

UN EJERCICIO DE DETERMINACIÓN DE INDICADORES PARA EL USO SINDICAL DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE OIT

**Pablo Topet
Rodolfo Capón Filas
Guillermo Gianibelli
Alvaro Orsatti**

**Publicado en OIT-Buenos Aires: “El sindicalismo
argentino entre el trabajo autonomo y el trabajo
precarizado”, Proyecto FSAL, 2019**

A mediados de los años noventa, la OIT comenzó lo que consideraba “un intento de contrarrestar una tendencia creciente a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza, con miras a evadir la protección que dispensa el Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo” (Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, 1995).

En esta dirección, OIT propuso un convenio sobre trabajo en régimen de subcontratación, en cuanto esté desempeñado por una persona para una empresa usuaria, a través de un subcontratista o intermediario, en virtud de un acuerdo contractual distinto de un contrato de trabajo, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas con respecto a dicha empresa.

En el diagnóstico se destacaba: el vacío de legalidad que resulta de la utilización de esta forma, frecuentemente basada en los contratos ficticios, con lo que se produce una evasión de

la relación empleado-empleador, y la atomización de los espacios de acción organizativos sindicales resultantes.

El objetivo era que estas formas laborales no se utilizaran con la finalidad de negar derechos o de eludir el cumplimiento de obligaciones previstas por la legislación laboral o de la seguridad social. A este efecto, los subcontratistas deberían registrarse ante la autoridad competente u obtener una autorización de ella, demostrando su viabilidad y capacidad de cumplir con las obligaciones hacia los trabajadores; asumir, de forma repartida solidariamente con el intermediario y la empresa usuaria, la responsabilidad de cumplir las obligaciones contraídas para con estos trabajadores. En particular una protección adecuada en cuanto a prevención de accidentes y daños para la salud, pago de servicios, cotización de seguridad social, negociación colectiva, tiempo de trabajo, discriminación y sindicación.

La aprobación del convenio se frustró por la negativa del sector de empleadores y varios gobiernos. Entre los años 1998 y 2003, la OIT avanzó en una estrategia centrada en un enfoque más general sobre los trabajadores necesitados de protección. Finalmente, la 95ª Conferencia (en el año 2006) aprobó la recomendación 198 sobre la relación de trabajo, en una votación dividida que demuestra el grado de debate que se mantiene alrededor de este tema.

El primer cuadro presenta una síntesis de los contenidos de la Recomendación.

El segundo cuadro presenta los resultados del ejercicio de identificación de indicadores de posible uso en relación a la Recomendación. Esta matriz fue elaborada partiendo de la base de contenidos de la propia Recomendación, incorporando otras formulaciones, algunas de las cuales también provienen de la OIT, en su análisis comparativo efectuado en el documento de base de apoyo al debate sobre la Recomendación.

El antecedente directo de este ejercicio es un informe de Adrián Goldín y Silvio Feldman para la OIT, elaborado en el contexto de la primera discusión (“Informe Argentino”, 2000).

**Cuadro 1. Síntesis sobre los contenidos de la
Recomendación**

Marco general

1. La legislación laboral o de trabajo, así como los convenios colectivos, ofrecen protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado.

2. Con ello, la legislación trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo.

3. Existen dificultades para determinar la existencia de una relación de trabajo cuando:

- No resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas.
- Hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación.

4. También existen situaciones en que se ha intentado encubrir la relación de trabajo mediante acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica.

Se entiende que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, con lo que los trabajadores se ven privados de la protección a que tienen derecho.

5. Las dificultades para determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas:

- A los trabajadores interesados.
- A su entorno.
- A la sociedad en general.

Recomendaciones generales

6. La legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente, lo que incluye resolver la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo, de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

7. La protección debería ser accesible a todos los interesados, en particular a los empleadores y trabajadores, y entre estos últimos a los vulnerables, proporcionándose acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo.

8. La protección efectiva y la prevención de abusos debería cubrir a trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre, en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, lo que incluye:

- A las trabajadoras.
- A los trabajadores más vulnerables.
- A los jóvenes trabajadores.
- A los trabajadores de edad.
- A los trabajadores de la economía informal.
- A los trabajadores migrantes.

- A los trabajadores con discapacidades.

9. La protección debería basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance:

- Asegurándose su cumplimiento y aplicación efectiva.
- Examinándola a intervalos apropiados y, de ser necesario, adaptándola y clarificándola en cuanto al ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

10. Las normas debieran aplicarse 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. Para ello, los acuerdos debieran estipular a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén.

No interferenci a con otras relaciones	11. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.
---	--

**Autoridades
competentes**

12. La garantía de cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

13. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de:

- Los tribunales del trabajo.
- Otros tribunales.
- Instancias de arbitraje.

14. Debería:

- Supervisarse periódicamente los programas y dispositivos de control del cumplimiento.
- Establecerse medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

15. Debería también promoverse el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

16. Debería preverse una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes,

	<p>derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.</p>
--	--

<p>Asesoramiento y orientación</p>	<p>17. La política nacional debería:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo. - Proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes.
<p>Información e Investigación</p>	<p>18. Debería establecerse un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente para:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Recopilar información y datos estadísticos. - Realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial. - Seguirse la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo.

**Actores
sociales**

19. La política nacional debería formularse y aplicarse en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían:

- Estar representadas en igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo.
- Ser consultadas en el marco de este mecanismo, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los trabajadores y los empleadores deberían tener acceso efectivo a los tribunales y otras instancias de arbitraje.

22. Una de las consultas a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadoras debiera referirse a qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

Cuadro 2. Ejercicio sobre indicadores para uso de la Recomendación

I. Organización del trabajo

		Indicios y presunciones de Dependencia	Indicios y presunciones de autonomía o Independencia
1	Órdenes e instrucciones por parte del dador del trabajo. Se refiere al cómo, cuándo y dónde se realiza el trabajo. Es manifestación de control y dirección.	Existen.	El desempeño es libre.
2	Fijación de precios de venta de los productos o servicios	Ajena.	Propia.

3	Posibilidad de contratar o subcontratar a otra empresa o persona para realizar la tarea.	Fundada en el reconocimiento o del dador del trabajo sobre la base de una contratación por grupo o equipo.	Sin regulación derivada de la relación con el dador del trabajo.
4	Exclusividad del vínculo.	No pueden ejecutarse trabajos de la misma índole para otra persona o negocio de manera simultánea o en actividades concurrentes.	No existe exclusividad. También se ha propuesto la fórmula de presunción de independencia si ha trabajado para otra persona o negocio al menos 40 horas mensuales los últimos tres meses.
5	Lugar de ejecución del trabajo.	Indicado o aceptado por el dador del trabajo.	
6	Propiedad de la razón social.	Ajena.	Propia.

7	Propiedad de los medios de trabajo (herramientas, maquinaria, materiales, vehículos) de quien pide el trabajo.	Ajena.	Propia.
8	Riesgos económicos.	Ajenos Incluye también la asunción del costo de rehacer un trabajo mal hecho o de inferior calidad.	Propios.
9	Seguros contra robo y accidentes.	Establecidos por el dador de trabajo	Por propia decisión.
10	Asistencia a cursos.	Por pedido del dador de trabajo.	Por propia decisión.

II. Tiempo del trabajo

11	Duración del trabajo.	Indeterminada.	
12	Permanencia de la realización del trabajo.	Cierta continuidad.	

1 3	Horario.	Cumplimiento de un determinado horario para la ejecución del trabajo (o con arreglo a determinado número de horas por semana o mes).	
. 1 4	Disponibilidad para realizar todas las tareas comprendidas en el objeto de la relación de trabajo durante la jornada fija o las horas pactadas.	Requerida por el dador del trabajo.	

III. Remuneración y pagos

1 5	Importancia de los pagos en el total del ingreso del trabajador.	Es la única o principal fuente.	Es fuente secundaria.
--------	--	---------------------------------	-----------------------

1 6	Nivel del pago recibido.	Análogo al de otros trabajos dependientes de similar calificación.	Superior.
1 7	Tipo de pago.	Pago fijo o relativamente fijo y regular independiente mente de las características de la prestación.	
1 8	Descanso semanal y vacaciones anuales.	Son remuneradas u objeto de un pago.	
1 9	Horas extraordinarias.	Reconocimiento en el pago.	
2 0	Gastos vinculados a la prestación (alimentos, vivienda, transporte).	Reconocimiento en el pago.	