

DOCUMENTOS

Recomendación de la O.I.T. sobre la relación de trabajo (2006)

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo 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;

LA RECOMENDACIÓN DE LA OIT SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO (2006)

por

OSCAR ERMIDA URIARTE

Sumario

1. Aclaración. 2. Antecedentes. 3. Contenido básico y objetivos de la recomendación. 4. Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo. 5. Determinación de la existencia de una relación de trabajo. 6. Importancia de la recomendación.

1. Aclaración

La recomendación que acaba de adoptar la OIT sobre la relación de trabajo (2006), es de la mayor trascendencia por el tema central que aborda y por la forma en que lo hace. Por esa razón, pareció indispensable acompañar la publicación de su texto, con esta breve nota introductoria, sin perjuicio de la cual, la revista Derecho Laboral se propone publicar, en uno de

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

sus próximos números, un trabajo de fondo sobre el tema, que está siendo elaborado por Hugo Barretto Ghione.

2. Antecedentes

La recomendación sobre la relación de trabajo (2006) 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 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.

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 actual recomendación: a) se reafirma que el objetivo de la OIT (y del Derecho del trabajo,

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;

Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

agregamos nosotros), es la protección del trabajador, justificada por la situación de desigualdad que se verifica en la relación de trabajo; y b) se reconoce a la relación de trabajo como el elemento definitorio de la aplicación de la legislación protectora.

3. Contenido básico y objetivos de la recomendación

Sin perjuicio de lo previsto en su articulado, ya 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.

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación,

adopta, con fecha quince de junio de dos mil seis, la siguiente Recomen-

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.

4. Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo

4.1. 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 aplica-

dación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

I. POLÍTICA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS POR UNA RELACIÓN DE TRABAJO

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el 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.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

ción de la legislación pertinente (art. 1). Legislación ésta, que 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.

4.2. *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*.

4.3. *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).

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a:

a) 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;

b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;

c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractua-

En disposición que no tiene desperdicio, porque parecería haber sido dictada pensando en nuestro fabuloso invento de las “empresas unipersonales”, el art. 17 reclama la adopción de “medidas eficaces destinadas a *eliminar los incentivos que fomenten las relaciones de trabajo encubiertas*” (cursivas nuestras).

5. 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.

5.1. 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

les, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;

e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, 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;

f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y

g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, 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.

ejecución del trabajo, independientemente de la manera en que se caracteriza la relación en cualquier acuerdo contrario.

5.2. 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.

5.3. 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.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían:

a) velar especialmente por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y

b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

5.4. 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”, en la jerga nacional);

i) el suministro de herramientas, maquinaria o materiales por quien recibe el trabajo;

a) al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y

b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. 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.

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 jurisprudencia 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).

II. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

9. 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.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

6. Importancia de la recomendación

Con un 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 pero no exhaustivo 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

b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en

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 enlentecimiento 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.

beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover 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.

III. SEGUIMIENTO Y APLICACIÓN

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la

organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

IV. PÁRRAFO FINAL

23. 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 (núm. 181).