfia, se agrega que, junto a ese objetivo central y primerísimo de tutela del más débil, también se procura preservar la “competencia leal”, esto es, la que se abstiene de obtener ventajas sobre la base de malas condiciones de trabajo.

En segundo lugar, se manifiesta que la indeterminación de la existencia de una relación de trabajo o las dificultades para determinarla, suponen una clara desprotección por inaplicación de la legislación laboral protectora.

En tercer lugar, se identifican algunas de las causas de tal desprotección, a saber, el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso a acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas.

A los efectos de promover la adecuada protección del trabajador en tales hipótesis, la recomendación se divide, en lo sustantivo, en dos grandes partes: una dedicada a la postulación y definición de una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo y otra que establece criterios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

1.3 Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo

Protección. La parte I de la recomendación postula que los Estados deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a garantizar una protección efectiva a los

trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo y que, de ser necesario, deberían adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente (art. 1). Esta legislación debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección de los trabajadores (art. 2).

Surge con evidencia, pues, de estos dos primeros artículos de la recomendación, la esencialidad de una legislación y una práctica nacional protectoras del trabajador. El principio protector aparece claramente expuesto, presidiendo e inspirando todo el dispositivo.

Primacía de la realidad. Para garantizar tal protección se reclama la determinación eficaz de la existencia de una relación de trabajo (art. 4, lit. a), la distinción clara entre trabajadores dependientes e independientes (*idem*) y la lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas (art. 4, lit. b), a despecho de los acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica de los trabajadores.

Eficacia, proceso y eliminación de incentivos a las relaciones de trabajo encubiertas. A tales efectos se reclama el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación del trabajo (art. 4 lit. f) y el acceso a procedimientos rápidos y eficaces (arts. 4, lit. g y 14 a 16).

Esta disposición no tiene desperdicio, porque parecería haber sido dictada pensando en algunos de nuestros fabulosos inventos, como el de las “empresas unipersonales” (Uruguay) o las “pejotas” (Brasil). Entre otros similares, el art. 17 reclama la adopción de “medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomenten las relaciones de trabajo encubiertas”.

1.4 Determinación de la existencia de una relación de trabajo

La parte II de la recomendación basa la eficaz determinación de la existencia de una relación de trabajo en algunos grandes mecanismos, tales como la primacía de la realidad y la prescindencia de la calificación jurídica que las partes hagan de la relación que las vincula, el recurso a presunciones, el criterio de la subordinación o dependencia y el manejo de indicios específicos.





Primacía de la realidad. De conformidad con lo dispuesto en el art 9 (y en total consonancia de con la ya comentada previsión del lit. b del art. 4), la existencia de la relación de trabajo debe determinarse en función de los hechos relativos a la ejecución del trabajo, independientemente de la manera en que se caracterice la relación en cualquier acuerdo contrario.

Presunción. El art. 11 de la recomendación promueve la presunción legal de existencia de relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios de los indicados luego (infra, 5.4), o la determinación expresa de la naturaleza de determinados vínculos. Hay que estar a lo que sucede en los hechos y no a lo que dicen los papeles.

Subordinación o dependencia. En el art. 12 y en otras disposiciones, la recomendación recoge el criterio de la subordinación o dependencia como uno de los determinantes de la existencia de la relación de trabajo.

En este aspecto, la norma parece no alcanzar las tendencias más modernas que en doctrina postulan la superación de tal criterio y la extensión del ámbito de aplicación del Derecho laboral a todo tipo de trabajo, pero al mismo tiempo 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.

En efecto, cuando hay dudas respecto de si una determinada prestación de servicios es laboral o no, se analiza si el trabajador está jurídicamente subordinado a quien recibe su actividad. Si este tiene derecho a darle órdenes, a determinar cómo y cuándo realizar la tarea, etc., entonces se entiende que hay tal dependencia jurídica y es ello lo que determina primero, que ese vínculo sea calificado como relación laboral o relación de trabajo y consecuentemente, en segundo lugar, que se rija por la legislación laboral, incluidos los convenios colectivos correspondientes.

Sucede que en algunas de las nuevas formas de relación laboral (como el teletra-

bajo, el trabajo tercerizado, etc.) a veces, no es fácil determinar que efectivamente hay dependencia jurídica (porque el trabajador parece estar alejado de la esfera de acción habitual del empleador), aunque sí se puede confirmar que hay una dependencia económica. Por eso es importante que la recomendación 198 se refiera a la subordinación "a secas" y no solamente a la subordinación jurídica.

Indicios específicos. El art. 13 recomienda la utilización de un elenco de "indicios específicos" de la existencia de una relación de trabajo:

- a) la posibilidad de existencia de instrucciones y control (aquí sí, subordinación jurídica);
- b) la integración del trabajador en la organización de la empresa;
- c) la realización del trabajo en beneficio ajeno;
- d) la ejecución personal del trabajo;
- e) la realización de la labor en un horario determinado;
- f) la realización del trabajo en lugar indicado o aceptado por quien lo solicita;
- g) cierta duración o continuidad de la labor;
- h) la disponibilidad del trabajador ("estar a la orden");
- i) el suministro de herramientas, maquinaria o materiales por quien recibe el trabajo;
- j) la periodicidad de la remuneración;
- k) el carácter de esa remuneración de única o principal fuente de ingresos (dependencia económica);
- l) la realización de pagos en especie, tales como alimentación, vivienda, transporte u otros;
- ll) el reconocimiento de derechos típicamente laborales, como el descanso semanal o las vacaciones anuales;
- m) el pago, por parte de quien recibe el trabajo, de los viajes necesarios para ejecutar la labor;
- n) la inexistencia de riesgos financieros para el trabajador (ajenidad).

Como se ve, se trata de un elenco de indicios que compendia acumulativamente las diversas propuestas que doctrina y juris-

prudencia han postulado para determinar la presencia de una relación de trabajo y, por tanto, de un trabajador sujeto de la protección del Derecho laboral.

La enumeración no es taxativa y no requiere la presencia de todos ellos, alcanzando con la concurrencia de “uno o varios”(art. 11, lit. b).

1.5 Importancia de la recomendación

Con una mirada superficial, podría restarse trascendencia a esta norma. En rigor, no introduce ningún concepto radicalmente nuevo. Podría llegar a preguntarse: ¿apenas una recomendación para recordar o repetir cosas obvias?. Efectivamente, hubiera sido mejor un convenio, pero aún así, tratándose apenas de un recomendación, nos parece que la misma tiene una gran importancia.

No es tan poca cosa que luego de dos o tres décadas de flexibilización y desregulación, de “retorno del arrendamiento de servicios”, de “fuga”, “huida” o “expulsión” de trabajadores del Derecho laboral, de “empresas unipersonales”, de precarización, de tercerización, de remozamiento de la autonomía individual de la voluntad (*rectius*: de la voluntad unilateral del empleador), la OIT apruebe una recomendación que reafirme el principio protector, la primacía de la realidad, la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio, el concepto –tan latinoamericano– de relación de trabajo, la subordinación o dependencia (no solo jurídica), la ajenidad y que recopile un extenso y acumulativo elenco de indicios de la existencia de relación de trabajo regulada por el Derecho laboral. Todo lo contrario; es particularmente significativo y clarificador de cuáles son los objetivos, principios e instrumentos de la OIT y del Derecho del trabajo. Indica lo que deben y lo que no deben hacer tanto el legislador como el juez. Por lo demás, la recomendación parece sumarse a otros indicadores de agotamiento o entecimiento de la desregulación/flexibilización o de ingreso a un “post-neoliberalismo”.

La aplicación jurisprudencial de los criterios e indicios de esta recomendación constituiría un importante factor de avance y de eficacia del Derecho del trabajo. Igualmente auspicioso sería que los Poderes Ejecutivo y Legislativo actuaran en consonancia con las recomendaciones de eliminar los incentivos a las relaciones de trabajo encubiertas y de garantizar un procedimiento ágil y apropiado en materia laboral.

Como se decía en la Introducción, la recomendación 198 no es una norma jurídica cuya aplicación directa pueda ser reclamada judicialmente, pero eso no quiere decir que carezca de toda eficacia.

En efecto, primeramente, los gobiernos deben informar periódicamente a la OIT sobre el estado de cosas, en el país, en la materia regulada por las recomendaciones, lo que de por sí supone ya un mínimo control. Las organizaciones sindicales deberían aprovechar esa oportunidad para incidir en el informe del gobierno y además, podrían hacer llegar propias opiniones a la OIT.

En segundo término, las recomendaciones son orientaciones para el legislador y para el Ejecutivo nacional. Debería legislarse en la línea sugerida por la recomendación, que es muy precisa en la materia. Solo a título de ejemplo, plantea claramente a los gobiernos la eliminación de los estímulos a la contratación encubierta, lo que estaría vinculando a las autoridades nacionales en el sentido de: a) derogar o prohibir figuras como la empresas unipersonales uruguayas, las “pejotas” brasileñas, las cooperativas de fachada en muchos países, etc; y b) sancionar a través de la Inspección del trabajo, el uso de las formas encubiertas de contratación laboral.

Finalmente, en tercer lugar, las recomendaciones son –y ésta muy especialmente– orientaciones para los jueces a la hora de solucionar casos concretos. Efectivamente, los tribunales laborales pueden aplicar la recomendación (así como cualquier otra), tanto en la integración del derecho (en caso de vacío legal) como en la interpretación de las normas vigentes.



Por todo ello, parece indispensable la acción "militante" de los trabajadores, sus organizaciones y sus abogados, en el sentido de difundir este instrumento, utilizarlo en la fundamentación de las demandas y reclamar su aplicación por jueces y administradores. La idea de que la OIT solo aprueba normas como ésta que valen por sí mismas y cuya aplicación nacional es

algo que queda librado a los órganos de gobierno, debe ser superada por la concepción de que estas normas son instrumentos, herramientas o armas que la OIT pone en manos de sus beneficiarios, en el caso, los trabajadores y su organizaciones. En otras palabras, el partido no termina, sino que empieza con la aprobación de una norma como la recomendación 198.

