

Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo

Humberto Villasmil Prieto
César Augusto Carballo Mena

Segunda edición



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo

Humberto Villasmil Prieto
César Augusto Carballo Mena

Prólogo
Antonio Ojeda Avilés



UNIVERSIDAD LIBRE®

2019

Segunda Edición

Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo / Humberto Villasmil, César Augusto Carballo Mena – 2a ed. – Bogotá: Universidad Libre, 2019.

177 p.; 22 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-04-3

1. Legislación laboral - Latinoamérica 2. Procedimiento laboral – Derecho laboral 3. Derecho laboral – Política laboral – Latinoamérica. I. Villasmil Prieto, Humberto II. Carballo Mena, César Augusto III. Ojeda Avilés, Antonio, pr.

344.012 SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN impreso: 978-958-5578-04-3

ISBN digital: 978-958-5578-05-0

Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo

© Autores: Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena

© Universidad Libre

Bogotá, D. C, Colombia

Primera edición (Julio de 2019)

Queda hecho el depósito que ordena la Ley

Edición: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Impreso por Panamericana Formas e Impresos

quien actúa solo como impresor

300 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia



UNIVERSIDAD LIBRE®

Calle 8.ª n.º 5-80

Pbx: (571) 3821000

Bogotá, Colombia

www.unilibre.edu.co

Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo

Estudio introductorio desde la perspectiva del
Derecho Latinoamericano del Trabajo
Humberto Villasmil Prieto

Indicadores de la relación de trabajo
(*Notas sobre el régimen jurídico colombiano*)
César Augusto Carballo Mena

Anexo
Recomendación OIT sobre la relación de trabajo,
2006 (núm. 198)

Directivos Universidad Libre

Presidente: Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente: Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional: Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

Secretario General: Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional: Ricardo Zopó Méndez

Presidente Seccional: María Elizabeth García González

Rector Seccional: Fernando Arturo Salinas Suárez

Decano de Derecho: Luis Francisco Ramos Alfonso

Secretaria Académica: Ana Rocío Niño Pérez

Director del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas:

John Fitzgerald Martínez Vargas

Contenido

Prólogo <i>Antonio Ojeda Avilés</i>	11
Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo <i>Humberto Villasmil Prieto</i>	27
Indicadores de la relación de trabajo (<i>Notas sobre el régimen jurídico colombiano</i>) <i>César Augusto Carballo Mena</i>	91
Anexo Recomendación OIT sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)	157

Los profesores Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena, para alegría y mayores competencias de la comunidad latinoamericana, deciden romper las fronteras venezolanas y brindarle a la Universidad Libre, con sede principal en Bogotá, D.C. (Colombia) y a la sociedad académica en general, un texto en donde se analiza la recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, tema de actualidad a propósito de la conmemoración de los 100 años de existencia de la OIT.

Por consiguiente, para todos aquellos que somos aprendices del derecho del trabajo, esta segunda edición contribuirá, como lo sostiene Antonio Ojeda Avilés, en su calidad de prologuista del libro, en “Introducirnos en el complejo mundo de la epistemología del Derecho del Trabajo por la puerta del principio de la relación laboral”.

Para nosotros es un honor tener en nuestra casa de estudios a tan ilustres cultores del derecho laboral latinoamericano, por lo cual, le apostamos a reproducir pensamientos que sin duda mejorarán este derecho; disciplina que en últimas como derecho social contribuye al progreso de los estados, como lo afirma Luigi Ferrajoli.

Luis Alberto Torres Tarazona

Director del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Libre

La primera edición del presente libro fue publicada en Caracas en el año 2016, gracias a la alianza forjada entre la Universidad Católica Andrés Bello y la Cátedra Fundacional Nohemí Irausquín de Vargas, con el objeto de impulsar –en medio de no pocas vicisitudes– el estudio, desarrollo y divulgación del derecho del trabajo latinoamericano.

Esta nueva edición –que incluye *notas sobre el régimen jurídico colombiano*– debe su publicación a la generosidad y entusiasmo de la Universidad Libre, con sede principal en Bogotá, D.C. (Colombia), a quien los autores expresamos nuestro más sentido agradecimiento y compromiso.

Gracias a la Universidad Libre, a su Facultad de Derecho, al naciente Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social, así como a los docentes de derecho laboral y la seguridad social de dicha universidad, quienes se comprometieron, como nosotros, con la enseñanza de esta bella disciplina.

**Humberto Villasmil Prieto
César Augusto Carballo Mena**

Prólogo

*Antonio Ojeda Avilés**

Aparentemente un libro dedicado a una Recomendación de la OIT, instrumento que carece de fuerza normativa, y por añadidura un libro que lleva la firma de dos de los más prestigiosos expertos en Derecho del Trabajo de América Latina, parece un derroche de ingenio solo imputable al realismo mágico de los países caribeños. Pero si advertimos que el tema de la Recomendación consiste en determinar los ámbitos de la relación laboral, y que el agrio debate de la Conferencia en torno a ella finiquitó condicionando su aprobación a englobarla en la categoría que le da nombre, a despecho de su gran “trascendencia por el tema central que aborda y por la forma en que lo hace” (Ermida Uriarte), la cuestión comienza a tomar otros vuelos. Si por último, miramos la fecha de la Recomendación, 2006, y advertimos cómo un tema tan básico, tan crucial para todo el Derecho del Trabajo que de él depende la aplicación o no de la normativa laboral a cada caso, ha estado esperando en un sueño de décadas hasta alumbrar una medida tan suave, tan elegante que ni siquiera llega a la categoría de los *gentlemen's agreements*, entonces entraremos con gusto en sus entrañas con la seguridad de no salir desilusionados. Porque solo justifica la adopción de una Recomendación la ambigüedad de sus términos, forzosamente elásticos como elástico es el terreno movedizo y cambiante que pisa. Los autores son muy conscientes de los límites de la realidad en que se mueven, y aluden constantemente a la ambigüedad y a la fragilidad de los propios indicios

* Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla.

utilizados para cercar el terreno, por no hablar de la evolución seguida por los legisladores y tribunales en la elección de los más adecuados para determinar qué sea la relación laboral.

En otras épocas, una materia de la importancia de la que nos ocupa habría merecido la promulgación de un Convenio por la Conferencia de la OIT, como vemos, por ejemplo, en lo sucedido cuando se debatió la regulación de una norma mínima de seguridad social en 1952, y nada menos que Estados Unidos defendió hasta el último minuto la necesidad de aprobarla dentro de la categoría de las Recomendaciones, pese a lo cual triunfó la postura de dedicarle un Convenio, lo cual motivó que ese país y algunos otros que le siguieron no lo ratificaran hasta el presente. Hoy día la distancia que media entre un Convenio y una Recomendación parece difuminarse, más allá de que estas últimas no se ratifican, pues, como decía Ermida, son orientaciones no plenamente vinculantes “pero producen efectos que, si son bien explotados, pueden ser de gran utilidad para el derecho laboral y los trabajadores”. Y es que a fin de cuentas, si bien las Recomendaciones sirven exclusivamente para orientar la acción de los gobiernos, “de hecho también se asigna este último papel también a los Convenios, especialmente para los países que no los han ratificado” (Valticos).

Los autores comienzan su exposición con un fragmento de la novela *Cien años de soledad* que ejemplifica con meridiana claridad la importancia de la Recomendación OIT nº. 198: la huelga de las compañías bananeras del río Magdalena en diciembre de 1928, que terminó en los tribunales con una demanda de impago de salarios –se pagaba a los trabajadores con vales de la compañía–, amén de por la insalubridad e iniquidad de las condiciones de trabajo. El tribunal falló solemnemente –como escribe inspirado de la realidad el increíble García Márquez–, que tales reivindicaciones carecían de fundamento porque las empresas bananeras no disponían de trabajadores a su servicio, salvo de manera muy ocasional y esporádica. En la verdad de aquella huelga, la United Fruit Company utilizaba trabajadores contratados por subcontratistas interpuestos, por lo que formalmente nos hallábamos ante una relación triangular en un país que no conocía la responsabilidad *vicaria* del empleado principal, ni solidaria ni mancomunada, por las actividades en su propio ámbito de terceros concertados

mercantilmente. Ese asunto, dice el profesor VILLASMIL, fue la asignatura fundacional del Derecho del Trabajo latinoamericano. La intermediación de los contratistas, la lejanía del empresario principal, también la encontraremos en las relaciones laborales europeas incluso antes de que naciera el Derecho del Trabajo, e incluso antes de la Edad Moderna, si somos capaces de sumar la enorme cantidad de trabajadores, sobre todo mujeres (Dubois, Bru, Levy, Koulischer), que trabajaban a domicilio para un comerciante capitalista que les hacía llegar el material a sus casas y les hacía recoger el producto para venderlo por su cuenta. El uso de contratistas intermediarios no era solo habitual en las grandes compañías bananeras, sino que también puede encontrarse, dicen los autores, en las compañías petrolíferas y en un largo etcétera que comprendería también las minas desde los tiempos romanos, que nos dejaron un contrato de minero aurífero dacio cuyos perfiles parecen obedecer a la práctica del subarriendo de parcelas en la mina. Y siempre, en todo lugar, los subcontratistas han provocado tensiones sin cuento como las que aún se recuerdan en la mina cuprífera de Río Tinto, cerca de Sevilla, como el “Año de los Tiros”, en que las protestas populares contra la intermediación, la insalubridad y los bajos salarios terminaron en una masacre a manos de un regimiento de caballería.

Las fórmulas de simulación, fraude, triangulación y dispersión de responsabilidades han dado al traste desde hace tiempo con aquella distinción antigua entre trabajo autónomo y subordinado, y hoy día las situaciones posibles asumen formas y matices multiplicados casi al infinito, por lo que la Recomendación opta por la técnica de indicios para determinar en cada país la ubicación de la línea divisoria entre las relaciones a las que se aplican las normas laborales y las relaciones a las que se aplican las civiles o mercantiles. No extraña, en consecuencia, que autores como Freedland y Contouris, de la Universidad de Oxford, lleven tiempo insistiendo en la necesidad de salvar la línea y regular una relación unitaria de trabajo personal; y que otros autores hablen de la “ajenidad en el mercado” como criterio para definir al trabajador subordinado, sin advertir quizás que ello supone alterar la línea de separación con los autónomos y englobar a subcontratistas, profesionales y artesanos que dependen de un cliente principal. Ni tampoco extraña que la doctrina europea más atenta a la

imperceptible evolución de las relaciones laborales, como el profesor Fuchs, de la Universidad de Eichstaett-Ingolstadt, no haya dejado escapar sin comentarla la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el asunto 413/13, FNV Kunsten, de 4 de diciembre de 2014, a cuyo tenor no es contrario a la libertad de competencia mercantil el convenio colectivo que fija honorarios mínimos de un autónomo afiliado al sindicato pactante siempre que se trate de un “falso autónomo”, o dicho en otros términos, de un auténtico trabajador subordinado.

Los autores hacen primero un recorrido de la epistemología de la relación laboral en América Latina, comenzando por la delimitación del concepto de patrono en la legislación cubana de 1938 y la objetivación por el maestro Caldera en 1939 del “hecho social trabajo”, así como por los mecanismos de confrontación con el fraude establecidos por los Códigos de Trabajo chileno y mexicano, ambos de 1931. Al observador de otras latitudes le llama la atención la simplicidad de normas similares de la Ley de Contrato de Trabajo española de 1931, cuyo artículo 1 se limitaba a considerar contrato de trabajo, “cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o a varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de éstos, por una remuneración, sea la que fuere la causa o forma de ella”. Aquella prestaba mayor atención a regular la negociación colectiva y la huelga, de la que decía que “en general, no rescindirá el contrato de trabajo” (art. 91), por lo cual se trataba de una ley avanzada, pero en punto a la delimitación de la relación laboral dejaba bastante que desear si la comparamos con las del otro lado del océano de la misma época.

Después de estos prolegómenos, el libro pasa a analizar los antecedentes de la Recomendación, indicando la triste suerte del proyecto de convenio o recomendación de 1998 sobre el trabajo en régimen de subcontratación, pues aún cuando el concepto se había utilizado ya en varios Convenios sobre otras materias (los Convenios 94, 167, 176 y 181), se trataba de un término equívoco en la fricción de los diversos idiomas, hasta el punto de que en lengua francesa se manejan hasta tres conceptos similares pero no idénticos, por lo que habría necesitado un excesivo esfuerzo de matización, y al cabo se prefirió volcarse en el más amplio campo de la relación

laboral, donde sí tendría cabida aquella cuestión dentro de la consideración de las relaciones laborales encubiertas o ambiguas y de las relaciones triangulares de trabajo. No se trata únicamente de antecedentes indirectos. En otras partes del libro hay referencias al Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo, de 2003, seguido muy de cerca por el de 2006, donde ya se ponían de manifiesto los criterios o indicios utilizados en determinados países, por ejemplo, Holanda, Suecia, Venezuela o Sudáfrica, en la fatigosa tarea de debelar la oscuridad de las zonas grises, fronterizas o penumbrosas en el trabajo personal.

El libro pone de relieve una opción de principio de la Recomendación que para el lector menos avezado puede pasar desapercibida: no hay, ni se pretende, una definición abstracta de la relación laboral, sino un señalamiento de los indicios que la califican en tal sentido, y una apelación a los Estados para que pongan en práctica una política nacional de protección a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo. Qué sea ésta no lo vamos a hallar en la Recomendación, que remite a las leyes nacionales para ello, pero ofrece los referidos indicios como señales claras de la calificación. En definitiva, y como indica Luca Nogler, de la Universidad de Trento, se prefiere el método sintético al método analítico, más una acumulación de perfiles que al cabo redundan en la calificación de síntesis, que una definición abstracta de la cual derivar por aplicación de sus rasgos generales la calificación concreta. Pero hay más: La Recomendación opta por proporcionar los rasgos de la relación laboral, sin mencionar en ningún momento al contrato de trabajo. Bien es cierto que, como indican los autores, el contrato sirve en no pocos casos para tratar de desvirtuar con denominaciones interesadas la verdadera entidad laboral de la relación. En algún momento la jurisprudencia española ha considerado válida tal pretensión y ha aplicado en consecuencia el régimen jurídico perseguido por las partes, bien que teniendo a la vista la ambigua realidad del caso. Y hasta cierto punto en otros Ordenamientos de tipo anglosajón los tribunales dejan de lado la aplicación de principios como los de buena fe o la equidad y se atienen a lo escriturado por las partes, interpretando en todo caso la voluntad de las partes. No es tal la dirección de los Ordenamientos continentales europeos, más impregnados del *utrumque ius* medieval, mezcla de Derecho Romano y Derecho Canónico, y los jueces

aplican concienzudamente el principio de realidad, la identidad de la relación demostrada en sus rasgos y no en sus denominaciones, como en su momento indican los profesores VILLASMIL y CARBALLO. Porque quizás en Derecho Civil o Mercantil, donde ambas partes del contrato se alzan en pie de igualdad, cabrá una sujeción judicial a lo pactado por las partes, pero en Derecho del Trabajo, como también de modo similar en Derecho de Consumidores y Usuarios, atenerse al título que le den las partes supondría abrir una amplia vía a la simulación.

Ahora bien, si el contrato en cuanto expresión de un acuerdo entre las partes siempre ha estado abocado a los abusos de la parte dominante, no por ello deja de ser el momento genético que identifica a la relación laboral en sus trazos principales. Si echamos una mirada a contratos de trabajo de otras épocas –y quizás en tal caso sería más oportuno denominarlos de otra forma, por ejemplo contratos laborales– lo absolutamente habitual ha consistido en un texto con la enumeración de las obligaciones y derechos de ambas partes, sirviendo de guía y de prueba en la relación laboral posterior: el salario, la duración temporal, la obligación de obediencia y de lealtad, el tratamiento de las faltas, el modo de extinción del contrato, forman los contenidos contractuales ordinarios, en los que la denominación va a brillar por su ausencia, cuando no va a adoptar alguna de las denominaciones laxas que tan corrientes han sido en el Derecho anglosajón, donde no hay un régimen diferenciado de contratos, pero también en los Ordenamientos continentales, donde lo habitual ha sido una denominación por el oficio –contrato de albañilería, por ejemplo– o por mera redundancia –“escritura de contrata y obligación”, “pleito y postura”, “pacto”, etc.–. Prácticamente muy pocas tipificaciones, casi ninguna, calificándolos como arrendamientos de servicio, con honda preocupación de los civilistas, que pensaron que Pothier había resuelto para siempre y en francés el problema universal de los tipos al escribir su *Tratado* en donde acogía la tripartición arrendaticia del holandés Johannes Voet. No extraña, por tanto, que la doctrina germánica haya intentado resolver el espinoso involucionismo del contrato, o más propiamente, la facilidad de la deriva contractualista, por la vía de olvidar el momento genético y centrarse en la relación jurídica en cuanto continente de los aspectos principales de las obligaciones y derechos de ambas partes. El relacionismo germánico, por

oposición al contractualismo, llegó a extremos de distinguir una categoría denominada relaciones laborales fácticas (*Faktischarbeitsverhältnisse*) en donde el contrato ni siquiera llegaba a producirse por ser contratos nulos o no expresos. No obstante lo cual, fueron los alemanes los primeros en hablar del tipo unitario que hoy admitimos en (casi) todos los países, “contrato de trabajo” (*Arbeitsvertrag*), decenios antes de que los franceses e italianos comenzaran a debatir en torno a esa figura, en concreto con la *Gewerbeordnung* de 1869. Los momentos actuales, que se juzgan como de vuelta al contractualismo, no debieran hacernos pensar que asistimos a un “discreto retorno del arrendamiento de servicios” o en otros términos, a la libertad de calificación por las partes, entre otras cosas porque, como dice de nuevo el profesor Luca Nogler, es el propio Derecho Civil el que está evolucionando de manera más progresista que el Derecho del Trabajo en aspectos como el contratante débil.

Una de las desviaciones más dolorosas para el movimiento obrero en punto a la desviación calificatoria, aunque quizás fuera más preciso considerarla como referida a la desviación del tipo contractual, se estudia por los autores poniéndola en relación con la Recomendación nº. 193 (2002) sobre promoción de las cooperativas de trabajo asociado. En esa Recomendación que buscaba apoyar el espíritu cooperativista entre socios iguales ya se advierte de los peligros de utilizar semejantes cooperativas como vehículo de evasión de la protección laboral. Los autores añaden cómo el Derecho Constitucional latinoamericano advirtió tempranamente de los peligros de ese cooperativismo, de un modo ciertamente precursor, y lo hizo mediante la Constitución cubana de 1940, que ordenó al legislador regularlas de forma que no pudieran utilizarse para eludir o adulterar la normativa de trabajo. Pero el movimiento obrero sigue aferrado con ilusión al modelo cooperativista e igualitario oweniano, y se resiste a pensar en el lado oscuro de la Nueva Armonía y del sindicalismo cooperativista. Quisiera compartir al respecto una amarga experiencia que sufrí en la querida Colombia hace no muchos años, cuando la Confederación de Trabajadores de Colombia me invitó a dar una conferencia en su Congreso, al cabo de la cual se me preguntó entusiásticamente por mi opinión sobre las cooperativas obreras como alternativa a las empresas capitalistas. Aunque traté de explicarlo de la forma más suave posible, creí necesario advertir de las desviaciones de

esas cooperativas que, al menos en España, se estaban convirtiendo con frecuencia en vehículos para pagar mal y con pobre seguridad social a los “socios”, mientras que la habitual carencia de financiación les hacía llevar una vida lánguida y menesterosa. Los rostros felices de los sindicalistas, llegados de todas partes de Colombia, fueron cambiando a medida que les expresaba la cruda realidad, para tornarse sombrías cuando terminé mi breve opinión.

Pero las subcontratas, las cooperativas de trabajo asociado o las empresas de servicios con falsos arrendamientos de servicio son manifestaciones de algo más amplio, que la distinción binaria entre trabajo autónomo y subordinado quedó desbordada por la nueva realidad polimórfica, que se produce, según los profesores CARBALLO y VILLASMIL, por tres condicionantes: el impacto tecnológico, la globalización y el crecimiento del sector terciario. De los tres, el más incisivo para los autores es el de la globalización, de la que resaltan el imperativo de los “cinco ceros”, la polivalencia funcional y el modelo toyotista. La globalización ha convertido también al patrono cercano, nacional, el jefe de la “empresa escueta” que era el destinatario de la legislación de trabajo patria, en subordinado de la gran empresa multinacional cuyo centro de decisión está en otra parte, en China o Estados Unidos. Y me atrevería también a añadir a lo tan magistralmente expuesto por los autores, la globalización nos ha traído también la competencia entre el modelo occidental hasta ahora dominante y un modelo emergente con fuerza, el modelo oriental, o si se quiere, el modo de producción asiático, ahora caracterizado por el dominio autoritario de un factor productivo de primer orden, la mano de obra, a diferencia del antiguo modo de producción asiático, caracterizado por el control autoritario de la distribución del agua. Ese modo de producción asiático se asienta en la ética confuciana de las cinco relaciones en las que prevalece la autoridad de una persona sobre otra, convirtiendo a los fieles en disciplinados soldados industriales. En tal confrontación parece obvio que el resultado hasta el momento se vence en favor del modo de producción asiático, aunque los autores de “Por qué los países fracasan”, Acemoglu y Robinson, aseveran que la fuerza de China no perdurará debido a que no se trata de una economía inclusiva. Y lo importante a nuestros efectos consiste en que en el momento presente las zonas grises de la relación

laboral ya no son únicamente un espacio indefinido en donde el Derecho del Trabajo coloniza espacios antes pertenecientes al Derecho Civil y al Mercantil, sino que ahora concurre con fenómenos en sentido inverso, en donde modernas ramas civiles o mercantiles están penetrando en territorios antaño controlados por la norma laboral. Aquí es donde los autores apuntan a las consecuencias de una reducción paulatina de los linderos de la relación laboral, como producto de políticas públicas que ya no consideran prioritaria la protección del trabajo subordinado, y que podrían interferir –si no lo están haciendo ya– en una descapitalización de la seguridad social, en la fragilidad de los sindicatos, en la competencia desleal entre empresas, en las transferencias de riesgos desde las empresas a los trabajadores, o en la precarización del empleo.

Quedan dos mecanismos defensivos generales a los que los autores dedican su atención antes de entrar en los indicios de laboralidad, y que estudian con base en las leyes de los distintos países latinoamericanos: por una parte, la presunción de laboralidad en caso de duda sobre la calificación, lo que debe tenerse bien distinguido del más sociológico *in dubio, pro operario*, y por otra parte, el principio de realidad, que huye de las denominaciones formales y busca los indicios reales o estructurales de la relación para detectar la auténtica voluntad de las partes.

Uno de los hallazgos más felices del libro consiste en la clasificación del método de indicios en dos subtipos, a tenor de la mecánica seguida para su aplicación. Por un lado, el criterio “vertical” sistematiza los indicios a tenor de su importancia, situando en la cumbre al más decisorio, cuya ausencia irá poniendo en funcionamiento los criterios subsiguientes, aunque debilitando la fuerza de convicción. El peso de cada uno variará según la clase de trabajo y otros factores del caso. Por otro lado, el criterio “horizontal” destaca el número de indicios que acumula un supuesto de hecho para decidir sobre su laboralidad o no, otorgando importancia no tanto a la calidad de ellos, que evidentemente puede variar en función de las circunstancias, cuanto a la cantidad de los mismos polarizados en torno al caso. De cualquier modo, siempre será necesaria la intervención judicial para determinar qué indicios concurren y cuál es su importancia relativa en el caso, igual que también para decidir si además de los criterios

habituales o elencados en una relación como la que efectúa la Recomendación 198 (2006) pueden advertirse otros elementos indiciarios, siempre que nos hallemos, como es el caso de la Recomendación, ante un elenco abierto y no cerrado en *numerus clausus*. Una intervención judicial que los autores entienden sujeta a la sana crítica, conforme a la más clásica e influyente doctrina procesal latinoamericana, y que en el lado europeo se entiende laxamente como libre arbitrio procesal, sometido desde luego y en su caso a las condenas por prevaricación. Son los jueces, orientados quizá por la legislación, quienes deben optar por unos u otros indicios y por unos u otros métodos, o acaso combinarlos a la hora de juzgar su gravedad, concordancia y convergencia, como dicen los autores, en el tópico controvertido.

Siempre desde la perspectiva del derecho latinoamericano del trabajo, los autores entienden que la Recomendación no aporta una innovación sobre métodos ya conocidos en el continente, pero sí una serie de logros, de la que destaca su capacidad de promover una jurisprudencia sobre los indicios de laboralidad muy valiosa para clarificar paulatinamente el estado embrionario de la diferenciación entre trabajo libre y trabajo sometido allí donde es más necesario y donde precisamente la subordinación encuentra sus más crueles expresiones. La imagen del viejo edificio de ocho plantas “Rana Plaza” en la ciudad de Dhaka (Bangladesh) en el mes de abril de 2013, crujiendo siniestramente mientras los encargados de las empresas textiles obligaban a entrar a trabajar a los cientos de obreras que suplicaban no hacerlo, y su derrumbamiento posterior con 1.200 cadáveres, indica bien a las claras la vigencia de la distinción y de la protección dispensada, al menos teóricamente, por el Derecho del Trabajo de cada país. Crueldad que no es nueva, pues el derecho a ausentarse del lugar de trabajo en caso de riesgo grave e inminente ha sido una de las reivindicaciones más importantes de los mineros de todas las épocas, siempre negado y castigado por los propietarios de la mina, pero cuya negación en todos los sectores en pleno siglo XXI nos deja perplejos y descorazonados y nos plantea la duda de si no estaremos en plena involución, tal como en 1500 se inició en la Europa continental la Segunda Subordinación con el reforzamiento del régimen feudal desde Alemania hasta Rusia.

Subsiste el reproche por la baja intensidad de la Recomendación adoptada, cuando la importancia de la materia hubiera exigido un Convenio. Como ya indicaba al principio de este prólogo, no son tiempos para grandes avances y hemos de conformarnos con pequeños pasos, e incluso vanagloriarnos de ellos. El siglo XXI ha despertado con unos gobiernos atemorizados por la volatilidad del capital financiero internacional, poco dispuestos a perder el favor de las grandes empresas multinacionales, capaces de ofrendar a estos nuevos dioses la salud y el bienestar de sus ciudadanos trabajadores a cambio de tenerlos ocupados, y una Recomendación que mantenga claras las diferencias entre una situación y otra tiene un valor positivo no desdenable. Por lo demás, nos hallamos ante un tipo de norma que ha hecho fortuna con renovado ímpetu en el Derecho Internacional, donde nunca se había marchado. Así tenemos en la Unión Europea un instrumento por debajo del nivel de las Recomendaciones, el denominado método abierto de coordinación, una categoría aún más liviana que la Recomendación, por la que los representantes de los Estados miembros comentan entre sí las diversas políticas puestas en marcha por cada país y deciden ellos mismos las mejores prácticas para resolver el problema, un método iniciado en los 1990s en materias de empleo debido a que la Unión no tiene competencias directas en esa materia, pero que progresivamente se ha ido ampliando a otras cuestiones donde la UE no puede intervenir directamente pero cree necesario un impulso convergente, en concreto la protección social, la educación, la juventud y la formación profesional. Y a mismo nivel de las Recomendaciones –se trata de un género en el que estas también se engloban– hallamos toda una serie de normas con el carácter de *soft law*, de Derecho blando, el incumplimiento de cuyas reglas no lleva carreada ninguna sanción, siendo por tanto *leges minus quam perfectae*, pero que tienen un indudable efecto de arrastre ante la opinión pública, como lo tienen también las declaraciones internacionales de principios o de derechos humanos. En todo caso una Recomendación de la OIT poco difiere de un Convenio del mismo organismo internacional, si advertimos que el cumplimiento de estos últimos depende de su ratificación por cada Estado, y que incluso ratificados puede producirse su incumplimiento por el país, que en casos extremos puede llevar al Comité de Expertos CEACR a proponer su condena por la Conferencia Internacional y esta en efecto

declararla solemnemente, con el escarnio público como principal efecto. Pero la OIT prefiere el diálogo directo con los Estados, incluso mediante el envío de observadores, como ocurrió, por ejemplo, con España en los posteriores años de la dictadura del general Franco, cuando las denuncias reiteradas de los sindicatos forzaron a este a permitir la entrada en el país de un grupo de observadores en 1971 cuyo denso y precioso informe sirvió para poner negro sobre blanco las violaciones de derechos de los trabajadores cometidas por las leyes corporativas y por las autoridades del país.

En los momentos actuales, incluso, las diferencias entre Convenios y Recomendaciones quedan en una diferencia de intensidad en cuanto a la aplicación de los primeros, más potente que respecto a las segundas. Cada vez cuesta más trabajo hacer cumplir, incluso con un método tan suave como el diálogo, las normas de la OIT, que se ha convertido en el adalid de un modelo civilizado y equilibrado de relaciones sociales en un mundo donde la desigualdad y el principio de jerarquía a todo trance parece campar sin freno. Ahí tenemos para exemplificarlo el caso Bangladesh, que señalaba antes, donde el gobierno y en general las autoridades públicas del país han hecho causa común con los empresarios dos años después de los acuerdos de inspección y regulación de las fábricas y protestan abiertamente por el costo, las inspecciones y el descrédito que el acuerdo a que se llegó están produciendo sobre el país. Y ahí tenemos también la larga y fatigosa campaña del grupo de los empleadores en el seno de la propia OIT para limitar el alcance del Convenio nº. 87 OIT sobre libertad sindical y conseguir que la consolidada interpretación del Comité de Libertad Sindical en el sentido de que también comprende el derecho de huelga, quede rechazada por una interpretación más estricta en la cual quedaría al margen la libertad de los sindicatos para convocarla y dirigirla, algo realmente exótico pero que por primera vez en muchos años parece que va a llevar a una petición de arbitraje ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya con base en el artículo 37 de la Constitución de la OIT. El mundo se encuentra en ebullición, se marca el tránsito de la primacía de Occidente hacia la de Oriente, pero que, desde el optimismo kantiano, retomará pronto la senda del progreso y de la cual la OIT saldrá fortalecida, junto con una globalización más justa y equilibrada.

La parte más concreta del libro viene dedicada a analizar el perfil de los indicios recomendados por el instrumento internacional. Un nuevo mérito de los autores consiste en contrastar la validez de cada criterio con la profundidad de su implantación en los diversos países y en las legislaciones nacionales. Sin duda que hay países en donde se sigue un único criterio y otros en los cuales el legislador indica a los jueces el haz de indicios primario, para terminar con otros en donde el legislador señala una gradación más que una selección de indicios. Entre los países con una selección de los indicios principales cabe citar a España, donde el art. 1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores 2/2015 proclama su aplicación a los “trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. En cambio, entre los países con una gradación de indicios los autores citan el caso de Bélgica, con el test UNIZO ofrecido por dicha asociación de pequeños empresarios y autónomos, a cuya virtud se puntúan los diversos indicios del aspecto contrario a la subordinación, lo que *mutatis mutandis* lleva a los autores, siguiendo a Bronstein, a un ejercicio de valoración inversa de la dependencia.

No solo se contrastan los indicios de la Recomendación 198 con los elegidos por la legislación nacional de diversos países, sino que también el libro sondea otros indicios no reconocidos en el instrumento OIT pero aparecen en algunas legislaciones y que cualquier país podría seguirlos también, dado que la Recomendación solo presenta un conjunto de criterios sin ánimo ni exhaustivo ni limitativo. Así, el criterio seguido en Suecia o Venezuela de percibir el trabajador en cuestión una remuneración similar a la retribución de trabajadores subordinados con labores análogas.

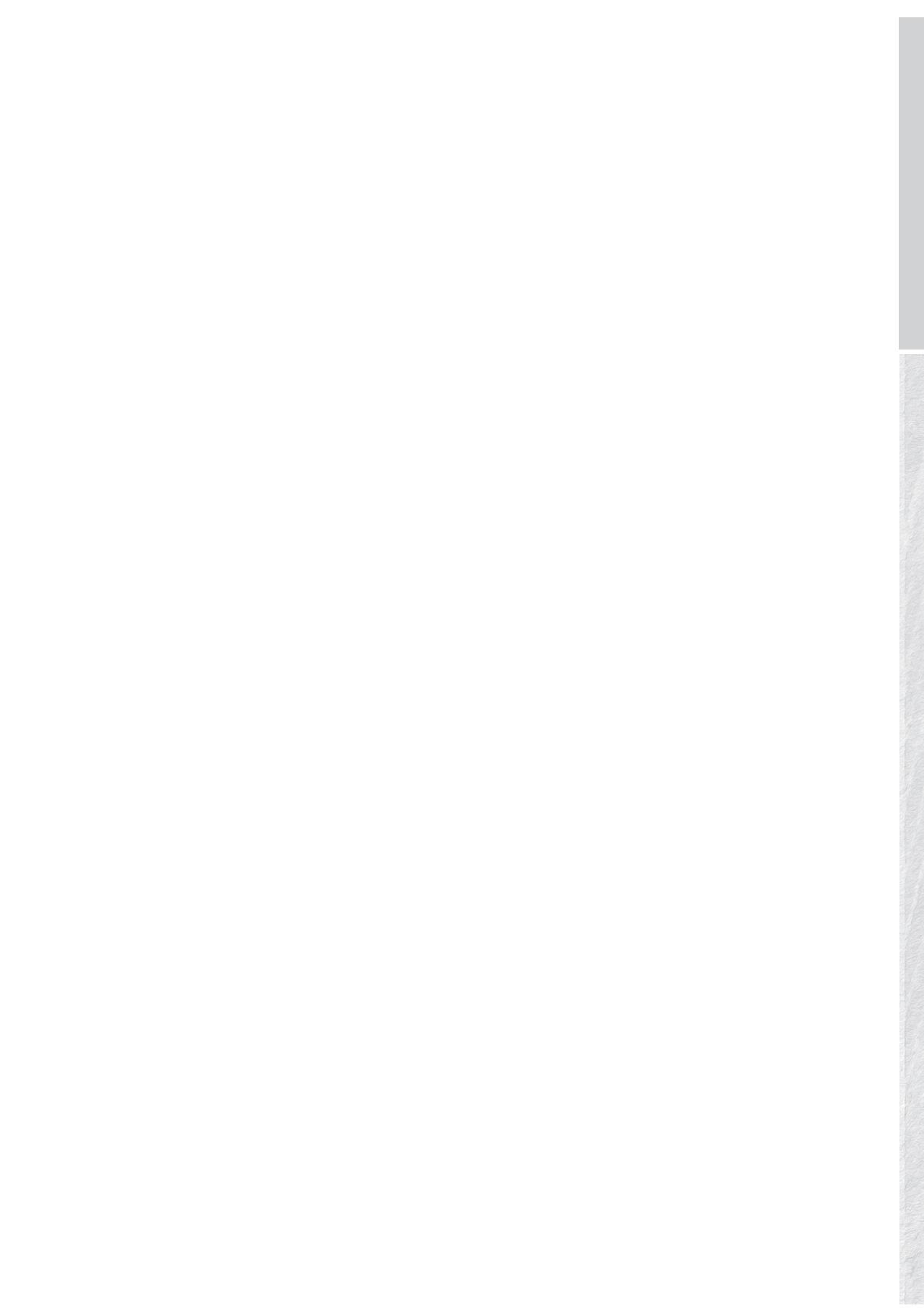
Hay una línea argumental en torno a los indicios que podría complementar el brillante análisis conseguido en el libro. En Reino Unido, donde la industrialización comienza con un siglo de antelación al resto de los países, los criterios sufrieron un proceso de evolución en su manejo judicial bastante claro a través de las sentencias y bien explicado por reconocidos autores como Deakin. Por lo demás, si tenemos en cuenta que en aquel país se produjo bastante antes que en los demás la unificación del tratamiento

jurídico de los trabajadores subordinados –y la presión de los tribunales en torno a la responsabilidad de los empresarios por daños cometidos por sus empleados, a diferencia de los cometidos por los *independant contractors* había sido determinante para ello–, el seguimiento de los criterios de delimitación de la relación laboral podría llevarse aún más atrás del momento de aparición del contrato de trabajo actual. Pues bien, en ese país los tribunales durante mucho tiempo siguieron la guía de un único criterio o indicio para la calificación como laboral de una relación, hasta que finalmente parecen haber llegado a confluir con el resto de países a la hora de adoptar el “haz de indicios” como la fórmula inevitable. Y en el salto de un único criterio al siguiente, la explicación consistió en la progresiva insuficiencia del inicialmente seguido frente a la progresiva complejidad de la vida empresarial.

Así, el indicio del sometimiento a las instrucciones y el control de otra persona como rasgo de relación laboral, que los autores explican con razón plena como el rasgo más prominente de esta, viene seguido por el de la integración en la organización de la empresa dentro del bloque de indicios procedentes del modo de prestación del trabajo. En la jurisprudencia inglesa, como mínimo desde 1880 (caso *Yewens c. Noakes*) se utiliza el primer test del sometimiento al control y a las órdenes del empleador, bien que limitado a la relación laboral de los obreros manuales, el ámbito inicial de las leyes laborales, pero pronto la complejidad de las relaciones en las empresas impide aplicar un indicio tan *personal*, y hacia mediados del siglo XX, al menos a partir del caso *Stevenson, Jordan y Harrison* (1952), se busca conocer si alguien es empleado como parte de un “negocio” y su trabajo se hace como parte integral del mismo, o si por el contrario su trabajo, aunque hecho para un “negocio”, no se integra en él, sino es accesorio a él. Es el criterio que los británicos denominan “de integración o no” en la empresa, y denota hasta qué punto la vida laboral se deshumaniza y llega a depender de alguien situado muy lejos del puesto de trabajo, cuando difuminado en una miríada de accionistas, y en cualquier caso perdido en los grupos de empresas. Al cabo los tribunales británicos confluyen, como se ha dicho, a falta de legislación que aluda al tema, en el punto de coincidencia del test múltiple o haz de indicios después de que Lord Wedderburn señalara cómo la relación laboral se parece a un

elefante, difícil de definir pero fácil de reconocer. La sentencia Ready Mix Concrete de 1968 procede a ponderar un cúmulo de aspectos, y aunque una sentencia posterior, la O'Kelly c. Trusthouse Forte de 1983, ha puesto en entredicho el método del haz de indicios citando una lista de al menos 18 factores relevantes, entre ellos algunos “inconsistentes” para delimitar la relación laboral (Deakin y Morris), será difícil no tenerlo en cuenta a la hora de elegir alguno dentro del conjunto de los posibles, en lugar de atenerse a un criterio inmutable que no existe.

En definitiva, un buen libro sobre un tema capital, que nos introduce en el complejo mundo de la epistemología del Derecho del Trabajo por la puerta del principio de la relación laboral. El lector disfrutará con los análisis de ambos expertos, que ya previamente habían tenido ocasión de detenerse en la materia a través de publicaciones excelentes.



Estudio introductorio desde la perspectiva del derecho latinoamericano del trabajo

*Humberto Villasmil Prieto**

* Especialista principal en Derecho del Trabajo. Unidad de Derecho Laboral y Reforma. Departamento de Gobernanza y Tripartismo, OIT, Ginebra, Suiza. Las opiniones expresadas en la presente publicación incumben solamente al autor y no reflejan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo. Ex profesor en Derecho del Trabajo, de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Caracas, Venezuela, y de otras universidades iberoamericanas. Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO:

I. UN POCO DE HISTORIA: LAS HUELLAS DE UN VIEJO PROBLEMA. II. ANTECEDENTES: EL LARGO CAMINO HACIA LA RECOMENDACIÓN 198. III. JUSTIFICACIÓN Y ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN. IV. UNA NECESARIA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: RELACIÓN DE TRABAJO, RELACIONES DE TRABAJO AMBIGUAS, RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES, TRABAJO PROTEGIDO, RELACIONES CIVILES Y MERCANTILES VERDADERAS. V. LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: A) El principio de la primacía de la realidad; B) La presunción de la existencia de la relación de trabajo (el haz de indicios); C) El principio de la libertad de los medios de prueba; y D) El sentido y utilidad de la Recomendación: una puntualización necesaria.

I. UN POCO DE HISTORIA: LAS HUELLAS DE UN VIEJO PROBLEMA

De antemano valga destacar que el tópico que nos ocupa tiene, en la América Latina al menos, *“Cien años de soledad”*. Ciertamente,

...el nuevo Aureliano había cumplido un año cuando la tensión pública estalló sin ningún anuncio. José Arcadio Segundo y otros dirigentes sindicales que habían permanecido hasta entonces en la clandestinidad, aparecieron intempestivamente un fin de semana y promovieron manifestaciones en los pueblos de la zona bananera. La policía se conformó con vigilar el orden. Pero en la noche del lunes los dirigentes fueron sacados de sus casas y mandados con grillos de cinco kilos en los pies a la cárcel de la capital provincial [...] Sin embargo, antes de tres meses estaban en libertad, porque el gobierno y la compañía bananera no pudieron ponerse de acuerdo sobre quién debía alimentarlos en la cárcel. La inconformidad de los trabajadores se fundaba esta vez en la insalubridad de las viviendas, el engaño de los servicios médicos y la iniquidad de las condiciones de trabajo. Afirmaban además que no se les pagaba con dinero efectivo, sino con vales que solo servían para comprar jamón Virginia en los comisariatos de la compañía [...] Los decrepitos abogados vestidos de negro que en otro tiempo asediaron al coronel Aureliano Buendía, y que entonces eran apoderados de la compañía bananera, desvirtuaban estos cargos con arbitrios que parecían cosa de magia. Cuando los trabajadores redactaron un pliego de peticiones unánime, pasó mucho tiempo sin que pudieran notificar oficialmente a la compañía bananera [...] Cansados de aquél delirio hermenéutico, los trabajadores repudiaron a las autoridades de Macondo y subieron con sus quejas a los tribunales supremos. Fue allí

donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás, trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal. De modo que se desbarató la patraña del jamón Virginia, las píldoras milagrosas y los escusados pascuales, y se estableció por fallo de tribunal y se proclamó en bandos solemnes la inexistencia de los trabajadores.¹

La mayoría de los trabajadores al servicio de la *United Fruit Company*, en las plantaciones de la zona bananera del Magdalena, trabajaban bajo intermediación de contratistas. En el pliego conflictivo de peticiones de los trabajadores huelguistas de La Ciénaga, se incluía “la sustitución de contratos individuales por contratos colectivos”. Pero el asunto no fue solo, desde luego, un tópico de la mejor y más universal literatura latinoamericana de cualquier tiempo. Fue una asignatura fundacional del derecho latinoamericano del trabajo.

En el marco de la huelga de las bananeras de 1954 en Honduras², que tantas consecuencias trajo para ese país³ y acaso para buena parte del istmo centroamericano, el pliego de peticiones que contiene los treinta puntos presentados por los trabajadores en conflicto ante la administración de la United Fruit Company en la persona del Sr. J.F. Aycock, gerente

¹ Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad*. Edición conmemorativa. Alfaguara Hispánica. 2007, pp. 340 a 343. Negrillas nuestras.

² La gran Huelga de abril a julio de 1954, que paralizó no solo las plantaciones bananeras sino a la casi totalidad de la actividad productiva de Honduras, estalló el 30 de abril en las instalaciones de la Tela Railroad Company, en El Progreso, Yoro. Luego se extendería al resto de las instalaciones de la empresa en La Lima, Puerto Cortés y Tela, desde donde se propaga a las plantaciones de la empresa Standard Fruit Co. en La Ceiba. En La Ceiba, los obreros de la embotelladora de bebidas refrescantes y cervezas, los de la fábrica de jabón y manteca y de zapatos, se suman a la huelga de los bananeros. En San Pedro Sula, La Cervecería Hondureña, la Tabacalera Hondureña, varias empresas textiles y los mineros de El Mochito, propiedad de la Rosario Mining Company, se declararon en huelga, asimismo, y en Tegucigalpa los estudiantes universitarios y de secundaria, junto con los maestros paralizaron sus actividades en solidaridad con los trabajadores bananeros y recolectaron fondos y alimentos para los huelguistas.

³ Entre otras que, en 1959 y bajo el gobierno civil del Dr. Ramón Villeda Morales, se dictara el Código del Trabajo de Honduras.

general de la Tela Rail Road Company, en La Lima, Cortés, Honduras, el 11 de mayo de 1954⁴, comenzaba diciendo:

Nosotros, los abajo firmantes y en representación de todos los trabajadores de las diferentes dependencias de la Empresa, apoyándonos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Organización General de la Naciones Unidas, que proclama que toda persona tiene derecho a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo y a la libre organización para la defensa de sus derechos materiales, sociales, culturales y políticos; derecho claramente expresado en el contenido de la Carta Interamericana de Garantías Sociales de Bogotá y aprobada por nuestro Congreso Nacional...

Para enseguida precisar, entre los puntos de reclamo:

- Acordamos dirigir a Ud., las siguientes peticiones [...]
- b) ***Abolición del trabajo por contrato, a excepción de los trabajadores exclusivamente agrícolas del Depto. de Agricultura*** para el cual adjuntamos una tabla especial.
- c) ***Pago directo por la Cía. y no por intermedio de los patronos a la servidumbre asignada a los empleados;*** con un sueldo de L.60.00⁵ las cocineras; de L.50.00 las lavanderas y L.100.00 a los sirvientes de patio, con comida y vivienda.⁶

El 8 de enero de 1938, el subsecretario de Trabajo de la República de Cuba dicta una resolución para determinar el concepto de patrono en las obras de construcción, que decía así⁷:

Por cuanto: Que los derechos que en favor de los obreros se derivan de las leyes sociales vigentes, no pueden quedar a merced de la mayor o menor solvencia económica de los distintos sub-contratistas que a su vez utilizan los contratistas de obras, porque de lo contrario resultarían completamente desamparados, constituyendo ello un procedimiento de fácil utilización para la burla del cumplimiento de lo que las mismas establecen [...]

⁴ Que fue publicado en *El Cronista*, D.C. No. 9068, Tegucigalpa, el 15 de mayo de 1954.

⁵ El lempira, la moneda nacional hondureña.

⁶ Negrillas y cursivas nuestras.

⁷ *Gaceta Oficial* de la República de Cuba de 19 de enero de 1938, p. 910.

Por cuanto: Ante tal situación, es necesario adoptar las medidas procedentes para que cuando de conformidad con los respectivos contratos, resulte que un sub-contratista de una unidad determinada de obra asuma la responsabilidad del cumplimiento de las leyes sociales, relevando de toda obligación al contratista, que debe estimarse de lo contrario el patrono principal de la obra, o si la misma se hiciere por administración subcontractando distintas unidades de la obra, los obreros quedan debidamente garantizados en los derechos que las citadas leyes sociales les conceden [...]

Por tanto: RESUELVO:

1º. Que en todo caso se entenderá como patrono principal en las obras de construcción, al contratista principal de la obra, a cuyo cargo estará el cumplimiento de todas las disposiciones que contienen las leyes sociales con respecto a los obreros que trabajen en las distintas unidades de la obra...⁸

Un año después, en 1939, un joven jurista, el primer corresponsal de la OIT en mi país, escribía un libro de un mérito insoslayable y, al mismo tiempo, premonitorio de una larga vida pública y académica. Entonces no había en Venezuela tradición de estudio del Derecho Laboral, las cátedras sobre la materia eran apenas incipientes, no abundaban bibliotecas jurídicas, además, el autor de la obra no salió nunca del país a estudiar Derecho del Trabajo ni otra disciplina; porque se hizo a sí mismo, cuando no había en rigor un derecho venezolano del trabajo que él mismo contribuyó a levantar de protagónica manera.⁹

Ese corresponsal de la OIT en Venezuela, 1937, luego profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Central, se llamó Rafael Caldera Rodríguez

⁸ Consultado en: *Legislación Social de Cuba*. Recopilada y anotada por José. R. García Pedroza. Apéndice 1938. Biblioteca de la *Revista Cubana de Derecho*. La moderna poesía - Librería Cervantes. La Habana, 1940, pp. 13-14. Negrillas nuestras.

⁹ “A este respecto, me permito sugerir que el establecimiento de una cátedra de legislación social en la Universidad Central, medida que se prevé, creo, en el Proyecto de ley de Universidades, sería un progreso importantísimo”. C. Wilfred Jenks, miembro del Servicio Jurídico de la Oficina Internacional del Trabajo: Informe al Ministerio de Trabajo y Comunicaciones de los Estados Unidos de Venezuela acerca del Proyecto de Código de Trabajo Venezolano de 1938. Consultado en original. Archivos de la OIT en Ginebra.

y el texto de marras, Derecho del Trabajo, publicado originalmente en la Tipografía La Nación de Caracas en 1939.

Una década antes y bajo el régimen del Benemérito General Juan Vicente Gómez, en 1928, se había dictado una Ley del Trabajo que según la casi unánime opinión no tuvo ninguna vigencia efectiva.¹⁰ En 1936 y bajo el gobierno del general en jefe Eleazar López Contreras, circunstancia que confirma esa tradición latinoamericana de que una buena parte de sus legislaciones laborales se dictaron bajo gobiernos militares, se sanciona la primera Ley del Trabajo de efectiva vigencia en Venezuela y, sobre la base de su texto que comenta y explica por sobre todo, Caldera escribe su obra publicada en 1939.

Pues bien, desde un primer momento el tema del ámbito y específicamente de la determinación de la relación de trabajo,¹¹ la cuestión de la *abarcabilidad* de la relación de trabajo (Golding), como se dice ahora, gravitó en aquella obra fundacional del Derecho del Trabajo venezolano y, en buena medida, del latinoamericano, igualmente:

Pero el problema de definir al patrono es, en técnica legislativa, sumamente arduo: es necesario fijarlo en términos que aparten todo intento de fraude a la ley y esos intentos son frecuentes para eludir las cargas legales. Pero, por otro lado, no hay que perder el norte de la justicia, para no echar esas cargas sobre quien no debe soportarlas [...] Al hablar

¹⁰ “El 23 de julio de 1928 se promulgó la primera Ley del Trabajo. Fue una forzada concesión, en teoría, quizá para los solos efectos de la política exterior, del gobierno de Juan Vicente Gómez. Nunca se hizo nada por cumplirla, si se exceptúa la materia de los riesgos profesionales, la única reglamentada por el Ejecutivo, que dio lugar a algunos litigios sonados”. Rafael Caldera Rodríguez. *Derecho del Trabajo. Ensayo de una exposición doctrinal de la materia analizando la situación venezolana y la legislación y jurisprudencia venezolanas*. Caracas. Tipografía La Nación, 1939, p. 94.

¹¹ “Esta es la gran incógnita para la supervivencia del Derecho del Trabajo. Concebido como un instrumento de protección para los trabajadores asalariados, estrechará su campo de aplicación en la medida en que se disminuyan sus destinatarios: sin asalariados no hay Derecho del Trabajo, y la intensidad del seísmo que ha impactado al sistema actual incrementa el mercado del sector informal en perjuicio de los asalariados que se fugan hacia el trabajo autónomo e independiente”. Rafael Albuquerque De Castro: *EPPUR SI MUOVE*, consultado en mímeo, Lima, Perú, noviembre 2009, p. 21.

nuestra Ley de la persona que ‘por cuenta propia o ajena’ tenga a su cargo la gestión de una empresa, ha querido obligar a favor de los trabajadores a aquellas personas que, a pesar, de representar a otras, obran respecto de ellos como si estuvieran ejerciendo la gestión de sus propios negocios.¹²

Más aún, en la segunda edición de esa obra, la idea del “trabajo como hecho social” asumida como criterio delimitador del ámbito del Derecho del Trabajo, aparecía ya apuntando a un elemento definitorio de la relación de trabajo, suficientemente flexible y al mismo tiempo incluyente, dicho esto muchos años antes de que se admitiera que la subordinación, piedra de toque sobre la cual se levantó el Derecho del Trabajo occidental, entrara ya en una crisis acaso irreversible. Ese es precisamente su principal mérito y no el único, desde luego.

Al comentar Caldera las consecuencias que se derivarían de la concepción del trabajo como hecho social, escribía:

Es ella –la idea del trabajo como hecho social– 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 original 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 las normas laborales a trabajadores no subordinados jurídicamente.¹³

Esa doctrina se receptó claramente en la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de Venezuela de 1990, de la cual Caldera fue su principal proyectista, y explica así el texto de su artículo 1, todavía vigente: “Artículo 1º. Esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social”, definición de clara orientación objetiva –el trabajo– que contrastaba con la de la Ley de 1936 cuyo artículo 1º. sancionaba, en perspectiva más bien subjetiva y refiriendo antes a los sujetos de la relación

¹² Rafael Caldera Rodríguez. *Derecho del Trabajo*, pp. 133-134. Negrillas nuestras.

¹³ *Derecho del Trabajo*. 2a. edición (3^a. reimpresión). Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1972, p. 79. Negrillas nuestras.

de trabajo, que “la presente ley regirá los derechos y las obligaciones de patronos y obreros o empleados con ocasión del trabajo”. Esa misma idea terminó inscribiéndose sesenta años después en la vigente constitución de la República en su artículo 89: “El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado (...)"

Pero, en el mismo momento de la irrupción de la codificación del derecho laboral latinoamericano que puede ubicarse en 1931, año virtuoso para la disciplina por donde se le mire, con la sanción ese mismo año de los códigos de Chile y de México, es obvio que el tópico mereció una atención particular.

El artículo 16 del Código chileno de 1931 disponía, a la sazón, lo siguiente:

El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural.¹⁴

La Ley Federal del Trabajo de México del 18 de agosto de 1931, por su parte, dispuso en su Artículo 5º:

Intermediario es toda persona que contrate los servicios de otras para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrón. No serán considerados como intermediarios, sino como patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios.¹⁵

En 1936, Venezuela discute y sanciona, finalmente, su primera Ley del Trabajo de aplicación efectiva. El artículo 4º, del proyecto de Ley del Trabajo venezolana de 1936 establecía: “Intermediaria es toda persona que contrate los servicios de otras para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono, quien, desde luego, queda obligado por la gestión de aquella”,¹⁶

¹⁴ Decreto con Fuerza de Ley No. 178 publicado en el *Diario Oficial* de 28 de mayo de 1931. Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1932, p. 10.

¹⁵ Ley Federal del Trabajo. Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo. Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931.

¹⁶ Proyecto de Ley del Trabajo. Primera parte (reimpresión), 1936. Imprenta Nacional.

texto obviamente influido por el antecedente directo que le significó el artículo 5 de la Ley Federal del Trabajo mexicana (LFT) de 1931.

Apens dos años después de sancionada la Ley del Trabajo de 1936, el Congreso de Venezuela discutió –y al final no sancionó, por cierto y lamentablemente– uno de los textos más técnicos de todos cuantos a la fecha se habían redactado; el Proyecto del Código del Trabajo de 1938, considerado en esos años iniciales de la Codificación del Derecho del Trabajo en la América Latina como un texto señorío. En su preparación desempeñó un papel destacadísimo C. Wilfred Jenks, años después director general de la OIT (1970-1973).

En fundamento de lo que se acaba de afirmar, tómese en cuenta que en la Nota Explicativa (“Método seguido en la codificación y anotación de las disposiciones de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo contenidas en el <<Código Internacional del Trabajo>>”), se lee que “el plan general adoptado en el Código de 1939 era una adaptación del seguido en el Proyecto de Código del Trabajo, 1938, de Venezuela. (Imprenta Nacional, Caracas, 1938), el cual se inspiraba más que ningún otro código o proyecto de código nacional del trabajo en los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo”.¹⁷

En lo que interesa, el artículo 8 de ese texto decía así:

Se consideran representantes de los patronos, y en tal concepto obligan a estos en sus relaciones con los trabajadores, los directores, gerentes, factores, administradores, capitanes de naves, y en general todas las personas que en nombre de otro ejerzan funciones de dirección o administración.

Cuando una persona contrate los servicios de otra para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono, este queda obligado por la gestión

¹⁷ Ver: Oficina Internacional del Trabajo. Código Internacional del Trabajo 1955. Ginebra 1957. Vol. I, p. XCVI, Nota al pie No. 1. Publicado en dos volúmenes bajo la dirección, al igual que el Código Internacional del Trabajo de 1939, del Dr. C. Wilfred Jenks, quien para la preparación de la versión en español fue apoyado decisivamente por el Dr. Manuel Araoz y Balseyro, doctor en Derecho de la Universidad de La Habana y funcionario de la División Jurídica de la Oficina. Cursivas y negrillas nuestras.

de aquel intermediario, siempre que lo hubiere autorizado para la gestión de que se trate o hubiere recibido la obra ejecutada. No serán considerados como intermediarios sino como patronos, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios; sin que basten a considerarse como tales elementos los simples útiles o herramientas de trabajo: Cuando el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, tuviere que asociar a su trabajo a un auxiliar o ayudante, el patrono lo será también de este.

Con fecha 10 de octubre de 1938, C. Wilfred Jenks, miembro del Servicio Jurídico de la Oficina Internacional del Trabajo, presenta un Informe al Ministerio de Trabajo y Comunicaciones de los Estados Unidos de Venezuela a propósito del Proyecto de Código de Trabajo Venezolano de 1938.¹⁸ El tema que nos ocupa mereció varias referencias puntuales de su parte que dejan ver, desde entonces, la relevancia del asunto:

De mis conversaciones relativas a las disposiciones del título preliminar se destacaron tres cuestiones que afectan respectivamente: a la posición de los trabajadores ocupados por las autoridades públicas; a la presunción por parte de los sindicatos de que las grandes compañías tratan de eludir su responsabilidad mediante el empleo de contratistas, y a las fuentes que han de ser invocadas en aquellos casos que no hayan sido expresamente previstos en el texto del código¹⁹ [...] Otros de los motivos de queja de los trabajadores, que ha sido manifestado con mucha frecuencia por los sindicatos de las regiones petrolíferas, consiste en el empleo de contratistas por las compañías, lo cual consideran los trabajadores como un medio de eludir sus responsabilidades ante la ley [...] La cuestión que se plantea es, pues, la de determinar cuando la ejecución de ciertos trabajos por mediación de contratistas tiene o parece ha de tener tal efecto, si los trabajos sean ejecutados directamente por las compañías...²⁰

El Informe, al considerar todos los ángulos del tema se preocupó por destacar la particularidad de las labores ejecutadas por contratistas, dicho de otro modo, de la externalización de actividades que, si bien vinculadas

¹⁸ Se consultó en original mimeografiado en los archivos de la OIT en Ginebra.

¹⁹ P. 4. Negrillas y cursivas nuestras.

²⁰ *Ibid.*, p. 6.

indisolublemente al objeto de la empresa, ella terminaba por no ejecutar directamente.

Dijo Jenks:

En estas circunstancias, me parece que no sería ni factible ni justo obligar a las compañías a que realizaran todas estas actividades sinnúmero por administración directa. Incluso las compañías afiliadas a grupos internacionales, tales como la 'Royal Dutch Shell' y la 'Standard OIL', podrían difícilmente contar con tan ilimitados recursos dentro de su propia organización. La prohibición de recurrir a los contratistas debe, por tanto, ser considerada como impracticable e incluso indefendible en principio.²¹

Con todo, la solución del Artículo 8 del Proyecto venezolano de 1938 se orientó en el sentido de declarar la responsabilidad de la empresa beneficiaria respecto de los trabajadores de sus contratistas a quienes confían la ejecución de obras:

La situación de los trabajadores ocupados por los contratistas constituye uno de los motivos más notorios de discordia que existen hoy día en los campos petrolíferos e importa, a mi entender, emprender las gestiones más indicadas para remediar algo esta situación. Admitiendo que es imposible prohibir la intervención de contratistas, la cuestión se reduce a determinar hasta qué punto las compañías de petróleo deberán ser legalmente responsables del cumplimiento de la legislación social por los contratistas a quienes ellas confían la ejecución de sus obras. Si tales contratistas son intermediarios, en el sentido del artículo 8 del proyecto de Código, las compañías serán desde luego plenamente responsables de la conducta de ellos...²²

Más aún, la primera reforma de la Ley del Trabajo venezolana de 1936 que se sancionó en 1944 –entró en vigencia al año siguiente– tuvo por objeto, precisamente, clarificar las obligaciones de las empresas en casos de acudir a intermediarios y/o contratistas que realizaran obras inherentes o conexas a la actividad de aquélla

²¹ *Ibid.*, p. 7. Negrillas y cursivas nuestras.

²² Pp. 8-9. Negrillas y cursivas nuestras.

Lo dicho confirma que el Derecho Laboral latinoamericano, desde su momento fundacional, se planteó de modo particular el tema de las relaciones triangulares de trabajo, su regulación y, muy especialmente, el combate contra las relaciones de trabajo no protegidas que pudieran surgir de ciertas modalidades de ellas.

II. ANTECEDENTES: EL LARGO CAMINO HACIA LA RECOMENDACIÓN 198

En su 86^a reunión, celebrada en Ginebra entre el 2 y el 18 de junio de 1998, la Conferencia Internacional del Trabajo consideró un estudio²³ que acompañó un proyecto de convenio y de recomendación²⁴ sobre el **trabajo en régimen de subcontratación**, ninguno de los cuales se adoptó finalmente. Empero, esa misma Conferencia aprobó la *Resolución relativa a la posible adopción de instrumentos internacionales para la protección de los trabajadores en las situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en Subcontratación*, que decía así:

Considerando que la Comisión del Trabajo en Subcontratación ha comenzado a identificar las situaciones en las que los trabajadores precisan protección, y

Considerando que la Comisión ha hecho progresos en tales temas,

1. Invita al Consejo de Administración de la OIT a introducir estos temas en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo con miras a la posible adopción de un convenio complementado por una recomendación si la Conferencia, de acuerdo con los procedimientos reglamentarios, considera necesaria tal adopción. Invita también al Consejo de Administración a tomar medidas para que este proceso se complete en un plazo no mayor de cuatro años desde ahora...

²³ Informe V (2A). Trabajo en régimen de subcontratación.

²⁴ Informe V (1). Propuesta de convenio.

Ello, con todo y lo inusual que resultó que inscrito el tema en el orden del día de la Conferencia, luego de años de estudio y de discusión, no pudieran adoptarse los instrumentos,²⁵ salvó ciertamente la posibilidad de que a futuro pudiera volverse sobre un asunto que, como ***la relación de trabajo***, además de estar en el centro del mandato de la Organización, al final soporta toda la arquitectura del sistema normativo internacional de protección del trabajo, como el propio texto de la Recomendación 198 de 2006 reconocerá explícitamente. Más bien, de seguro sorprenderá constatar que el Siglo XX concluyó sin que la OIT se hubiera dado un instrumento sobre el tema, no obstante que el tópico había ocupado a la Organización desde hacía mucho tiempo.

La discusión que se suscitó y, sobre todo el texto de la resolución, dejaba claro que el término ***subcontratación*** terminaría por abandonarse²⁶ –a los efectos de la Recomendación, entiéndase, dado que esa voz había sido

²⁵ El Consejo de Administración en 1995 había acordado por consenso inscribir este punto en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo.

²⁶ Al menos con relación al instrumento que finalmente se adoptara específicamente sobre este tópico, pues en otros la OIT lo había utilizado frecuentemente, como se comprobará luego. Con todo, conviene retener a los efectos de alguna consideración futura el texto del Convenio propuesto a la Conferencia que diferenciaba entre el «trabajo en régimen de subcontratación», el «subcontratista» y el «intermediario»:

Artículo 1. A efectos del presente Convenio:

a) la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y cuando:

i) el trabajo se realiza con arreglo a una relación contractual directa entre el trabajador y la empresa usuaria, o

ii) el trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;

b) el término «subcontratista» designa a una persona física o jurídica que realiza un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta, distinto de un contrato de trabajo;

c) el término «intermediario» designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores.

utilizada en otros instrumentos de la OIT– sobre todo por la dificultad de homologar un concepto único sobre ello considerando los distintos sistemas jurídicos, sin obviar diferencias de idioma, de entrada, entre el inglés, el francés y el castellano.²⁷

En efecto, la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en su 91.^a reunión, 2003, habiendo celebrado una discusión general sobre la base del Informe V, *El ámbito de la relación de trabajo*, adoptó la *Resolución relativa a la relación de trabajo* que dejó servida la posibilidad de que tres años después se aprobara la Recomendación 198 (2006) sobre *la relación de trabajo*.

El párrafo final de la *Resolución relativa a la relación de trabajo (2003)*, que recogía los términos de la discusión general celebrada, resultó al final determinante para justificar la posición del grupo empleador que en la Conferencia de 2006 se abstuvo al momento de la adopción del instrumento que contó, ciertamente, con el apoyo unánime del grupo trabajador y de una mayoría de los gobiernos. El párrafo 25 del texto de la Resolución dispuso:

La OIT debería prever la adopción de una respuesta internacional sobre este tema. La Comisión considera que una recomendación sería el instrumento correcto y que ésta debería centrarse en las relaciones de trabajo encubiertas y en la necesidad de contar con mecanismos para garantizar que las personas que son parte de una relación de trabajo tengan acceso a la protección que les corresponde en el plano nacional. Dicha recomendación debería brindar orientación a los Estados Miembros, sin definir universalmente la esencia de la relación de trabajo. Debería ser lo suficientemente flexible para tener en cuenta

Apud, Proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación. Informe V (1) Trabajo en régimen de subcontratación y medianas empresas. Quinto punto del orden del día. Conferencia Internacional del Trabajo. 86.^a reunión, Ginebra, junio de 1998.

²⁷ Las voces inglesas *sub contracting* o *contract labour* distan de la noción de contratista, subcontratista (de la contrata en el Derecho español) o la del intermediario en los países de tradición romano-germánica. En lengua francesa, cabe diferenciar de entrada entre la *sous-traitance*, la *sous-entreprise* o la *mise à disposition*.

las diferentes tradiciones económicas, sociales, jurídicas y de relaciones laborales, y abordar los problemas de género. Esta recomendación no debería interferir con los auténticos contratos comerciales y arreglos contractuales con trabajadores independientes.

Debería promover la negociación colectiva y el diálogo social como vías para encontrar soluciones al problema en la esfera nacional y tomar en consideración la evolución reciente de las relaciones de trabajo y las presentes Conclusiones. Por consiguiente, se invita al Consejo de Administración a incorporar este punto en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. La cuestión de las relaciones de trabajo triangulares no se resolvió.

Quedaba aclarada al menos una cuestión crucial como la terminología que se asumiría a futuro –se abandonaba definitivamente la referencia a la subcontratación– y, lo que resultaba muy relevante, que el instrumento por considerar sería una recomendación. De cualquier manera, subsistió un desacuerdo básico que al final tuvo una especial repercusión: para algunos, la orientación que guiaría el instrumento futuro debió surgir, exclusivamente, del texto del párrafo 25 de la **Resolución relativa a la relación de trabajo** (2003), con lo que debía entenderse que quedaría excluida toda referencia a **las relaciones triangulares de trabajo**. Para otros, por el contrario, la orientación del instrumento debía surgir de una consideración global de la resolución, entendida en su integridad, y, así, el que se indicara en el párrafo mencionado que “la cuestión de las relaciones de trabajo triangulares no se resolvió”, no cabía interpretarlo como que a futuro no podía ser abordado y eventualmente resuelto, como en efecto lo pretendió el proyecto y el texto adoptado de la Recomendación 198.²⁸

²⁸ Con relación a este punto, el texto propuesto por la Oficina fue de este tenor: “(...) establecer normas aplicables a las situaciones en las cuales un trabajador asalariado presta servicios en beneficio de una tercera persona, a fin de determinar con claridad quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién debe responder por ellos...” Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006. Informe V (2B). La relación de trabajo. Quinto punto del orden del día. Oficina Internacional del Trabajo. *Proyecto de recomendación sobre la relación de trabajo*.

En la 95^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2006) se adopta finalmente la Recomendación sobre la relación de trabajo, la Recomendación 198 en lo adelante, cuyo objeto es garantizar la protección efectiva a los trabajadores que realizan su actividad en el marco de una relación de trabajo y que, en esa orientación, se ocupa de dos aspectos básicos vinculados con ello: de una parte, las llamadas **relaciones laborales encubiertas o ambiguas**²⁹ y, de la otra, **las que vinculan a más de dos personas: las relaciones triangulares de trabajo.**³⁰

Se trata de una recomendación autónoma o independiente pues no se adoptó junto a un convenio que ella vendría a reglamentar.

En línea con el párrafo 25 de la resolución de la CIT (2003), la Recomendación 198 renuncia, coherentemente con sus antecedentes, a definir la relación de trabajo, lo que delega a la legislación y a la práctica nacional:

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.³¹

La estructura de la Recomendación es comparativamente simple y se conforma de un preámbulo seguido de cuatro títulos: i) Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; ii). Determinación de la existencia de una relación de trabajo; iii) Seguimiento y aplicación; iv). Párrafo final.

²⁹ 4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: [...] 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... (Recomendación 198, I.4.b).

³⁰ “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” (Recomendación 198, I. 4.c).

³¹ Recomendación 198, I.2.

III. JUSTIFICACIÓN Y ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

Se intenta, de una parte, acometer una lectura de la Recomendación desde el Derecho latinoamericano del Trabajo, considerando sus antecedentes y el desarrollo y significación de sus instituciones más tradicionales y directamente vinculadas con el tema.

Ciertamente, *la Resolución adoptada por la 95^a reunión de la CIT (2003)*, invitó al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo a dar instrucciones al director general para que “3. Lleve a cabo encuestas sobre los sistemas jurídicos de los Miembros, a fin de precisar los criterios utilizados en el plano nacional para determinar la existencia de una relación de trabajo, y poner los resultados a disposición de los Miembros para, de ser necesario, ayudarles a definir su propio enfoque nacional para tratar esta cuestión”.

IV. UNA NECESARIA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: RELACIÓN DE TRABAJO, RELACIONES DE TRABAJO AMBIGUAS, RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES, TRABAJO PROTEGIDO, RELACIONES CIVILES Y MERCANTILES VERDADERAS

Se impone, de entrada, una precisión terminológica a propósito de conceptos, si bien próximos, ciertamente diferentes. Inclusive, en el propio ámbito de la OIT se suscitó un cambio terminológico sobre el tema que nada tiene de casual, como es obvio, y que se movió desde el título del frustrado Convenio de 1998 sobre <<la subcontratación>> (*contract-labour*), que siguió con la discusión general que convocó la Conferencia Internacional del Trabajo de 2003 sobre <<el ámbito de la relación de trabajo>> (*The scope of labour relation*), hasta la Recomendación 198 sobre <<la rela-

ción de trabajo >>(*The labour relationship*) adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2006, de título escueto, sin duda, lo que se explica por la orientación del instrumento, sobre lo cual volveremos.

El tópico, antes y ahora, tuvo y tendrá una relevancia capital, pues “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”.³²

Ahora bien, desde el propio momento fundacional del derecho laboral latinoamericano, los Códigos que comenzaron a sancionarse a partir de los primeros años de la década de los treinta³³ normaron de ordinario el supuesto de las *relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas* que la Recomendación 198 entiende “cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica”.³⁴

Asimismo lo hicieron respecto de las *relaciones triangulares de trabajo*³⁵, esto es, de una relación que si bien vincula en principio a un trabajador y a su empleador, al mismo tiempo suponía la intervención de un tercero que en aquel entonces tomaba de ordinario la forma de un intermediario o de un contratista y hoy, además, del sub-contratista, del *outsourcing*, de empresas de trabajo temporal (ETTs), de cooperativas de trabajo asociado, de empleados de franquicias, de órdenes de servicios profesionales (OSP), en fin, de un tercero que intermedia en la relación

³² Recomendación 198 sobre la relación de trabajo (2006), Rec. 198 en adelante: Considerandos, párrafo No. 4.

³³ Y en concreto, el Código del Trabajo de Chile y la Ley Federal del Trabajo de México de 1931, inaugurando una secuencia que llegaría hasta la sanción del Código de Trabajo de El Salvador de 1963.

³⁴ Ver: Rec. 198. I.4.b.

³⁵ 4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes 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” (Rec. 198. I.4.c).

de trabajo. Se trata de relaciones triangulares de trabajo o, como se ha generalizado, de **relaciones de trabajo tercerizadas**, en la terminología que se ha venido asumiendo, incluso en algunas experiencias legislativas recientes en la región latinoamericana.³⁶ Valga aclarar de entrada y en la intención de delimitar terminológicamente lo que corresponda, que **la relación triangular de trabajo** supone una sola relación jurídica con participación de tres partes, lo que es distinto de la **pluricontratación** que por definición supone más de una relación jurídica.

La figura del **contratista**, reconocida como un sujeto de la relación de trabajo, tuvo como finalidad normar una externalización de actividades vinculadas directamente con el giro de la empresa que ella decide administrar de manera indirecta. Tardaría en generalizarse el anglicismo *outsourcing*, pero no así la idea de una descentralización de las actividades productivas, lo que en el derecho laboral latinoamericano tuvo desde su momento fundacional, valga insistir, una consideración y tratamiento puntual.

Al mismo tiempo, la razón que justificaba la intermediación laboral propiamente, ora por vía de la intermediación, *stricto sensu*, o de los contratistas, no desestimó tradicionalmente el efecto de la desprotección, o lo que es igual, que la triangulación de la relación de trabajo arrojara, bien por prácticas simulatorias, por fraude de ley o por una suerte de *descentralización en cascada o sub-contratación en serie* al final no regulada, relaciones de trabajo que si bien antes parecían perfectamente nítidas, terminaban por resultar ambiguas o encubiertas (*labour relation disguised*)³⁷ y, por ende, desprotegidas.

³⁶ Ver, por todas, la Ley 29245 del 23 de junio de 2008 (Perú), que regula los servicios de tercerización.

³⁷ Rec. 198:

4. National policy should at least include measures to: [...]

(b) **combat disguised employment relationships** in the context of, for example, other relationships that may include the use of other forms of contractual arrangements that hide the true legal status, noting that a disguised employment relationship occurs when the employer treats an individual as other than an employee in a manner that hides his or her true legal status as an employee,

Ello explica los términos del número I.1 de la Rec. núm 198:

Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encamionada 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.**³⁸

De otra parte, la redacción del número I.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.³⁹

En fin, el contenido mínimo de esa Política Nacional de Protección de los Trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir conforme con la Recomendación:

- a) Orientaciones para determinar la existencia de la relación de trabajo y la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;
- b) El combate contra las relaciones de trabajo disfrazadas o encubiertas;
- c) La determinación de las 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;

and that situations can arise where contractual arrangements have the effect of depriving workers of the protection they are due; [...]

6. Members should:

- (a) take special account in national policy to address the gender dimension in that women workers predominate in certain occupations and sectors where there is a high proportion of **disguised employment relationships**, or where there is a lack of clarity of an employment relationship. (Negrillas y cursivas nuestras).

³⁸ Negrillas y cursivas nuestras.

³⁹ Negrillas y cursivas nuestras.

- d) Las normas que estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección;
- e) Mecanismos apropiados para la solución de controversias;
- f) Atención especial a los trabajadores más vulnerables especialmente afectados por la incertidumbre respecto de la existencia de la relación de trabajo;
- g) 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 las que existe falta de claridad;
- h) La colaboración de y entre las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores;
- i) La atención de los trabajadores contratados en un país para trabajar en otro, en cuyo caso, los miembros interesados pueden considerar la posibilidad de acuerdos bilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas; y
- j) La no afectación de las relaciones civiles y comerciales legítimas.

Pero mucho antes de la adopción de la Recomendación 198, la OIT se había ocupado de las relaciones triangulares de trabajo, si bien en el marco de instrumentos de objeto muy distinto: el Convenio 94 sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949, dispuso en su artículo 1.3: “El presente Convenio se aplica a las obras ejecutadas por **subcontratistas o cesionarios de contratos**, y la autoridad competente deberá tomar medidas adecuadas para garantizar la aplicación del Convenio a dichas obras”⁴⁰

Por su parte, el Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988, dispuso en su artículo 2º: “A los efectos del presente Convenio: (...) e) la expresión *empleador* designa: i) cualquier persona física o jurídica que emplea uno o varios trabajadores en una obra, y ii) según el caso, **el contratista principal, el contratista o el subcontratista(...)**”⁴¹

⁴⁰ Negrillas y cursivas nuestras.

⁴¹ Negrillas y cursivas nuestras.

El Convenio 176 sobre seguridad y salud en las minas, 1995, dispuso en su Artículo 1º: “(...) 2. A los efectos del presente Convenio, el término **empleador** designa a toda persona física o jurídica que emplea a uno o más trabajadores en una mina, y según proceda, al encargado de la explotación, **al contratista principal, al contratista o al subcontratista.**^{42”}

El Convenio 177 sobre el trabajo a domicilio, de 1996, por su parte, dispuso en su artículo 8º: “Cuando esté permitido **el recurso a intermediarios** en el trabajo a domicilio, las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios deberán determinarse mediante la legislación o decisiones judiciales, de conformidad con la práctica nacional”.⁴³

Por fin, el Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, sobre el cual volveremos puntualmente, dispone en su artículo 1º, que:

la expresión **agencia de empleo privada** designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:
(...) b) **servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución (...)**

De cualquier manera, es obvio que en las normas internacionales del trabajo que desde antiguo se ocuparon del tema, el interés fue siempre alertar y procurar que ciertas modalidades de relaciones triangulares no arrojaran trabajos desprotegidos. Eso explica que en el momento de la adopción de la Recomendación 193 sobre la promoción de las cooperativas de trabajo asociado, 2002, la OIT debiera advertir contra una mediación de trabajo por empresas cooperativas que terminan, fácticamente, evadiendo la protección que surge de la legislación laboral o, en fin, fomentando relaciones laborales ambiguas o encubiertas:

b) **velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer**

⁴² Negrillas y cursivas nuestras.

⁴³ Negrillas y cursivas nuestras.

relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas.⁴⁴

Al respecto, 36 años antes la OIT adoptaba la Recomendación 127 sobre las cooperativas (países en vías de desarrollo), 1966, que nada decía con relación al asunto. Entonces el problema de la reducción del ámbito del trabajo por cuenta ajena efectivamente protegido no tenía la dimensión que tiene ahora.

No obstante, y de un modo ciertamente precursor, el Derecho Constitucional latinoamericano advirtió el problema muy tempranamente. La Constitución cubana de 1940 dispuso al respecto:

Art. 75.- La formación de empresas cooperativas, ya sean comerciales, agrícolas, industriales, de consumo o de cualquier otra índole, serán auspiciadas por la Ley; pero ésta regulará la definición, constitución y funcionamiento de tales empresas de modo que no sirvan para eludir o adulterar las disposiciones que para el régimen del trabajo establece esta Constitución.

Con todo, quede dicho desde ya, las nociones *relación triangular de trabajo* y *relaciones de trabajo ambiguas*, deben distinguirse. El Libro Verde: *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, de la Comisión de las Comunidades Europeas, lo entendió así:

La aparición de distintas formas de trabajo atípicas difumina las fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Pueden surgir diferencias sobre la condición jurídica de una relación laboral cuando está oculta o si surgen verdaderas dificultades de ajuste entre unas nuevas modalidades de trabajo dinámicas y la relación laboral tradicional.

Existe trabajo oculto cuando una persona trabajadora por cuenta ajena no está considerada como tal, para disimular su verdadera

⁴⁴ Negrillas nuestras.

situación jurídica y evitar determinados costes como los impuestos y las cotizaciones de seguridad social. Esta práctica ilegal puede proceder de un uso indebido de las disposiciones del Derecho civil o mercantil [...]

La «**relación de trabajo triangular**» entre una empresa usuaria, un trabajador por cuenta ajena y una empresa de trabajo temporal corresponde por lo general a la situación en la que esta última contrata a un trabajador y después lo cede a una empresa usuaria para efectuar prestaciones en virtud de un contrato mercantil. La «dualidad de empleadores» resultante aumenta la complejidad de la relación laboral.⁴⁵

Ahora bien, la conexión entre las dos nociones apuntadas se explica pues, según sea su modalidad, la triangulación hará más factible la ambigüedad o el encubrimiento, en tanto estimule relaciones ubicadas al final en las llamadas *zonas grises o de frontera*⁴⁶ donde el contrato de trabajo, que implica necesariamente la prestación de un servicio personal, se confunde con otros de naturaleza no laboral, ora civiles o mercantiles, entre otros, que igualmente suponen la prestación de servicios: son los llamados **contratos prestacionales**.

Todo ello no es una consecuencia necesaria, valga aclarar de entrada; ocurre, con todo, que en muchas de estas modalidades de trabajo tienden a desdibujarse los signos vectores, lo que es igual, los *indicios* de la relación de trabajo y, en particular, el modo como se materializa la subordinación⁴⁷ o la dependencia. Dicho en los términos de la Recomendación 198:

⁴⁵ <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/31258.pdf>, pp. 12 y 14. Negrillas nuestras.

⁴⁶ “In tale contesto sarebbe assai difficile, se non impossibile, riuscire a disciplinare situazioni quasi sempre relegate nella zona grigia dell’incertezza, se non dell’ambiguità giuridica, senza norme internazionali sul lavoro com’è quella costituita dalla raccomandazione che è oggetto di queste note”. Giuseppe Casale, *La Qualificazione del Rapporo Di Lavoro Nella Raccomandazione N. 198/2006 Dell’ Organizzazione Internazionale del Lavoro: Rivista Italiana Di Diritto del Lavoro*. Anno XXVI Fasc. 3-2007. Milano Giuffrè Editore, p. 138.

⁴⁷ “In via generale, è lecito presumere che ci troviamo di fronte a un rapporto di lavoro allorché una persona viene assunta per prestare un’attività o un servizio in cambio di una retribuzione. I problemi nascono, com’è noto quando non è chiara la

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.**⁴⁸

A estas alturas se imponen algunas precisiones preliminares que conviene ordenar:

- a) El trabajo rendido bajo modalidad triangular no es *per se* un trabajo desprotegido y, por ende, no puede ni debe ser sin más desautorizado. Distintas formas de relaciones triangulares suponen estrategias comerciales e industriales perfectamente legítimas, otras no, desde luego.
- b) En efecto, la OIT dedicó el Convenio 181 a la regulación de las agencias de empleo privadas (1997)⁴⁹ y, conjuntamente, adoptó la Recomendación 188 sobre las agencias de empleo privadas (1997), de donde surge una típica relación triangular⁵⁰ en la cual el titular fáctico del poder directivo y de supervisión no ostenta la condición de empleador. En el ámbito de una relación de trabajo mediada por una agencia privada de empleo, esta ocupa “trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución”. Como se infiere, la subordinación, lo que fue el poder paradigmático recono-

natura del rapporto giuridico tra chi presta un lavoro o un servizio e chi si obbliga a corrispondere un compenso, se si tratti cioè di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo”. *Ibidem*, p. 136.

⁴⁸ Negrillas y cursivas nuestras.

⁴⁹ Con 21 ratificaciones a la fecha y solo dos en América Latina: Panamá (1999) y la República Oriental del Uruguay (2004).

⁵⁰ Artículo 1.1. A efectos del presente Convenio, la expresión *agencia de empleo privada* designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo [...] b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución (Conv. 181).

cido al empleador en la relación de trabajo, se ejerce, en este caso, por quien no tiene (como la empresa usuaria) la condición de empleador. Se disocian así –entre dos sujetos o acaso entre más– los atributos más específicos que corresponden al empleador. Esa es la principal especificidad –no la única, desde luego– de la **triangulación o tercerización** de la relación de trabajo.

- c) De otra parte, la Rec. 198 declara expresamente que “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”⁵¹ lo que tendrá un efecto determinante llegada la hora de delimitar, en línea con la propia Recomendación, entre los trabajadores asalariados y los trabajadores independientes⁵², dejando un amplio campo de actuación a la jurisprudencia.
- d) Se muestra así la intención de equilibrar dos intereses y dos expectativas: de una parte, la preservación de un ámbito efectivo y razonable para las relaciones descentralizadas, civiles o comerciales, propias del giro de la empresa y, de la otra, velar porque ello no implique hacer aparecer verdaderas relaciones de trabajo como si no lo fueran, arrojando como consecuencia un trabajo desprotegido.⁵³

⁵¹ Rec. 198, I.8. Negrillas nuestras.

⁵² Rec. 198, II, 11.c.

⁵³ En su intervención con ocasión de la publicación de la Ley sobre subcontratación y trabajo transitorio de Chile, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet explicaba perfectamente los dos polos de interés a considerar y a conciliar, con relación al asunto:

Las transformaciones en la economía han llevado a que las empresas opten por estructuras más livianas y flexibles para enfrentar una competencia cada vez mayor. Por supuesto, en el Gobierno reconocemos esa realidad y compartimos el esfuerzo del sector empresarial por avanzar en productividad y en competitividad. Pero, al mismo tiempo, entendemos que eso no puede ser sinónimo de que la reducción de costos se base en la vulneración de derechos laborales o en la desprotección de los trabajadores o, incluso, en mayores riesgos para su integridad física o síquica (...) Hoy, el suministro de trabajadores de una empresa a otra es una actividad ilícita y que se realiza al margen de la ley. Hoy, la subcontratación de funciones es legal, pero se había prestado para innumerable vulneración de derechos. A contar de la entrada en vigencia de esta ley, las empresas de servicios transitorios y las relaciones que establecen con sus trabajadores y con las empresas clientes, dejan

Como se deduce del sentido de cada una de las normas internacionales mencionadas, es obvio que el foco del problema reside en la desprotección que pudiera surgir del uso de ciertas modalidades de relaciones triangulares, de *outsourcing* o de descentralización, de contratación o de subcontratación, *que pueden* diluir las señas de identidad de la relación de trabajo y que muchas veces terminan arrojando trabajos no protegidos.

Bien que se presten bajo modalidades, al final ambiguas o encubiertas, o por simulación de contratos, materialmente laborales, como si fueran civiles o mercantiles, la Rec. 198 se plantea

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 –*las zonas grises o de fronteras*⁵⁴– 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.⁵⁵

Y, de otra parte, cuando “...hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”.⁵⁶

Lo que aquí se juega es crucial, porque la relación de trabajo es, al final, un *acto condición* (Supiot)⁵⁷ que incorpora al que presta un servicio por cuenta ajena a un estatuto protector o garantista que soporta todo el tramo de derechos y de instituciones que ordenan al trabajo y a su entorno. La más clásica doctrina *ius laboralista* latinoamericana lo entendió así:

la informalidad y la ilegalidad. Con la nueva normativa estamos actualizando nuestra legislación, poniéndonos, por lo demás, a tono con las nuevas realidades del mundo laboral, pero también poniéndonos a tono con las recomendaciones internacionales, como las del Convenio 181 de la OIT, sobre Agencias Privadas de Empleo. (Intervención de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, en acto de publicación de Ley sobre subcontratación y trabajo transitorio, Santiago, 16 de octubre de 2006; *apud*, [http://www.mintrab.gob.cl/ley_subcontratacion / documentos/Intervencion_Pdta.pdf](http://www.mintrab.gob.cl/ley_subcontratacion/documentos/Intervencion_Pdta.pdf)).

⁵⁴ Agregado del autor.

⁵⁵ Rec. 198, Considerandos Párrafo No. 5.

⁵⁶ Rec. 198, Considerandos Párrafo No. 6.

⁵⁷ *Critica del Derecho del Trabajo*. Edición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Madrid 1996, p. 111.

El contrato individual de trabajo continúa siendo la institución fundamental de la rama jurídica que nos ocupa, por la razón evidente de que es el que determina la aplicación del derecho del trabajo; por eso es que las categorías patrono y obrero solo pueden entenderse en función de él.⁵⁸

Aún más, la distinción entre **contrato y relación de trabajo** es de la más ancestral tradición en el Derecho Laboral Latinoamericano: ciertamente, la diferenciación que la doctrina clásica hizo entre la manifestación de voluntad y la efectiva prestación de servicios (la relación de trabajo) es del todo relevante pues, en realidad, “la prestación de servicios es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo”.⁵⁹ Por eso mismo, y conforme con el número I.4.f) de la Recomendación 198, la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a “asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo”,⁶⁰ al tiempo que “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”,⁶¹ lo que evidencia que el sentido y finalidad de la Recomendación es, particularmente, disciplinar la influencia de ciertas modalidades de relaciones de trabajo ambiguas y, por ende, del trabajo no protegido.

⁵⁸ Mario De la Cueva: *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. Librería de Porrúa Hermanos y Cía. México, 1938, p. 341.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 352. La reforma de la Ley Federal del Trabajo de México de 1970, de la cual el Dr. Mario de la Cueva fue su principal proyectista, plasma aquella tradicional distinción en los términos del vigente Artículo 20:

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos. (D. O. F. 1º de abril de 1970; negrillas y cursivas nuestras).

⁶⁰ Rec. 198, I.4.f.

⁶¹ Rec. 198, II.17.

En el mismo sentido, la **Declaración de la OIT sobre la Justicia Social Equitativa** de 2008 destacaba que “(...) la importancia de la relación de trabajo debería reconocerse como un medio para ofrecer protección jurídica a los trabajadores (...)”⁶² El **Pacto Mundial del Empleo** (2009), por su parte, expresa que

además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, **la relación de trabajo**, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (SST), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social.⁶³

Lo cierto es que la triangulación de la relación de trabajo es el modo usual de la descentralización de los procesos productivos, eje de una nueva ordenación del trabajo (las relaciones laborales del *post fordismo* o del *toyotismo*, se ha dicho de un modo tan gráfico como ya generalizado), que se explica desde la concurrencia de tres fenómenos de indudable incidencia jurídica:

- a) De una parte, el crecimiento del sector terciario de la economía o de los servicios;
- b) El impacto tecnológico que desplazó y transformó decididamente una forma de ordenación del trabajo otra vez generalmente binaria (empleador-trabajador) que se suscitaba en el ámbito de la empresa. Esta, como escenario del ámbito del ejercicio de los poderes del empleador fue, a su vez, el espacio que posibilitó la reunión de trabajadores y, con ello, el derecho de coalición, fundamento último de la libertad sindical en todas sus manifestaciones, y, por fin;
- c) El impacto y el contexto de la globalización:
...caracterizado por la difusión de nuevas tecnologías, los flujos de ideas, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos

⁶² http://www.ilo.org/global/What_we_do/Publications/Officialdocuments/lang--es/docName--WCMS_099768/index.htm.

⁶³ http://www2.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_115078.pdf.

de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos y del diálogo, así como de la circulación de personas, especialmente de trabajadoras y trabajadores, está modificando profundamente el mundo del trabajo.⁶⁴

Ciertamente, aquella ordenación del trabajo sobre la cual se levantó en sus inicios el derecho laboral latinoamericano cambió radicalmente y dio paso a una relación de trabajo signada por una forma de organización empresarial mucho más simple, basada en el principio de los “Cinco Ceros”: 0 stock, 0 tiempo de demora para responder a la demanda, 0 burocracia, 0 defecto y 0 tiempo muerto en la producción. Ello demandó tareas polivalentes con lo que los puestos de trabajo no estarían ya necesariamente prescritos y la definición de tareas deviene amplia y en veces indeterminada. Terminó rigiendo la *polivalencia* donde antes lo hizo una asignación de funciones predeterminada y rígida.⁶⁵ Por fin, el salario, como la promoción o el ascenso, resulta cada vez más vinculado a la antigüedad que a las categorías de cargos (tabuladores), ordenadas vertical y jerárquicamente.⁶⁶ En esa lógica, el modelo *toyotista* “tiende a concentrar en la empresa lo que llamaríamos sus actividades nucleares, externalizando aquellas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos”⁶⁷ La referencia a una suerte de núcleo duro de la actividad o del

⁶⁴ Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, *Op. cit.*

⁶⁵ Muchas empresas, por su parte, han organizado sus actividades de modo que puedan utilizar a su personal en trabajos cada vez más diversificados y de manera más selectiva, que incluyen el recurso a contratos de diversos tipos, la descentralización de parte de la producción u otra actividad a manos de contratistas o trabajadores independientes, o el recurso a agencias de empleo. El fomento de esas prácticas ha sido estimulado por el rápido desarrollo de la tecnología y de nuevos métodos de gestión de empresas en respuesta a las crecientes exigencias de la competencia. (Ver: *La Relación de Trabajo*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95^a Reunión 2006, p. 10).

⁶⁶ Ver: Antonio Martín Artiles, “¿Modelo japonés?”, *Revista de Sociología del Trabajo*, N° 18, Siglo XXI de España. S.A., Madrid 1993, publicada en *Economía y Sociología del Trabajo*, N° 21-22, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

⁶⁷ Arturo Bronstein, *La Subcontratación Laboral*. Versión revisada de la ponencia leída por el autor ante el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el

giro de la empresa está suscitando el uso de una terminología hasta ahora inédita, al menos en el Derecho Laboral Comparado. La Ley N° 1429, de Colombia, del 29-12-2010 “por la cual se expide la Ley de formalización y generación de empleo”, dispone en su artículo 63: **Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado:**

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de **las actividades misionales permanentes** no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.⁶⁸

Lo cierto es que si bien la forma tradicional de ordenación del trabajo cambió radicalmente, el Derecho del Trabajo acaso no haya podido o sabido reaccionar adecuadamente ante ello, con todo y que algunos de *los signos de los tiempos* más visibles, las relaciones de trabajo triangulares o la *tercerización*, estuvieron, como se dijo, entre los temas de su atención primera. En verdad, la relación de trabajo se está redefiniendo, pese al Derecho del Trabajo.

El propio Convenio 181 sobre las agencias privadas de empleo de 1997 se refería a ello en su parte introductoria: “Considerando que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio”⁶⁹ y, de otra parte, “conscientes de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo”, lo que apunta a reconocer un cambio en la ordenación del trabajo que no puede ser ajeno al Derecho del Trabajo y que no lo es, desde luego, para las normas internacionales.

Al cambiar la morfología de la empresa y, con ella, la ordenación del trabajo, se diluyó frecuentemente el vértice de poder, o lo que es igual, el

Nuevo Milenio, Santo Domingo, República Dominicana, abril 1999. Mímeo, San José, Costa Rica, abril de 1999, p. 10.

⁶⁸ Negrillas y cursivas nuestras.

⁶⁹ Se alude al Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949.

ducto por el cual transcurrió la subordinación y la dependencia, y esa fue la razón de la crisis de una disciplina que, como el derecho latinoamericano del trabajo, se levantó precisamente sobre los cimientos de la noción de la subordinación. Baste citar, para verificar lo que se sostiene, el Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela de 1973:

Artículo 21.- Para todo los efectos de la Ley del Trabajo y de este Reglamento, se considerarán como centros de trabajo de las empresas, explotaciones o establecimientos sometidos a dicha Ley, **los lugares fijos de donde parten o a donde converjan las actividades coordinadas que constituyen las faenas o labores integrantes del trabajo; y donde habitualmente se reúnen los trabajadores para realizar cualquiera de los actos constitutivos de la relación de subordinación que existe entre la dirección y jefatura de un establecimiento, empresa o faena, y los diversos trabajadores que dependan de esas dirección o jefatura.**⁷⁰

Por eso mismo se ha dicho tantas veces que, al final, la crisis de la subordinación o de la contractualidad del trabajo desató la propia crisis del Derecho del Trabajo.

El profesor dominicano Rafael Albuquerque de Castro, ex miembro de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) lo explica de este modo:

El Derecho del Trabajo fue ideado para un patrono nacional que en su establecimiento concentraba toda la producción y empleaba a todo su personal. Con el nuevo modelo empresarial la empresa se fragmenta, deja de ser vertical y su cadena de producción, al estilo fordista, se disgrega. Al establecimiento asiste un núcleo de operarios destinado a las tareas fundamentales del giro de la empresa; las demás son contratadas y ejecutadas por terceros. El jefe de la empresa produce para un mercado global y competitivo, lo que le obliga a responder a tiempo a las exigencias de sus clientes; el *just in time* se impone, el salario se paga a destajo para premiar la eficiencia y la celeridad y desaparece el inventario de mercancías. El teletrabajo aleja al salariado del centro de

⁷⁰ Oficina Central de Información/OCI, 1974. Negrillas y cursivas nuestras.

trabajo y la empresa puede llegar hasta el absurdo de no tener trabajadores en su planta física.

Es indudable que las normas del Derecho del Trabajo se ajustan mal a esta nueva realidad. Más que la ideología neoliberal, es este nuevo modo de producción lo que estremece los principios y bases de sustento de la disciplina.⁷¹

La empresa *escueta* (Rivero Lamas),⁷² reinará, muy probablemente, donde otrora lo hacían grandes establecimientos industriales al extremo de justificar el poder imaginar empresas sin trabajadores, o empresas apenas de gerentes, si llegara a externalizarse toda su actividad.

El tema no tiene nada de novedoso, se ha dicho antes y se ha tratado de evidenciar, pero sí lo es una intensidad del fenómeno hasta ahora desconocida: opera esa descentralización en un sentido *vertical*, *la tercerización en cascada (o subcontratación en serie)* ocurriendo que, en veces, la empresa termina externalizando incluso lo que es el corazón o el núcleo duro de su objeto o de su giro, esto es, sus *competencias nucleares*,⁷³ o lo que la novísima ley colombiana de *Formalización y de Generación de Empleo* llama las *competencias misionales*;⁷⁴ y en un sentido *horizontal*, cuando se diversifican lo que fueron antes empresas unitarias que ahora se expanden y difuminan en *grupos de empresas*, lo propio del *modelo reticular de la acción económica* que prevalece hoy (Supiot),⁷⁵ lo que muchas veces propicia la transferencia y/o rotación de trabajadores entre las empresas del grupo, desagregando lo que en el pasado fueron procesos integrados o unitarios de producción de bienes y de servicios. Hoy día, “en lugar de inscribirse en organizaciones colec-

⁷¹ *Apud, Eppur si muove*, Lima, 25 de noviembre 2009, mimeo, p. 5. Negrillas nuestras.

⁷² *Apud*, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AEDTSS, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, MTAS, 2000, p. 80.

⁷³ *Apud*, F. Casani Fernández de Navarrete, “La descentralización productiva y la realidad económica”, en *Descentralización productiva*; L. Gil Suárez, Director, edición del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 199.

⁷⁴ Ley 1429 de 2010, Art. 63, *Diario Oficial* No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010 por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

⁷⁵ Alain Supiot, *Derecho del Trabajo*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 75.

tivas estables y altamente jerarquizadas, el trabajo responde cada vez más a procedimientos de sometimiento a redes de contornos inciertos”⁷⁶.

Nada de lo anterior quiere sugerir, conviene insistir, que el trabajo vinculado a ese nuevo esquema de ordenación resulte necesariamente desprotegido, pero sí que la intensidad de la triangulación, tanto vertical como horizontal, termina, muchas veces, incidiendo negativamente en un segmento de trabajo muy frecuentemente expulsado del ámbito de aplicación de la Legislación del Trabajo. La consecuencia de todo ello –lo que tendrá obvias repercusiones jurídicas– es dejar servida la distinción entre el ámbito global del empleo y, dentro del mismo, el total de trabajadores efectivamente vinculados por una relación de trabajo. Al final, la Recomendación 198 no hace más que evidenciar, en la esfera internacional, el cambio de era que estamos presenciando.

Pero, añadidamente, una consecuencia adicional acaso definitiva va a suscitar ese extrañamiento del ámbito de aplicación de la Legislación del Trabajo: la *des-identidad*. Inicialmente *individual*, cuando el trabajador no identifica a su empleador (lo que es más factible en el caso de *las descentralizaciones en cascada o subcontrataciones en serie*) y donde el primero entiende, acaso, no tener trabajadores, con lo que no se reconoce como tal empleador; a su lado, la *des-identidad* colectiva que al no permitir identificar a los otros en la misma condición, el requisito esencial del concepto jurídico de categoría hace improbable el ejercicio del derecho de coalición y de la libertad sindical, por ende. En este escenario, muy frecuentemente el sindicato no puede representar a los trabajadores porque cada uno de ellos no tiene, necesariamente, el mismo empleador. Un efecto *dualizador* del mercado de trabajo y de su regulación surge así como una de las consecuencias más nítidas de lo que se apunta.⁷⁷

⁷⁶ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁷ Ver: Fernando Valdés Dal-Ré:

La descentralización productiva posee, de este modo, un inquietante efecto dualizador sobre el mercado de trabajo, en la medida en que aliena el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos, en función de una opción puramente organizativa, como es la de proceder o no a

Con todo, y a estas alturas, es obvio que el tópico desborda con creces el lindero de la relación individual de trabajo, esto es, de la determinación de los sujetos compelidos al cumplimiento de las obligaciones que surgen de ella, cuya relevancia desde luego está fuera de duda, y se implica decididamente en el ámbito más general de las políticas públicas especialmente vinculadas al trabajo y a su protección. Ciertamente:

- a) Si el segmento del trabajo protegido continuare reduciéndose, si la distinción entre empleo y trabajadores, o lo que es igual, entre quienes trabajan o no mediando una relación de trabajo no se disciplina, estará en riesgo la propia viabilidad financiera de un modelo solidario de seguridad social y, por ende, el propio *Estado de bienestar* que se basa, precisamente, en la cotización de empleadores y de trabajadores, modelo este que puede asumir cualquier vicisitud, menos que esté en cuestión, precisamente, la propia virtualidad de la relación de trabajo;
- b) El impacto visible, en casos, para la implantación de sindicatos al difuminar una condición necesaria para ello y para el ejercicio de la libertad sindical como resulta, no sólo la reunión de trabajadores sino, más aun, el reconocimiento de un colectivo en su condición de tal, el presupuesto del derecho de coalición y de la noción de categoría en su más primario sentido;
- c) Si no se regula, con más o menos detalle, lo que puede ser descentralizado y lo que no, es más que probable que se suscite un caso de competencia desleal entre empresas, lo que la propia Recomendación 198 ya advertía: "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.⁷⁸**
- d) Se posibilita, en la práctica, una transferencia del riesgo de la empresa hacia el trabajador;

sus disagregación... (*Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*. Relaciones Laborales, No. 20, 2001, p. 8).

Ver: Wilfredo Sanguineti Raymond. *Consecuencias laborales de la Subcontratación: Un explicación de conjunto*: Ponencia a ser leída ante la III Conferencia de economía laboral. Lima, 29-30 octubre, 2009. Mimeo.

⁷⁸ Negrillas y cursivas nuestras.

- e) Una eventual precarización de las condiciones de trabajo de los terceros y, por ende, menor protección y, por fin;
- f) Una reducción del ámbito de vigencia efectiva del Derecho del Trabajo.

Por lo que queda dicho, es interesante constatar que la materia de más especial atención de la Legislación Laboral de la América Latina en los últimos tiempos y, específicamente, de los procesos de reforma, haya sido esta precisamente: Chile,⁷⁹ Perú,⁸⁰ Uruguay⁸¹ y Ecuador,⁸² para hablar de reformas sancionadas en efecto, legislaron muy recientemente sobre la *subcontratación* –con lo que se retomaba, por cierto, la terminología del frustrado Convenio de 1998 y la misma de los Convenios 167 y 176– *la tercerización* o, en fin, sobre *las relaciones triangulares de trabajo*, con especial atención a las agencias privadas de colocación y a la cesión de trabajadores.

La Reforma de la Ley Federal del Trabajo de México de 2012 (LFT), por su parte, destacaba, entre los cinco ejes temáticos del proyecto: “...fortalecer las facultades normativas de vigilancia y sancionadoras de las autoridades del trabajo, para lo cual se requiere (...) ii: Regular la subcontratación, tercerización u outsourcing...” Entre los artículos 15.a y 15.d de la LFT modificada –además del Artículo 1004.c⁸³– se concretan las innovaciones

⁷⁹ Ley núm. 20.123, que regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. <http://www.diariooficial.cl/actualidad/20ulle/20123.html>.

⁸⁰ Ley que regula los servicios de tercerización, de 24-6-2008. http://www.leyesdelperu.com/Normas_legales/2008/06_Junio/NL_24062008.pdf.

⁸¹ Ley N° 18.099. Derechos de los trabajadores. Se establecen normas para su protección ante los procesos de descentralización empresarial, de 10 de enero de 2007. (<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18099&Anchor=>) y Ley N° 18.251 de responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial, de 27 de diciembre de 2007 (<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18251&Anchor=>).

⁸² Ley reformatoria al Código del Trabajo mediante el cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, de 23-6-2006 que, no obstante, fue derogada por el Mandato constituyente N.º 8, de 30-4-2008 que prohibió la tercerización e intermediación laboral.

⁸³ Publicada en el DOF del 30 de noviembre de 2012.

más resaltantes respecto del trabajo en régimen de subcontratación, normativa que por cierto algunos sectores criticaron abiertamente.

Ello marca una tendencia en favor de una re-regulación legislativa –e incluso Constitucional, en algún caso⁸⁴– que se explica, seguramente, por la convicción de que el diseño normativo con que se contaba resulta ya insuficiente, si no inadecuado, para garantizar que las nuevas formas de ordenación del trabajo no sirvan de medio de evasión de la protección que surge de la legislación.

La cuestión del ámbito y, específicamente, de la determinación de la relación de trabajo, la *abarcabilidad* de la relación de trabajo (Golding), gravitó decididamente en el momento fundacional del derecho latinoamericano del trabajo. En una de las obras más señeras de ese tiempo publicada en 1939 se decía lo siguiente:

Pero el problema de definir al patrono es, en técnica legislativa, sumamente arduo: es necesario fijarlo en términos que aparten todo intento de fraude a la ley y esos intentos son frecuentes para eludir las cargas legales. Pero, por otro lado, no hay que perder el norte de la justicia, para no echar esas cargas sobre quien no debe soportarlas [...] Al hablar nuestra Ley de la persona que `por cuenta propia o ajena' tenga a su cargo la gestión de una empresa, ha querido obligar a favor de los trabajadores a aquellas personas que, a pesar de representar a otras, obran respecto de ellos como si estuvieran ejerciendo la gestión de sus propios negocios.⁸⁵

⁸⁴ La vigente Constitución del Ecuador en su Art. 327, dispuso:

La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

⁸⁵ Rafael Caldera Rodríguez. *Derecho del Trabajo. Ensayo de una exposición doctrinal de la materia analizando la situación venezolana y la legislación y jurisprudencia venezolanas*: Caracas. Tipografía La Nación, 1939, pp. 133-134. Negrillas nuestras.

Más aún, en la 2^a edición de esa obra, la idea del “trabajo como hecho social”, asumida como criterio delimitador del ámbito del Derecho del Trabajo, aparecía ya apuntando a un criterio definitorio de la relación de trabajo, suficientemente flexible y al mismo tiempo incluyente, dicho esto muchos años antes de que se admitiera que la subordinación, *piedra de toque* sobre la cual se levantó el Derecho del Trabajo occidental, había entrado ya en una crisis acaso irreversible.

Al comentar Rafael Caldera Rodríguez las consecuencias que se derivarían de la concepción del trabajo como hecho social, escribía:

Es ella –la idea del trabajo como hecho social– 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 original 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 las normas laborales a trabajadores no subordinados jurídicamente.⁸⁶

Cincuenta años después de la aparición de aquella obra, en 1939, esa doctrina se receptó claramente en la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de Venezuela de 1990, de la cual Caldera fue su principal proyectista, y explica así el texto de su Artículo 1º. “Esta Ley regirá las **situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social**”⁸⁷, definición de clara orientación objetiva –el trabajo– que contrastaba con la de su antecedente, la Ley de 1936, cuyo artículo 1º sancionaba, en perspectiva más bien subjetiva y refiriendo antes a los sujetos de la relación de trabajo, que “la presente ley regirá los derechos y las obligaciones de patronos y obreros o empleados con ocasión del trabajo”⁸⁸

⁸⁶ Derecho del Trabajo. 2a. edición (3^a. reimpresión). Buenos Aires. Editorial El Ateneo. 1972, p. 79. Negrillas nuestras.

⁸⁷ Cursivas y negrillas nuestras.

⁸⁸ Esa misma idea terminó inscribiéndose sesenta años después en la vigente constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 89: “*El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado...*”

Pero, en el mismo momento de la irrupción de la codificación del Derecho Laboral latinoamericano que inicia en 1931, año virtuoso para la disciplina por donde se le mire con la sanción de los códigos de Chile y de México, ambos de ese mismo año, el tópico de la determinación de la relación de trabajo mereció una atención particular. De una parte, todos los códigos o leyes generales del trabajo que a partir de entonces comenzaron a promulgarse se ocuparon de sancionar **la presunción de la existencia de la relación de trabajo** entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe,⁸⁹ figura de una obvia consecuencia procesal que supuso **la inversión de la carga de la prueba** (del *onus probandi*) para quien pretendiese desvirtuarla y cuya consecuencia, de no serlo, no podría ser otra que la declaratoria del carácter laboral de la relación.⁹⁰ Se trata de uno de los medios más relevantes, procesalmente hablando, para desvirtuar las relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas.

Se trató de una presunción *legis y iuris tantum* (que por ende, admite prueba en contrario) dispuesta en favor del trabajador, a quien corresponde exclusivamente acreditar la prestación del servicio pero no la subordinación o cualquier otro elemento que demuestre el carácter laboral de la relación jurídica.

En lo que fue, acaso, la ley de carácter social más relevante de la IIa. República Española, la Ley del Contrato de Trabajo del 21 de noviembre de 1931, se dispuso en su artículo 3º. “El contrato, se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta...” La doctrina española de la época que, a no dudarlo, tuvo una visible influencia en el momento fundacional del Derecho Laboral latinoamericano, comentaba esta disposición de esta manera:

Se establece en él una presunción *juris tantum* de la existencia del contrato por el hecho de prestar el trabajo al servicio de una persona.

⁸⁹ Por todos ellos, la Ley del Trabajo de Venezuela de 1936 dispuso en su artículo 30: “Se presume la existencia del contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe. A falta de estipulaciones expresas, la prestación de servicios se entenderá regida por esta Ley y por los Reglamentos”.

⁹⁰ Por todas, y en los términos del Código del Trabajo de Panamá: “Artículo 69. Esta presunción podrá destruirse mediante prueba que no admite duda razonable”.

Por lo tanto, el que invoque cualquiera de las excepciones establecidas en el artículo segundo, trabajos de carácter familiar o servicios amistosos benévolos y de buena vecindad deberá probar la índole de éstos.⁹¹

Se explica así, desde la tradición del derecho latinoamericano del trabajo, el sentido y alcance del número 11 de la Recomendación 198:

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: [...] b) **consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios...**⁹²

En esa línea, y desde mucho tiempo antes, la Ley Federal del Trabajo de México (Art. 21) dispone: “**Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe**”⁹³. El Código del Trabajo de Costa Rica (1943), por su parte, sancionó la figura de esta forma: “[...] **Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe**” (Art. 18)⁹⁴. El Código del Trabajo de la República Dominicana (1992) lo hizo de esta manera: “Artículo 15.- **Se presume, hasta prueba en contrario, la existencia del contrato de trabajo en toda relación de trabajo personal...**”⁹⁵

En igual sentido, la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina:⁹⁶

Art. 23.- Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

⁹¹ Juan de Hinojosa Ferrer. *El contrato de trabajo*. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931. Editorial Revista de Derecho Privado. 1^a. edición, Madrid, 1932, p. 28.

⁹² Cursivas y negrillas nuestras.

⁹³ Cursivas y negrillas nuestras.

⁹⁴ Cursivas y negrillas nuestras.

⁹⁵ Cursivas y negrillas nuestras.

⁹⁶ Ley N° 20.744. Texto ordenado por Decreto 390/1976, Buenos Aires, 13/5/1976.

Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.⁹⁷

Por fin, la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (1990) lo sancionó de este modo:

Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba.

Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación laboral" (Art. 65).⁹⁸

En idéntico sentido, sancionaron esta presunción el Código de Trabajo de Honduras (Art. 21), el Código de Trabajo de El Salvador (Art. 20), el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia (Art.24), el Código de Trabajo de Paraguay (Art. 19) y el Código de Trabajo de Panamá (Art. 66).

A no dudarlo, la presunción de la existencia de la relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe es una institución fundacional del Derecho latinoamericano del Trabajo.

Pero, se dijo antes de igual modo, que la cuestión de la relación triangular de trabajo o, en los términos de la Recomendación 198, "las que vinculan a varias partes", ocupó igualmente a la Legislación Latinoamericana del Trabajo desde su momento fundacional; incluso constituciones de la década de los cuarenta refirieron al tópico, por todas ellas, la Constitución cubana de 1940, texto de una indiscutible factura técnica:

⁹⁷ Cursivas y negrillas nuestras.

⁹⁸ Cursivas y negrillas nuestras. Para reiterar la tradición y arraigo de esta regla, esta vez, a propósito del Derecho Laboral venezolano, considérese que el proyecto de Código del Trabajo de 1938 disponía en su artículo 81 la presunción de existencia de la relación de trabajo de un modo quizás más acabado que el que se sancionó en el Art. 30 de la Ley del Trabajo de 1936:

Se presume la existencia de un contrato individual de trabajo cuando una persona ejecuta cualquier labor o servicio, bajo la dependencia de un patrono o de una persona designada por el patrono, en circunstancias tales que hagan presumir la existencia de una remuneración, y siempre que no exista un contrato expreso de trabajo, de aprendizaje, o cualquier otro contrato expreso distinto del contrato de trabajo.

Art. 78- El patrono será responsable del cumplimiento de las leyes sociales, aun cuando contrate el trabajo por intermediario...

Y la Constitución venezolana de 1947:

Artículo 63. La legislación del trabajo consagrará los siguientes derechos y preceptos, aplicables tanto al trabajo manual como al intelectual o técnico, además de otros que concurran a mejorar las condiciones de los trabajadores: [...]

13. Responsabilidad del cumplimiento de las leyes sociales, por parte de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio, **aún cuando el contrato de trabajo fuere efectuado por intermediario o contratistas, sin que ello impida la responsabilidad de estos últimos.**⁹⁹

En el plano legislativo, el artículo 16 del Código chileno de 1931 disponía, a la sazón, lo siguiente:

El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural.¹⁰⁰

V. LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Ahora bien, el modo como la Recomendación 198 concibe la determinación de la relación de trabajo, surge de tres instituciones arraigadas, se ha dicho ya, en la más ancestral tradición del Derecho Laboral Latinoamericano: el principio de *primacía de la realidad*, la *presunción de la existencia de la relación de trabajo (el haz de indicios)*; y el principio de la *libertad de los medios de prueba*.

⁹⁹ Negrillas y cursivas nuestras.

¹⁰⁰ Decreto con fuerza de Ley No. 178 publicado en el *Diario Oficial* de 28 de mayo de 1931. Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1932, p. 10.

A) El principio de la primacía de la realidad

La relación de trabajo deberá determinarse de acuerdo con los hechos relativos a la prestación de servicio y la remuneración del trabajador, no obstante cualquier otro arreglo contractual:¹⁰¹

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.¹⁰²

El valor intrínseco del *principio de la primacía de la realidad*, como lo fue el de la *teoría del velo corporativo* en el Derecho Mercantil, está en ofrecer recursos hermenéuticos para permitir apreciar los hechos de un modo que haga corresponder la realidad, lo fáctico, con una calificación jurídica que, aun afirmada por las partes, puede revelarse falsa, pues lo calificado como un negocio jurídico de naturaleza civil, mercantil o en todo caso no laboral, no resulta conforme con lo que en realidad fue. De allí el valor trascendental del principio para desvirtuar una simulación e, incluso, un fraude de ley, o para develar un supuesto de “error” en derecho, en este caso, un error en la calificación del negocio jurídico.¹⁰³

Este fundamental criterio interpretativo dicta que, para la determinación de la naturaleza de la relación entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente ocurre en la realidad y no solamente lo que las partes han establecido formal-

¹⁰¹ Principio de la *primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico laboral*. Así consagró el principio en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) de Venezuela de 1999. Rec. 198, II.9.

¹⁰² Cursivas y negrillas nuestras.

¹⁰³ Que pudiera acarrear, incluso, la invalidación del propio contrato si se llegase a estimar que ese error implica un vicio del consentimiento.

mente en el contrato. Por lo tanto, y conforme al principio, antes que a la autonomía de la voluntad se privilegia la realidad de la relación entre trabajador y empleador. De este modo, solo la realidad fáctica que surge de la relación de trabajo tiene efectos jurídicos. Bien entendido, ello no quiere decir que las declaraciones de voluntad dadas por las partes no tengan relevancia. Por el contrario, los ordenamientos presumen generalmente la conformidad entre la voluntad expresada y lo real, aunque obviamente se admite la posibilidad de desvirtuar la presunción si se puede demostrar la disconformidad entre una y otra.

En caso de discordancia entre lo formal y lo fáctico, el principio de la primacía de la realidad hace prevalecer esto último. En rigor, la idea nació del intento de distinguir los contratos de derecho civil del contrato de trabajo, pues mientras que en los primeros se da una prevalencia casi exclusiva del acuerdo de voluntades, en el segundo se privilegia, más bien, la propia ejecución. En otros términos, la relación de trabajo, una vez iniciada la prestación del servicio se desprende del acto que le dio origen y adquiere una entidad independiente. Con ello se quiso enfatizar que, con prescindencia de que usualmente es el contrato de trabajo la fuente o el título jurídico de los derechos y obligaciones que surgen de la prestación de un servicio por cuenta ajena, la propia prestación –desprendida del acto que la origina– era capaz de suscitar esos mismos derechos o a lo menos algunos de ellos. En efecto, desde las primeras elaboraciones de la doctrina *ius laboralista* latinoamericana se entendió que

la circunstancia de que el hecho del trabajo pueda producir algunos efectos legales, aun en el caso de existir un contrato de trabajo válido, no influye sobre la naturaleza del contrato del que normalmente deriva la relación de trabajo, sino que indica simplemente que la prestación del trabajo pudo producir por sí misma algunos efectos importantes, aunque no tenga origen contractual.¹⁰⁴

La doctrina fundacional del derecho latinoamericano del trabajo se ocupó puntualmente de este tópico y elaboró la noción del *contrato*

¹⁰⁴ Mario L. Deveali: *Lineamientos de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina, 1948, p. 164.

realidad¹⁰⁵ –el fundamento del principio de *la primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico-laboral*– para caracterizar al contrato de trabajo:

La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del Derecho del Trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva (aun a riesgo de pasar por audaces, creemos que en todos los casos) cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resuelta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecen de todo valor.

En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, *contrato-realidad*, puesto que existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y es que es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia.¹⁰⁶

La Ley Federal Mexicana del Trabajo de 1931 en su artículo 20 enfatiza la distinción entre la relación de trabajo consecuente y el acto que le dio origen:

¹⁰⁵ Lo dicho no pretende afirmar, en absoluto, que se trata de una institución exclusiva del Derecho latinoamericano del Trabajo: la más representativa doctrina europea la postula de esta manera: “Al activar la aplicación de un estatuto salarial de orden público, la calificación de contrato de trabajo no está disponible, es decir que ‘no depende ni de la voluntad expresada por las partes, ni de la denominación que las mismas han dado a su convención, sino de las condiciones de hecho en las cuales se ejerce la actividad del trabajador’ (Soc., 19 de diciembre de 2000, Labanne), Alain Supiot, *Derecho del Trabajo*, *Op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁶ Mario De la Cueva: *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I, *Op. cit.*, p. 354. El mismo autor apunta que el antecedente primero del uso de la noción contrato-realidad en el Derecho mexicano se debe al licenciado Alfredo Iñárritu, Ministro de la Suprema Corte de Justicia, “en la Competencia 133-36, suscitada entre la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el Juez Décimo de lo Civil de la Ciudad de México, para conocer de la reclamación presentada por José Molina Hernández contra la Cía. Mexicana de Petróleo El Águila, S.A. En esa competencia el Ministro Iñárritu usó por primera vez entre nosotros el término contrato-realidad”, *ibid.*, p. 354.

Se entiende por relación de trabajo, **cualquiera que sea el acto que le de origen**, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.¹⁰⁷

El Principio IX del Código del Trabajo de la República Dominicana sancionó:

El contrato de trabajo no es el que consta en un escrito, sino el que se ejecuta en hechos. Es nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido en simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de persona o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación de trabajo quedará regida por este Código.¹⁰⁸

El Código del Trabajo de Costa Rica en el encabezamiento de su Artículo 18 dispone:

Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.¹⁰⁹

Pero, de otra parte, este mismo Código del Trabajo costarricense de 1943 aporta una referencia a la noción de **los contratos implícitos** –o tácitos, diríamos– lo que al final procura hacer coincidir la realidad con la manifestación formal de la voluntad:

Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o ambos géneros en virtud de un **contrato de trabajo expreso o implícito**, verbal o escrito, individual o colectivo. La misma denominación corresponderá a cobradores, agentes

¹⁰⁷ Negrillas y cursivas nuestras.

¹⁰⁸ Negrillas y cursivas nuestras.

¹⁰⁹ Negrillas y cursivas nuestras.

de comercio, vendedores y todo aquel que reciba una comisión como pago.¹¹⁰

La integración de las dos reglas, **la presunción de la existencia de la relación de trabajo y el principio de la primacía de la realidad**¹¹¹ queda claramente recogida en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo de la República Argentina:

Presunción de la existencia del contrato de trabajo.

El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.¹¹²

Y más aun claramente opera la regla en el supuesto que norma el Artículo 14 de la misma Ley de Contrato de Trabajo a propósito de las nulidades:

Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.¹¹³

Por fin, y en los términos del Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela de 1973:

¹¹⁰ Art. 4º, Código del Trabajo de Costa Rica. Negrillas y cursivas nuestras.

¹¹¹ Que la Ley de Contratos de Trabajo de la República Española de 21 de noviembre de 1931, texto de significativa influencia en la conformación del Derecho Laboral latinoamericano, estableció de esta manera, al momento de definir el contrato de trabajo:

Se entenderá por contrato de trabajo, **cualquiera que sea su denominación**, aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo dependencia de estos, por una remuneración sea la que fuera la forma de ella. (Negrillas y cursivas nuestras).

¹¹² Negrillas y cursivas nuestras.

¹¹³ Negrillas y cursivas nuestras.

Artículo 18.- La calificación de un cargo como de dirección, de confianza o de vigilancia o el carácter continuo o discontinuo de la labor, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente del calificativo que a tal efecto haya sido convenido por las partes o del que unilateralmente hubiese establecido el patrono.¹¹⁴

Con todo, acaso sea Perú el país de la América Latina donde, legislativamente hablando, el principio permeó del modo más amplio hasta influir en legislaciones de naturaleza laboral incluso indirecta y en otras de ámbito distinto. En efecto, la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28.806) dispuso:

Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo.

El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: [...]

2. **Primacía de la Realidad**, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.

El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (Decreto Supremo No. 019-2006-TR), por su parte, sancionó:

Artículo 3.- De conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la Ley, el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores públicos que lo integran, se regirán por los principios de legalidad, **primacía de la realidad**, imparcialidad y objetividad, equidad, autonomía técnica y funcional, jerarquía, eficacia, unidad de función y de actuación, confidencialidad, lealtad, probidad, sigilo profesional y honestidad y celeridad.¹¹⁵

¹¹⁴ *Op. cit.*

¹¹⁵ Reglamento de la Ley del Artista Intérprete y Ejecutante (Decreto Supremo No. 058-2004-PCM): “En caso de simulación y/o fraude en las relaciones laborales es de aplicación el principio de Primacía de la Realidad. La Autoridad Administrativa de Trabajo, de acuerdo a las atribuciones establecidas en la Ley General de Inspección y Defensa del Trabajador, su Reglamento y normas modificatorias, efectúa las inspecciones de trabajo correspondientes”; el Decreto Supremo N° 010-2004-TR:

Pero no se trata de una regla de exclusivo rango legislativo; *el principio de la primacía de la realidad* terminó ganando rango constitucional, explícito o implícito, en la América Latina, sobre todo en los textos constitucionales adoptados en las últimas dos décadas.

El artículo 53 de la Constitución de Colombia dispone.

Modifican el D.S. N° 020-2001-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador: Artículo 9.- Aplicación del principio de primacía de la realidad y presunciones en el servicio inspectivo. Labor o servicios en un cargo equivalente al de trabajador registrado en planillas. Continúan servicios culminada una modalidad formativa. Puesto calificado como laboral por norma expresa. Se dan elementos esenciales del contrato de trabajo. Asimismo, manifestaciones como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma". La Ley que regula la actividad de empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores (Ley 27626): "Artículo 5.- De la infracción de los supuestos de intermediación laboral. La infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria"; la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809): "Artículo 40.- Calificación de créditos laborales: Para el reconocimiento de los créditos de origen laboral, la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito". Por fin, el artículo 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) trata de la "Desnaturalización del contrato temporal", como una típica ocasión en la cual el dato real es diferente de lo pactado, y por lo tanto el juez tiene que re-establecer la realidad efectiva de los hechos, declarando la real naturaleza del contrato entre trabajador y empleador: "Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido; b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación; c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley" (Negrillas y cursivas nuestras).

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.¹¹⁶

La influencia jurisprudencial de ese precepto ha sido puesta de manifiesto por la Corte Constitucional colombiana. En efecto, la Sentencia C-665/98 de 12 de noviembre de 1998 (*Presunción de la existencia de la relación de trabajo. Inversión del onus probandi*), asentó:

La presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario. El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. **Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las**

¹¹⁶ Negrillas y cursivas nuestras.

formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.¹¹⁷

En la misma línea, la Corte Constitucional del Perú sostuvo que **el principio de la primacía de la realidad** es de un rango constitucional implícito:

En tal sentido, la controversia se centra en dilucidar si los contratos civiles suscritos por el actor con la emplazada han sido desnaturalizados, para efectos de que en aplicación del principio de primacía de la realidad puedan ser considerados como contratos de trabajo de duración indeterminada y, en atención a ello, establecer si el demandante sólo podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

Con relación al principio de primacía de la realidad debemos reiterar que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, en virtud del cual en mérito de este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a

¹¹⁷ La Carta Política establece en cabeza de todos los trabajadores, sin discriminación alguna, una especial protección del Estado, y les garantiza el ejercicio pleno y efectivo de un trabajo en condiciones dignas y justas, así como un trato igual. Por lo tanto, cuando a un reducido sector de trabajadores que prestan sus servicios personales remunerados en forma habitual, en desarrollo de un contrato civil o comercial, y pretenden alegar la subordinación jurídica, al trasladársele la carga de la prueba de la subordinación, se produce ciertamente, dentro del criterio de la prevalencia de la realidad sobre la forma, una discriminación en relación con el resto de los trabajadores, colocando a aquellos, en una situación más desfavorable frente al empleador, no obstante que la Constitución exige para todos un trato igual. Se declarará la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que dicha norma es violatoria del derecho a la igualdad con respecto a los trabajadores que en la realidad han prestado sus servicios bajo la continuada dependencia o subordinación del empleador, y que en forma evidente han reunido los presupuestos propios de la relación de trabajo, lo que deberá ser examinado y decidido por el juez laboral en el correspondiente juicio. (Negrillas y cursivas nuestras. *Apud*, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm>).

lo que sucede en el terreno de los hechos' (Fundamento 3 de la STC N.^o 1944-2002-AA/TC).¹¹⁸

La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 28 del mes de enero de 2003, por su parte, había establecido la máxima jurisprudencial que se acaba de referir, de este modo:

Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.

En el caso de autos, **es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.** En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.¹¹⁹

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, por fin, dispuso en su artículo 89:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, a los 19 días del mes de mayo de 2005, Exp. N.^o 01961-2005-PA/TC Loreto Gerardo Enrique Mondragón Silva. Fundamentos 3 y 4. *Apud*, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01961-2005-AA.htm> (Negrillas y cursivas nuestras).

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, a los 28 días del mes de enero de 2003. Exp. N.^o 1944-2002-AA/TC. Lambayeque Eduardo Enrique Chincha y Puse. Fundamentos 2 y 3. *Apud*, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>.

e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. **En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.**¹²⁰

b) La presunción de la existencia de la relación de trabajo (el haz de indicios)

Cuando concurren uno o varios indicios siendo el más relevante, por paradigmático, la prestación de un servicio personal:

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:

[...]

b) Consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios.¹²¹

El Número 13 de la Recomendación 198, en lo que acaso sea el aporte más acabado del instrumento y de una consecuencia jurisprudencial más predecible, dejó asentado: “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:¹²²

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 beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado

¹²⁰ Negrillas y cursivas nuestras.

¹²¹ Rec. 198, II.11.b.

¹²² Rec. 198, II.13 (Negrillas y cursivas nuestras).

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;

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.”

De esta manera se muestra que la Recomendación se orientó no en el sentido de una definición de la relación de trabajo, cometido que se abandonó finalmente, sino en el de aportar indicios que permitieran deducirla. Esta técnica ha sido desarrollada gracias a la doctrina y, especialmente, a la interpretación jurisprudencial. Alain Supiot,¹²³ para referir a la doctrina europea, habló del *haz de indicios*, entendiendo por ello un cúmulo de elementos objetivos que, en el caso concreto, permiten deducir que más allá de la calificación que le hayan dado las partes (*principio de la primacía de la realidad*), la relación que las liga supone un vínculo laboral dependiente, con lo que será el arbitrio del juez lo que definirá en cada caso la situación, considerando la presencia de estos elementos.

Si bien se trata de un método universalmente empleado, la lista de indicios juzgados como pertinentes varía entre un sistema jurídico y otro. Al mismo tiempo, este dato destaca un inconveniente, a escala comparativa, puesto que el criterio está influido por la realidad de los hechos que cotidianamente se suscitan en el mundo del trabajo y que, consecuentemente, varían, lo que puede arrojar incertidumbre sobre el uso correcto

¹²³ Alain Supiot. *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, Actas del VII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 13-17 diciembre de 1999, pp. 144-145.

de esta técnica. Por eso mismo, la lista de los criterios no puede ser un *númerus clausus*, sino, por el contrario, *un númerus apertus*: los criterios que apunta así la Recomendación nunca son exhaustivos. En veces se sancionan indicios mediante tipos normativos más delimitados o cerrados –“que es efectuado (*el trabajo*) única o principalmente en beneficio de otra persona”– al lado de tipos abiertos o indeterminados: “que el mismo (*el trabajo*) implica la integración del trabajador en la organización de la empresa”.

La técnica del *haz de indicios* otorga al juez una amplia discrecionalidad en el sentido de que podrá desplazar las fronteras a veces estrechas del trabajo subordinado en función de la evaluación que haga de los indicios y de la idea que tenga de la necesidad de protección que el trabajador, en el caso concreto, necesita. Por tanto, mediante el uso de la técnica de la que hablamos se puede extender el dominio fáctico de la subordinación, tanto como estrecharlo.¹²⁴

Pero otra cuestión de la mayor relevancia a propósito del *haz de indicios* surge del valor que cada uno tenga respecto de otro. El problema de la catalogación o incluso de la jerarquización de los indicios puede ser visto, así, bajo un **criterio “vertical” o, bien, bajo otro “horizontal o cuantitativo”**.

El primero se refiere a cómo se pueden sistematizar, en una escala de importancia, otorgando así mayor relevancia a un dato más que a otro, donde, por lo tanto, en la cumbre estará el más decisivo y a la base el menos concluyente de los indicios. El peso que se atribuye a su aplicabilidad puede también variar con relación al tipo de trabajo o al perfil del trabajador; por ejemplo, si se trata de un trabajador de confianza o de un obrero asignado a una cadena de montaje.

El segundo, en cambio, pone el acento sobre el número de los criterios que se presentan en un caso específico, destacando el cúmulo de los que se reconocen para concluir que una relación necesita tanta más protección cuantos más son los indicios de dependencia. Lo anterior tiene una obvia

¹²⁴ *Ibid.*, p. 146.

trascendencia puestos a especular sobre los posibles desarrollos jurisprudenciales de los **indicios** de la laboralidad.

En efecto, la Recomendación 198 incluye indicios de tipología cerrada o muy precisa, ciertamente casi todos, *vgr.* “que debe ser ejecutado –el trabajo– personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo”, o, “el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador”. Pero son precisamente los indicios de tipología abierta –el mismo que es propio de las **cláusulas generales**– los que dejan un ámbito de actuación y de influencia mayor de la jurisprudencia, pues requieren terminar de completar el tipo normativo abierto o indeterminado: *vgr.* “que el mismo –el trabajo– implica la **integración** del trabajador en la **organización** de la **empresa**”, o “que el trabajo es de **cierta duración** y tiene **cierta continuidad**, o requiere **la disponibilidad** del trabajador”, en cuanto el juez podrá *jugar* dentro de un margen más amplio, bien que se pregunte qué se entiende por “cierta” duración o continuidad, pues no hay, desde luego, una única forma de medir la duración y tampoco la continuidad para determinar en cada caso si se está ante una relación de trabajo.

Ello abre un margen más amplio de consideración, por ejemplo, respecto de la jornada de trabajo o a propósito de lo que deba entenderse por “la puesta a disposición”, o respecto de los trabajos intermitentes o de algún modo discontinuos, para mencionar apenas algunos.

Pero más aún ocurre en el primer caso, “que el mismo –el trabajo– implica la integración del trabajador en la organización de la empresa”, manifestación típica de la *subordinación funcional*, pues al incluir el criterio de “la integración” lo hace empleando tres categorías, indeterminadas en principio si bien determinables cuando precisamente el juez *llena* de contenido estos tipos abiertos en la ocasión de sentenciar: integración, organización y empresa. Es este el indicio más expansivo, pues permitiría subsumir las distintas formas de la nueva ordenación del trabajo, incluida las que se sirven por sobre todo de relaciones triangulares y de la externalización en todas sus manifestaciones: teletrabajo, trabajo a domicilio, subcontratación en cascada, etc. Y es el indicio de alcance más expansivo y omnicomprensivo pues, fácticamente, es esta la forma en que de ordinario

otros indicios se manifiestan, si bien, incluso en la Recomendación 198 y más por razones de claridad o por sistematización, se les trata diferenciadamente. En efecto:

Muchos de estos índices responden a una idea común: aquella de la integración del trabajador a un servicio organizado. Formulada por primera vez en estos términos en la sentencia de Hebdo-Presse (Cas. Asamblea plenaria del 18 de junio de 1976), esta noción permitió declarar como asalariados a una cantidad de trabajadores cuya cualificación o la naturaleza de su tarea liberaba de toda intromisión directa en la ejecución de su tarea (médicos, abogados, profesores, deportistas profesionales, etc.)¹²⁵

En el fondo, ambos indicios por su tipo abierto pueden obrar, para el juez, como una *vis atractiva o de inclusión* al ámbito de aplicación de la legislación del trabajo para resolver casos de relaciones ubicadas en las *zonas grises* o de *frontera*. Por eso mismo en algunas legislaciones los indicios y las presunciones son reconocidos como *auxilios probatorios*.¹²⁶

Así se explica mejor el haber considerado el listado de indicios como un “*números apertus*” o ejemplificativo: al serlo, podría admitir otros indicios sobrevenidos y, al mismo tiempo, expandir el sentido y alcance de los indicios apuntados, sobre todo, aquellos que se recogen con tipos normativos abiertos.

Obviamente, ello se acomoda mejor a una apreciación de las pruebas bajo el criterio de la *sana crítica* que como tal trasciende al sistema de prueba legal o tazada, como lo apuntó la más clásica e influyente doctrina procesal latinoamericana que la entendió como

las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras

¹²⁵ Alain Supiot. *Derecho del Trabajo*, Op.cit, pp. 73-74.

¹²⁶ “Art. 116.- Los indicios y presunciones son auxilios probatorios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de éstos” (Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela ,13 de agosto de 2002, número 37.504).

contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente.

Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.¹²⁷

Ciertamente, la apreciación de las pruebas y la fundamentación de las sentencias conforme *a la regla de la sana crítica*, es sin duda una institución de arraigo en la legislación procesal del trabajo de la América Latina: por todos, el Art. 456 del Código del Trabajo de Chile¹²⁸ la sancionó de este modo:

El tribunal apreciará la prueba conforme *a las reglas de la sana crítica*. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.¹²⁹

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela,¹³⁰ por su parte, así:

Artículo 10. Los Jueces del Trabajo apreciarán las pruebas *según las reglas de la sana crítica*; en caso de duda, preferirán la valoración más favorable al trabajador.¹³¹

¹²⁷ Eduardo Couture. *Estudios de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ediciones Depalma), 1979, p. 195.

¹²⁸ D.F.L. Núm. 1.- Santiago, 31 de julio de 2002. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo de Chile.

¹²⁹ Negrillas y cursivas nuestras.

¹³⁰ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 37504 del 13-08-2002.

¹³¹ Negrillas y cursivas nuestras.

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia¹³², texto que data de 1948, la recogió de este modo:

Artículo 61.- *Libre formación del convencimiento. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba* y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.¹³³

c) El principio de la libertad de los medios de prueba

Es decir, admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo. En línea general, para alcanzar la verdad procesal se impone, de entrada, no limitar la utilización de medios de prueba determinados y sí, más bien, poder emplear la totalidad de los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento jurídico. El tópico es, del mismo modo tradicional y más aún fundacional del Derecho latinoamericano del Trabajo.

Un auto de fecha 26 de enero de 1938 del Tribunal Superior del Trabajo de Venezuela se pronunciaba en estos términos: "...en los procesos en materia de trabajo, que tienen por único fundamento la equidad, es lógico establecer la admisión de cualquier prueba tendiente al esclarecimiento de la verdad, aun cuando el valor de la obligación sea mayor de 2.000 bolívares."¹³⁴

¹³² Decreto 2158 de 1948, junio 24 sobre procedimiento en los juicios de trabajo. La Ley 712 de 2001 (D.O 44.640 del 08 de diciembre de 2001) modificó en su Art. 1º la denominación del Código Procesal del Trabajo por la de Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹³³ Negrillas y cursivas nuestras.

¹³⁴ Rafael Caldera Rodríguez. *Derecho del Trabajo*, Op. cit, p. 250.

En la actualidad y dicho en los términos del artículo 16 del vigente Código del Trabajo de la República Dominicana:

Las estipulaciones del contrato de trabajo, así como los hechos relativos a su ejecución o modificación **pueden probarse por todos los medios**.

Sin embargo, se exime de la carga de la prueba al trabajador sobre los hechos que establecen los documentos que el empleador, de acuerdo con este Código y sus reglamentos, tiene la obligación de comunicar, registrar, conservar..."

En efecto, cada sistema jurídico dispone sus propias normas para reglamentar el principio de libertad de la prueba, de manera de evitar que se caiga en el arbitrio del juez, el cual, si no existieran límites de ningún género a la admisibilidad de pruebas actuaría con una enorme discrecionalidad. La formulación general que se acaba de proponer permite explicar el sentido del artículo 11 a) de la Recomendación 198, que dispone:

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...

Pero este principio se explica aún mejor si se le conecta con el recurso al *haz de indicios* como medio de indagar la existencia de una relación de trabajo. En ese sentido, por un lado, la Recomendación refiere a los hechos que sirven para detectar la existencia de la relación de empleo (indicios) y, por el otro, sugiere una amplitud de medios de investigación o de pesquisa, de manera que estos indicios puedan ser probados a través del más amplio número de medios posibles.

Esta posición entiende que el trabajador –durante la relación de trabajo y también, desde luego, durante el proceso judicial– está en una posición de desequilibrio respecto al empleador, a lo menos y ordinariamente respecto de la posibilidad de disponer de un más cabal acervo probatorio. De esta manera, la Recomendación intenta re-equilibrar las posiciones de las partes del proceso.

Con todo, la Recomendación no apunta a la admisión de cualquier medio, sino solo de aquellos reconocidos por los ordenamientos. No pretende, obviamente, crear medios nuevos y atípicos, en cuenta de que alguno pudiera, a su vez, afectar otros bienes o intereses tutelados; por ejemplo y por todos, los que involucren el derecho a la intimidad o a la privacidad. Cuando se alude a la libertad de prueba, se entiende el otorgar a la parte un amplio poder para utilizar medios probatorios previamente reconocidos y, al mismo tiempo, resolver a favor de la admisión la duda razonable que pudiera surgir de no saber, a ciencia cierta, si un medio u otro resultan o no aceptables.

D) El sentido y utilidad de la Recomendación: una puntualización necesaria

A modo de recapitulación valdría la pena destacar:

- a) Los medios o recursos que la Recomendación 198 postula para la determinación de la relación de trabajo (la presunción de la existencia de la relación de trabajo [el haz de indicios], el principio de la primacía de la realidad y, corolario de todo lo anterior, el principio de la libertad de prueba) significan instituciones de la más arraigada tradición en el derecho latinoamericano del trabajo.
- b) Siendo así, es posible, y seguramente útil, una lectura de la Recomendación desde el derecho latinoamericano del trabajo, como se ha intentado, lo que permitirá corroborar la sintonía y la muy fácil homologación de este con los términos de la Recomendación y, especialmente, con lo que ella dispone como vías para la determinación de la relación de trabajo en cada sistema nacional.
- c) Pero si, al menos desde el derecho laboral latinoamericano, no cabe afirmar que la Recomendación 198 innovó en el momento de ofrecer los medios para la determinación de la relación de trabajo, como ha quedado evidenciado, sí corresponde asignarle a ella cuatro logros o sentidos especialmente relevantes:
 - i) Haber universalizado reglas y principios encaminados hacia la determinación de la relación de trabajo.

- ii) Reforzar la influencia de esas reglas y principios para la determinación de la relación de trabajo en los países donde, comparativamente, puedan tener un desarrollo desigual.
- iii) Promover, en lo particular, una jurisprudencia sobre los *indicios de la laboralidad* que pueda ir cerrando las brechas del trabajo no protegido.
- iv) Por fin, y no por ello menos relevante, posibilitar que el tópico de la determinación de la relación de trabajo al ser parte de una norma internacional¹³⁵ pueda estar bajo el foco de atención de los órganos de control de la OIT, sin perjuicio, desde luego, del seguimiento y aplicación que prevé el propio instrumento.¹³⁶

¹³⁵ “6. En el caso de una recomendación: a) la recomendación se comunicará a todos los Miembros para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo; b) cada uno de los Miembros se obliga a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas; c) los Miembros informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y las medidas por ellas adoptadas; d) salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los Miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas” (Constitución de la OIT. Art. 19.6).

¹³⁶ “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” (Rec. 198).

Indicadores de la relación de trabajo^{*}

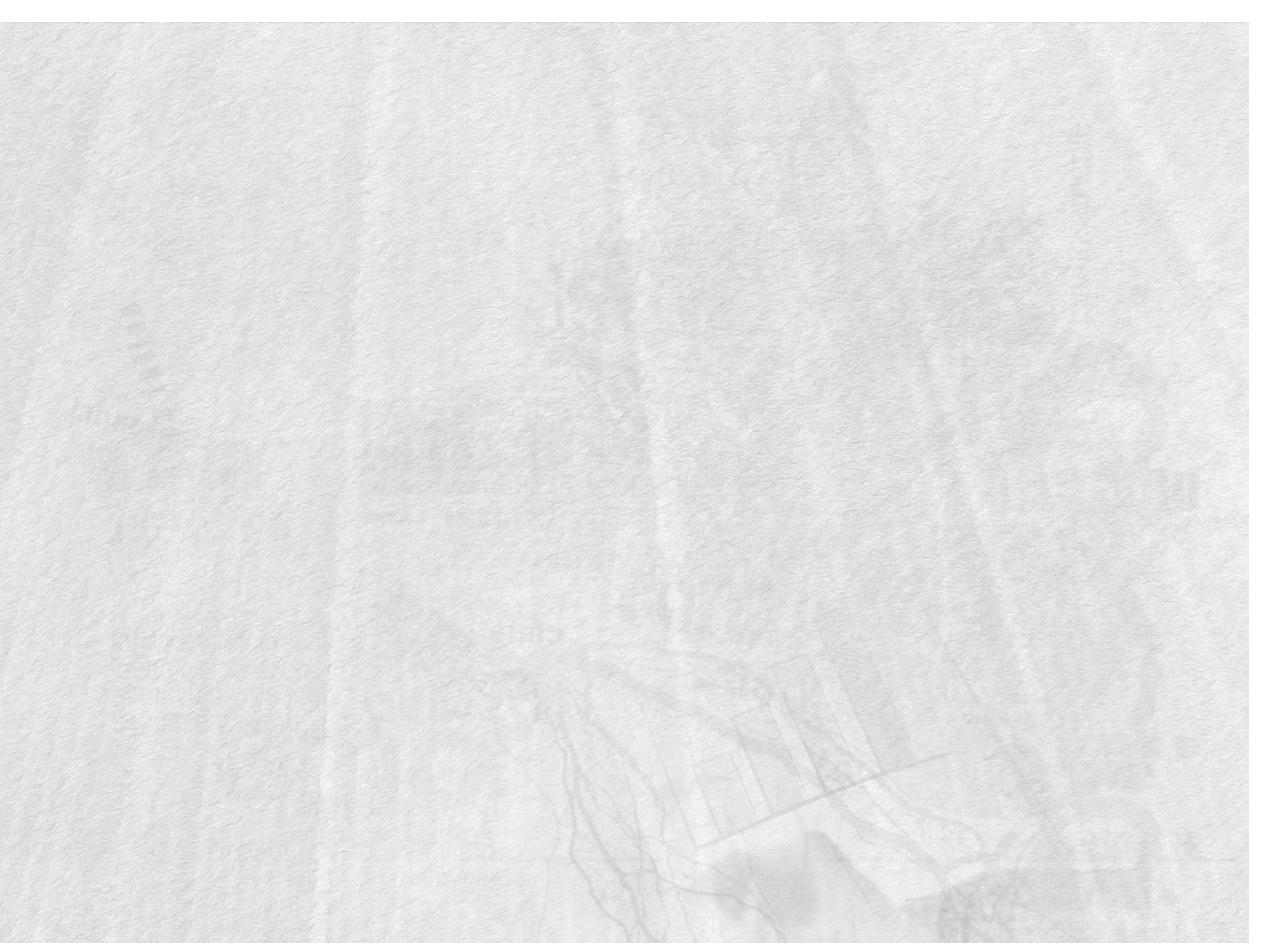
(Notas sobre el régimen jurídico colombiano)^{**}

César Augusto Carballo Mena^{***}

*“Sigo haciendo fotos, y me doy cuenta de que muestran
de una manera evidente lo falso de la realidad”*

MARIO BELLATIN,
El libro uruguayo de los muertos

-
- * En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a mujeres y hombres, sin distinción alguna.
 - ** La Universidad Libre (Bogotá), donde tengo el privilegio de impartir docencia en la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social, tuvo la iniciativa, a través del –muy estimado– Prof. Luis Alberto TORRES TARAZONA, de publicar este libro, editado originalmente en Caracas (2016) por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y la Cátedra Fundacional Nohemí Irausquín de Vargas. Animado por el deseo de interactuar –ojalá– con mayor fluidez con los nuevos lectores, introduce –tanto en el texto del presente capítulo como en sus respectivas notas marginales– algunas referencias –que estimo útiles– sobre el ordenamiento jurídico colombiano.
 - *** Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Colombia). Profesor-investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social y Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). carballomena@gmail.com.



SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. SÍNTESIS DE LOS CONTENIDOS DE LA RECOMENDACIÓN 198: A) Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; y B) Determinación de la existencia de una relación de trabajo. III. RELACIÓN DE TRABAJO: ENCUBRIMIENTO Y AMBIGÜEDAD OBJETIVA. IV. PRECEDENTES DEL PÁRRAFO 13 DE LA RECOMENDACIÓN 198: A) Trabajo en régimen de subcontratación (discusión de la Conferencia Internacional del Trabajo y proyecto de recomendación, 1997-1998); B) Documento técnico de base sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (2000); C) Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo (2003); y D) Informe sobre la relación de trabajo (2006). V) INDICADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: A) Previsión normativa; B) Precisión terminológica: indicadores, hechos indicantes, e indicios; C) Caracterización del catálogo de indicadores; y D) Alcance de los indicadores. VI. PONDERACIÓN DE HECHOS INDICANTES. VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo (2006)¹ constituye un instrumento *estratégico* para la realización de los objetivos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), toda vez que la aplicación del régimen normativo destinado a salvaguardar la integridad física, psíquica y moral del prestador de servicios personales suele condicionarse a la existencia de una relación de trabajo.²

En efecto, la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos consagran un *sistema binario*³ de regulación de los servicios personales: de un lado,

¹ En lo sucesivo, referida como Recomendación 198.

² Como antecedentes de la Recomendación 198, en el ámbito de la OIT, pueden señalarse: Convenio y Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núms. 177 y 184, respectivamente), Convenio y Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núms. 181 y 188, respectivamente), y Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193). Enrique Marín: “La relación de trabajo. Origen y sentido de una recomendación internacional del trabajo”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 133. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, pp. 65 y 66.

³ Con el ánimo de superar dicho sistema binario, algunas legislaciones han incorporado normas tuitivas a favor de la persona natural que presta servicios en condiciones –básicamente– de *dependencia económica* y *autonomía jurídica*, como es el caso de los *cuasi-asalariados* en Alemania (Ley sobre Contrato Colectivo, entre otros instrumentos normativos), los *para-subordinados* en Italia (Código de Procedimiento Civil), los trabajadores *autónomos económicamente dependientes* en España (Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo, artículo 11.1), y los *trabajadores en situaciones equiparadas* en Portugal (Código de Trabajo, artículo 10).

Cabe adjudicarleanáloga finalidad –aunque inficionado de severas ambigüedades– al Proyecto de Ley número 090 de 2017 que cursa ante Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia, por medio del cual se expide el régimen de trabajo decente para los contratistas de prestación de servicios y se dictan otras

amplia y eficaz tutela –mediante normas de orden público– de aquellos prestados en la esfera de la *relación de trabajo*, y del otro, desprotección de las restantes modalidades, cuyos términos y condiciones de ejercicio devienen estipulados por la autonomía de la voluntad de los sujetos concernidos.

En otras palabras, la *relación de trabajo*, independientemente de la caracterización que le atribuya cada ordenamiento jurídico, constituye “el principal medio de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social”⁴; de allí la trascendencia de establecer sus *presupuestos* –o elementos esenciales⁵– e *indicadores* –o típicas manifes-

disposiciones en materia de Contratación Administrativa y Modernización Estatal (Recuperado de: <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-090-2017-691834177>). Dicho instrumento pretende brindar adecuada tutela a quienes “prestan sus servicios mediante la modalidad de contratación [–“de naturaleza civil y administrativa”, *ex Art. 2º–] de prestación de servicios” (Art. 1º), reconociéndoles derechos y garantías –típicamente laborales–, tales como licencia por razones familiares (Art. 4.6), participación en “eventos, reuniones o celebraciones” y disfrute “de incentivos y estímulos similares a los otorgados a los demás servidores públicos o empleados del régimen ordinario, cuando cumplan funciones o actividades similares a estos” (Art. 4.7), “estabilidad laboral reforzada” por causa de “discapacidad”, “embarazo o lactancia” (Art. 4.14), “derecho de asociación sindical” (Art. 4.8), efectivo disfrute de “días festivos o de descanso” (Art. 4.12), honorarios profesionales cuya cuantía –en el sector público– se equipare a los “ingresos percibidos mensualmente por los servidores públicos de planta [...], teniendo en cuenta las funciones del contrato y los requisitos de formación académica y de experiencia correspondientes” (Art. 6º), etc. Quizá la crítica más relevante que pueda dirigirse al comentado Proyecto de ley –en el brevísimo espacio que ofrece el presente estudio– sea que, por momentos, pareciera –contra su propósito expreso– amparar el encubrimiento de relaciones de trabajo mediante contratos de prestación de servicios (práctica utilizada “de forma abierta y amplia” por los “poderes públicos”, según Corte Constitucional, sentencia SU040/18 de 10 de mayo de 2018), toda vez que admite, como premisa de tutela, que éstos sean celebrados para ejecutar funciones o actividades similares a las desempeñadas por trabajadores subordinados en el mismo ámbito (Arts. 4.7 y 6).*

⁴ Oficina Internacional del Trabajo: *La relación de trabajo*. Ginebra, 2006, párrafo 5. Recuperado de: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/realm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.

⁵ En el sentido expresado en el Art. 23.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia): “Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres *elementos*

taciones-, y contemplar los mecanismos idóneos para enervar su eventual *encubrimiento* o discernirla nítidamente en el caso de *ambigüedades objetivas*.⁶

II. SÍNTESIS DE LOS CONTENIDOS DE LA RECOMENDACIÓN 198

En su 95^a reunión, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el 16 de junio de 2006 la Recomendación que se analiza, la cual desarrolla, impulsando el diálogo tripartito a lo interno de cada Estado miembro de la OIT, desde una perspectiva de género y con particular preocupación por los trabajadores migrantes, lo concerniente a la formulación de una *política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo*, y la *determinación de la existencia de una relación de trabajo*.

A) POLÍTICA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS POR UNA RELACIÓN DE TRABAJO

1) Los miembros de la OIT deberían formular y aplicar una política nacional dirigida a examinar, con cierta frecuencia, el ámbito de aplicación de la legislación que protege a los trabajadores, insertando los ajustes que resultasen convenientes para asegurar su eficacia.

Como se observa, el objetivo trazado refiere al diseño y ejecución de una *política* –y no una simple normativa– que contemple las diversas acciones

esenciales: a. La actividad personal del trabajador [...]; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono [...]; y c. Un salario como retribución del servicio” (cursivas mías).

⁶ En este orden de ideas, la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal (2015), en su párrafo 26, destaca la relevancia de “asegurar el cumplimiento de la legislación nacional [...] sobre todo en lo que atañe al *reconocimiento* y el *cumplimiento* de las relaciones de trabajo, con objeto de facilitar la transición a la economía formal” (cursivas mías).

que aseguren la eficaz tutela que se destina a los trabajadores. Dicha política nacional, como se desarrollará en los párrafos siguientes, debe contemplar, entre otros aspectos, lo concerniente a la demarcación entre trabajo asalariado e independiente, mecanismos adecuados para calificar la naturaleza jurídica de servicios objetivamente ambiguos, represión de las prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo, determinación de las responsabilidades patronales en los casos de subcontratación, e idoneidad de los procedimientos jurisdiccionales destinados a dirimir las controversias en torno a la existencia y condiciones de la relación de trabajo.

2) La política nacional habría de incluir, entre otros aspectos, medidas tendentes a:

- a) Orientar a los interesados, en especial trabajadores y empleadores, “sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes” (párrafo 4.a).

El objetivo dual trazado sugiere el reconocimiento de situaciones de disímil naturaleza, ambas relativas a la esfera de aplicación personal del Derecho del trabajo: de un lado, el *encubrimiento* de la relación de trabajo (párrafos 4.b y 17), y del otro, las modalidades de prestación de servicios *objetivamente ambiguas*, esto es, ubicadas en las denominadas *zonas grises, fronterizas o penumbras* (párrafo 8);

- b) Reprimir el *encubrimiento* de las relaciones de trabajo (párrafo 4.b) –generalmente a través de la *simulación* de vínculos jurídicos de naturaleza disímil– y eliminar los incentivos que fomenten tal práctica⁷ (párrafo 17).
- 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”

⁷ En el mismo contexto, cabe referir a la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal (2015), conforme a la cual resulta imperativo prevenir y sancionar aquellas conductas destinadas a evitar o abandonar la economía formal con el objeto de evadir el pago de impuestos y el cumplimiento de la legislación social y laboral (párrafo 7.l, en concordancia con los párrafos 22 y 30).

(párrafo 4.c). En este mismo contexto, “asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén” (párrafo 4.d). Se acometen así las denominadas *relaciones triangulares*, de *subcontratación* o *tercerización*,⁸ es decir, aquellas caracterizadas por la prestación de servicios dependientes, subordinados o asalariados en beneficio de un tercero, persona jurídica o natural, que ejerce sobre el trabajador –con intensidad variable– poderes de organización, dirección y/o disciplina, hasta el grado de provocar incertidumbre acerca del estatus patronal y las condiciones de trabajo que deben regir (ver artículo 1 del proyecto de convenio OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en concordancia con el párrafo 2 del respectivo proyecto de recomendación⁹);

- d) Garantizar –en sintonía con el derecho humano a la *tutela judicial*¹⁰– 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 (párrafo 4.e). En complemento a lo expuesto, el párrafo 11.a de la Recomen-

⁸ Atendiendo a la naturaleza de las actividades empresariales ejecutadas por el contratante, entrañarán *proscripción* (Ecuador: Mandato Constituyente N° 8 de 30 de abril de 2008, Bolivia: Arts. 1 y 3 del Decreto Supremo 521 de 26 de mayo de 2010, y Venezuela: Arts. 47 y 48 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela); *responsabilidad patronal* bajo ciertas circunstancias (Méjico: Art. 15-A de la Ley Federal del Trabajo); *responsabilidad solidaria directa* (Colombia: Art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo, y Perú: Ley N° 29.245 que Regula los Servicios de Tercerización de 24 junio 2008); *responsabilidad solidaria derivada del incumplimiento de ciertos deberes de vigilancia y control* (Argentina: Art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, Chile: Arts. 183-A y 184-A del Código del Trabajo, y Uruguay: Ley 18.099 de 24 de enero de 2007 sobre responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial), o *responsabilidad patronal subsidiaria* (Brasil: Art. 10.7 de la Ley 6019 de 1º de marzo de 1974, reformada mediante Ley 13.429/15 de 31 de marzo de 2017 y Ley 13.467/2017 de 13 de julio de 2017).

⁹ Recuperado de: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2a.htm>.

¹⁰ Ver César Arese: *Derechos Humanos Laborales: teoría y práctica de un nuevo Derecho del trabajo*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, pp. 137-142.

- dación 198 promueve el reconocimiento de una “amplia variedad de medios [probatorios] para determinar la existencia de una relación de trabajo”;
- e) “Asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo” (párrafo 4.f), a través de mecanismos tales como la inspección del trabajo, el diálogo social, la negociación colectiva, etcétera; y
- f) Asegurar “formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia” para las autoridades encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo (párrafo 4.g).
- 3) Finalmente, dejando traslucir una vez más el reconocimiento de modalidades de prestación personal de servicios que exhiben *ambigüedades objetivas* o se ubican en las denominadas *zonas grises, fronterizas o penumbrosas*, se advierte que la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería *interferir* con las *verdaderas relaciones civiles y comerciales*, velando al mismo tiempo porque las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho (párrafo 8).

B) DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

- 1) En la determinación de la existencia de la relación de trabajo debe imperar el principio de *primacía de la realidad* (sobre las formas o apariencias),¹¹ esto es, encontrar fundamento en las circunstancias fácticas relativas al

¹¹ Colombia: Arts. 53 de la Constitución Política (“La ley [...] tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [...] primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales...”) y 23.2 del Código Sustantivo del Trabajo (“...no deja de [existir un contrato de trabajo...] por razón del nombre que se le dé [al vínculo] ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”).

modo de ejecución del trabajo y su retribución, sin perjuicio de la manera en que se caracterice al vínculo en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes (párrafo 9);

2) A los fines de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo y en el marco de la política nacional antes comentada, convendría:

- a) Admitir una *amplia variedad de medios probatorios* para determinar la existencia de una relación de trabajo (párrafo 11.a);¹²
- b) Prever la *presunción de la existencia de la relación de trabajo* a partir de uno o varios indicios (párrafo 11.b);¹³
- 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” (párrafo 11.c). En otras palabras, se destaca la opción de declarar normativamente el carácter dependiente o autónomo de modalidades de prestación personal de servicios ubicadas en zonas penumbras, con el objeto de reducir la conflictividad en torno a la determinación de su naturaleza jurídica;¹⁴

¹² Art. 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Colombia): “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el Juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales”.

¹³ Art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia): “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. En tal sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL6621-2017 3 de mayo de 2017, declaró: “como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo”, la regla prevista en el artículo 24 antes transcrita, “le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma”.

¹⁴ Así, por ejemplo, el artículo 1.3 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores (España) dispone que “se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas

- d) Definir los *elementos o presupuestos que determinan la existencia de una relación de trabajo*, “por ejemplo la subordinación o dependencia” (párrafo 12);¹⁵ y
- e) Definir ciertos *indicios* que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo (párrafo 13).

La Recomendación 198 destaca que la adecuada y eficaz protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la OIT –y del propio Derecho del trabajo, como lo recuerda Oscar ERMIDA¹⁶–, razón por la cual resulta imperativo, como premisa de dicha protección, el diseño y aplicación, en el contexto del diálogo social tripartito, de una política nacional dirigida a examinar a intervalos apropiados lo concerniente al ámbito de validez personal de la legislación del laboral, la determinación idónea de la existencia de una relación de trabajo, y la enervación de las prácticas de encubrimiento de dicho vínculo jurídico.

Entre las medidas que se sugieren para afrontar la problemática de la determinación de la existencia de una relación de trabajo, destaca dentro del perímetro del presente estudio, lo concerniente a la conveniencia de definir legislativamente o por otros medios un cúmulo de *indicios* –según se señala expresamente en la versión en español¹⁷– de la relación de trabajo (párrafo 13), vinculados tanto a las condiciones de modo, tiempo y lugar de la prestación de los servicios (párrafo 13.a) como a las prestaciones que comporta (párrafo 13.b).

prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”.

¹⁵ De conformidad con los Arts. 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), los presupuestos o elementos esenciales del contrato de trabajo son: “actividad personal del trabajador”, “continuada subordinación o dependencia” de éste respecto del patrono, y “salario como retribución del servicio”.

¹⁶ *Meditación sobre el derecho del trabajo*. Fundación Electra, Montevideo, 2011, p. 1.

¹⁷ Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument.

Elementos del contrato de trabajo

El contrato de trabajo entraña la *concurrencia* de tres presupuestos o elementos esenciales: “la actividad personal del trabajador” (dato desencadenante de la presunción de laboralidad del vínculo *ex Art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo*), “la continuada subordinación o dependencia [de éste...] respecto del empleador”, y “un salario como retribución del servicio” (Art. 23 *eiusdem*).

El estado de subordinación o dependencia del trabajador –con mucho el elemento más debatido a propósito de la existencia del contrato de trabajo– “faculta [al empleador] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos” (Art. 23.1.a *eiusdem*).

“Corresponde al empleador impartir órdenes, dirigir a los empleados, imponer los reglamentos y disponer respecto de las relaciones internas de la empresa, con el propósito de conseguir que ella marche de acuerdo a los fines y objetivos para los cuales se creó; el trabajador debe acatar lo ordenado, y someterse a las reglas y cumplirlas, lo cual no afecta por sí solo sus derechos ni su dignidad” (Corte Constitucional, sentencia C-299/99 de 5 de mayo de 1999).

La subordinación o dependencia entraña “un poder jurídico permanente de que es titular el empleador, para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.” (Corte Constitucional, sentencia C-386/00 de 5 de abril de 2000)

Resulta relevante destacar que “el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador, y así por ejemplo en el desempeño de labores técnicas o científicas, el grado de subordinación es casi imperceptible [...] En cambio en las que no lo son la subordinación es más acentuada, más ostensible y directa; más aún existen unos trabajadores [–por ejemplo, domiciliarios–...], en donde

la subordinación casi desaparece..." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 21 de febrero de 1984).

"En relación con los elementos que pueden conducir a que [un determinado vínculo...] pase de ser una [pretendida] relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de las dos partes tenga mayor poder sobre la otra y por ende se configure un estado de subordinación, se pueden destacar [...] (i) el hecho de que para que se produzca el pago de las compensaciones a que tiene derecho el [prestador de servicios,] éste haya cumplido con la labor en las condiciones [que le fueron] indicadas [...]; (ii) el poder disciplinario [ejercido...] sobre el [prestador de servicios...]; [y] (iii) la sujeción por parte del [prestador de servicios ...] a la designación [...] del tercero a favor del cual se va a ejecutar la labor contratada y las condiciones en las cuales trabajará..." (Corte Constitucional, sentencia T-445/06 de 2 de junio de 2006).

III. RELACIÓN DE TRABAJO: ENCUBRIMIENTO Y AMBIGÜEDAD OBJETIVA

La relación de trabajo, en términos generales y al margen de cualquier ordenamiento jurídico concreto,¹⁸ alude al vínculo existente entre una persona natural, comúnmente denominada *trabajador*, y otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *patrón* o *empleador*, a quien aquélla proporciona su esfuerzo personal bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración.¹⁹

La noción expuesta deja en claro que el carácter *personal* ("esfuerzo personal") y *productivo* ("a cambio de una remuneración") del servicio

¹⁸ La *relación de trabajo* –en la esfera del ordenamiento jurídico colombiano– entraña la prestación de un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración" (Art. 22 del Código Sustantivo del Trabajo).

¹⁹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, párrafo 5.

constituyen presupuestos *necesarios*, más no *suficientes*, de la *relación de trabajo*, toda vez que, adicionalmente, se impone concebir las peculiares *condiciones* en que aquél es ejecutado, delimitándolo respecto de otras modalidades de trabajo.

Dichas condiciones, denotativas del servicio *personal* y *productivo* prestado en el ámbito de la relación de trabajo, son universalmente aludidas –como cabe inferirlo del mencionado párrafo 12 de la Recomendación 198²⁰– con las voces *subordinación*²¹ o *dependencia*,²² u otras expresiones análogas²³ que advierten el estado de sujeción del trabajador a los poderes patronales de dirección, vigilancia y disciplina.²⁴

²⁰ “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”.

²¹ Por ejemplo, Arts. 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 19 del Código del Trabajo (Nicaragua), 20 de la Ley Federal del Trabajo (México), y 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Perú).

²² Por ejemplo, Arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (Argentina), 7 del Código del Trabajo (Chile), 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), y 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

²³ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, p. 20: Dependencia permanente y dirección inmediata o delegada (Costa Rica), dependencia continuada y dirección inmediata o delegada (Guatemala), dependencia y dirección inmediata o delegada (República Dominicana), bajo la dirección y autoridad del empleador (Portugal, Benín, Burkina Faso, Congo, Gabón, Níger y Ruanda), bajo la dirección y supervisión del empleador (Finlandia), bajo la dirección o supervisión del empleador (Bahréin y Qatar), bajo la dirección y control del empleador (Túnez), bajo la dirección del empleador (Marruecos), bajo órdenes del empleador (Angola y Botsuana), y de acuerdo con las instrucciones y bajo el control del empleador (Eslovenia).

²⁴ Ver, entre otros, J. Almosny: *El contrato de trabajo*. Tipografía La Nación, Caracas, 1938, p. 26; L. De Litala: *El contrato de trabajo*. López & Echegoyen, Buenos Aires, 1946, pp. 21 y 22; G. Bayón Chacón y E. Pérez Botija: *Manual de Derecho del Trabajo*, V. I. Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1958, p. 24; M. De la Cueva: *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, 4º edición. Ed. Porrúa, México, 1959, pp. 480 y ss.; A. Hueck y H. Nipperdey: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 45, 46 y 58; F. De Ferrari: *Derecho del*

Al margen de los *presupuestos* o *elementos esenciales* que se atribuyan –normativa, jurisprudencial o doctrinariamente– a la *relación de trabajo*, siempre cabría la posibilidad de controvertir su existencia en la esfera de una concreta interacción, bien porque se sostenga que subyace *encubierta* bajo *simuladas* formas contractuales –generalmente impuestas e insufladas por el empleador o patrono–, bien porque el vínculo entraña *ambigüedades objetivas* –rasgos ajenos al arquetipo normativo– que complejizan severamente su calificación jurídica.

El *encubrimiento* de la relación de trabajo refiere a la práctica destinada a ocultar dicho vínculo mediante la *simulación* y *superposición* de un ficticio negocio jurídico de naturaleza disímil. Su enervación, fundamental para la realización de los objetivos tuitivos del Derecho del trabajo, se hace depender –en el contexto de la Recomendación 198– del principio de *primacía de la realidad*²⁵ (párrafo 9) y la *presunción ex lege*

Trabajo, 2^a ed. De Palma, Buenos Aires, 1968, pp. 316-321; G. González: *Derecho del Trabajo*, 2^a ed. Temis, Bogotá, 1970, pp. 134-140; G. H. Camerlynck y G. Lyon-Caen: *Derecho del Trabajo*. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974, p. 97; A. Fernández: *Lineamientos del contrato de trabajo*. Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 32-36; E. Krotoschin: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, V. I, 4^a ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 108-114; Daniel Rivas: *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad de la República-Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 17; R. Alfonzo-Guzmán: *Otras caras del prisma laboral*. Autor, Caracas, 2005, p. 107; C. De Buen Unna: *El derecho de qué trabajo*. *Derecho del Trabajo*, N° 2. Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006, pp. 69-71; y G. Santoro: *La dependencia económica y la nueva frontera del Derecho del Trabajo*. *Revista Derecho del Trabajo*, N° 2. Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006, pp. 89-91).

²⁵ Reconocido jurisprudencialmente, por ejemplo, en Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, y Uruguay; y previsto expresamente, entre otros, en Decreto Supremo N° 28699 de Bolivia (artículo 4.I.d), la Constitución (artículo 53) y el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia (artículo 23), el Código del Trabajo de Nicaragua (Principio Fundamental VI), la Ley General de Inspección del Trabajo de Perú (artículo 2.2), el Código de Trabajo de República Dominicana (Principio IX), la Constitución (artículo 89.1) y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela (artículos 18.3 y 22).

de existencia de la relación de trabajo²⁶ a partir de uno o varios indicios²⁷ (párrafos 11.b y 13):

9. [...] 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.

Encubrimiento del contrato de trabajo

El patrono, preválido del mayor poder de negociación que ostenta y con el ánimo de evadir el régimen tutivo del Derecho del trabajo y de la seguridad social, podría optar por encubrir la relación de trabajo mediante la simulación de vínculos jurídicos de disímil naturaleza.

Atendiendo a lo expresado, el ordenamiento jurídico laboral conjuga una fórmula eficaz de enervación del encubrimiento de la relación de trabajo a través de la presunción del carácter laboral de toda prestación personal de servicios (Art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo) y los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (Arts. 53 de la Constitución y –respectivamente– 23.2 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo).

En consecuencia, demostrada la prestación personal del servicio se presumirá la existencia de un contrato de trabajo entre quien preste el servicio y aquel que lo reciba. Sobre este último –patrón o empleador

²⁶ Dicho mecanismo aparece previsto, por ejemplo, en los artículos 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), 8 del Código del Trabajo (Chile), 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 20 del Código de Trabajo (El Salvador), 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (España), 21 del Código de Trabajo (Guatemala), 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), 66 del Código de Trabajo (Panamá), 19 del Código del Trabajo (Paraguay), 12.1 del Código de Trabajo (Portugal), 15 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

²⁷ *Relevant indicators*, en su versión en inglés. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198.

presunto – recaerá la carga de desvirtuar la aludida presunción mediante la enervación de alguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo (Art. 23.1 del Código Sustantivo del Trabajo), esto es, que el servicio fue prestado por interpuesta persona, en condiciones de autonomía o independencia, y/o por razones distintas a la percepción de medios de subsistencia (trabajo comunitario, benevolente, altruista, religioso, etc.).

En ningún caso podría considerarse desvirtuado el contrato de trabajo presunto por la acreditación de meros elementos formales (principio de primacía de la realidad) o manifestaciones del prestador de servicio que entrañen abandono de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (principio de irrenunciabilidad): “la inexistencia del elemento subordinante no se acredita mediante el contrato, sino mediante uno o varios elementos de probanza que recreen el ejercicio de la actividad de forma autónoma e independiente...” (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL9801-2015 de 29 de julio de 2015).

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar [...] la posibilidad de: [...]

(b) Consagrar una *presunción legal* de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios...

13. Lo 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...

De otra parte, se verifican, cada vez con mayor frecuencia, modalidades de prestación de servicios que exhiben *ambigüedades objetivas*, esto es, combinación de rasgos de *dependencia* y *autonomía*, como consecuencia, básicamente, de las nuevas tecnologías y los modos flexibles de organización del proceso productivo²⁸. En este caso se impone la *ponderación*

²⁸ Arturo Bronstein: *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*. Oficina Internacional del Trabajo-Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 78-82; A. Carrillo: Nuevas formas y organizaciones de trabajo en los servicios médicos empresariales. *Derecho del Trabajo*, N° 2. Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006,

de los datos –de signo contrario– recabados, a los fines de desentrañar la naturaleza jurídica del vínculo analizado.

Destaca en este contexto la técnica de confeccionar –cualquiera sea su fuente– *catálogos de indicadores de la relación de trabajo*, es decir, rasgos prototípicos susceptibles de verificarce fácticamente en el caso concreto sometido a escrutinio para así desentrañar, por *vía indiciaria*, su naturaleza jurídica controvertida (*método tipológico*).

Contrato-realidad

La locución *contrato realidad* fue acuñada por Alfredo Iñárritu –ministro de la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de México (1934-1938)– y difundida por Mario De la Cueva para significar –bajo el influjo de la tesis alemana de la incorporación del trabajador a la empresa– que el contrato de trabajo existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio (Mario De la Cueva, 1959. *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, 4º edición. México: Ed. Porrúa, p. 459).

Por su parte, la jurisprudencia colombiana refiere al *contrato realidad* como sinónimo de contrato de trabajo encubierto mediante –simulado– vínculo jurídico de naturaleza disímil, esto es, como aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en el ámbito de la determinación de la existencia del vínculo laboral.

IV. PRECEDENTES DEL PÁRRAFO 13 DE LA RECOMENDACIÓN 198

La confección de catálogos de indicadores de la relación de trabajo aparece reflejada en los estudios y proyectos normativos adelantados por la OIT dentro del arco temporal 1997-2006, que a la postre devinieron precursores del párrafo 13 de su Recomendación 198:

pp. 281-286; y Wilfredo Sanguineti: La empresa red y el Derecho del trabajo. *Revista Derecho del Trabajo*, N° 4. Fundación Universitas, Barquisimeto, 2007, p. 77.

A) Trabajo en régimen de subcontratación (discusión de la Conferencia Internacional del Trabajo y proyecto de recomendación, 1997-1998)

La Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, en sus reuniones 85^a (1997) y 86^a (1998), discutió en torno a la posible adopción de un Convenio y su respectiva Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación. Sin embargo, las diferencias terminológicas que afloraron durante los debates, sobre todo referidas a las expresiones *subcontratación* y *trabajadores contractuales*, abortaron el proceso.

En este escenario resulta de particular interés hacer referencia al catálogo de indicadores contemplado en el artículo 2 del *proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación*, el cual, a pesar de no haber merecido adopción, constituye fuente primaria del párrafo 13 de la Recomendación 198.²⁹

El proyectado artículo 2 consagraba que a los efectos de advertir una situación de dependencia o subordinación laboral, en la esfera de la subcontratación laboral, cabría considerar uno o varios de los siguientes criterios:

La medida en que la empresa usuaria determina el momento y la manera en que ha de realizarse el trabajo, incluidos el tiempo de trabajo y las demás condiciones laborales del trabajador en régimen de subcontratación;

Si la empresa usuaria paga periódicamente y de acuerdo con criterios pre-establecidos las sumas adeudadas al trabajador en régimen de subcontratación;

²⁹ En Venezuela, el Art. 2 del proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación (OIT) devino fuente directa del método tipológico (*test de laboralidad*) adoptado jurisprudencialmente para desentrañar la naturaleza jurídica de las modalidades de prestación personal de servicios objetivamente ambiguas (Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social: sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/RC489-130802-02069.HTM>).

La medida en que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador en régimen de subcontratación un poder de supervisión y un control con respecto al trabajo realizado, incluido el poder disciplinario;

La medida en que la empresa usuaria hace inversiones y suministra, entre otras cosas, herramientas, materiales y maquinaria para efectuar el trabajo de que se trate;

Si el trabajador en régimen de subcontratación asume el riesgo y ventura del trabajo que deberá realizar;

Si el trabajo se efectúa en forma regular y continua;

Si el trabajador en régimen de subcontratación está empleado por una sola empresa usuaria;

La medida en que el trabajo realizado en régimen de subcontratación forma parte integrante de las actividades normales de la empresa usuaria; y

Si la empresa usuaria proporciona al trabajador en régimen de subcontratación una formación sólida y específica para el puesto de trabajo”.

Los *indicadores* propuestos estaban dirigidos a evidenciar el grado de autonomía que caracteriza a una específica relación jurídica trabada entre el sujeto beneficiario o usuario de los servicios y quien los presta bajo régimen de subcontratación: en el supuesto de integración del trabajador subcontratado a la esfera del proceso productivo del beneficiario o usuario, en condiciones tales que resulta éste quien organiza, dirige y disciplina los servicios prestados, se pondría en evidencia, al margen de las formalidades contractuales, su responsabilidad patronal.

Cabe advertir, por último, que los datos recabados a propósito de la frustrada iniciativa normativa de la OIT en materia de subcontratación, impulsaron una futura reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo que habría de abordar el tema de las situaciones en que los trabajadores precisan protección y que, a tales fines, produjo el *documento técnico de base* (2000) que merecerá de inmediato breves comentarios.

b) Documento técnico de base sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (2000)

En el año 1998, con ocasión de la 86^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, se verificó la segunda discusión sobre *el trabajo en régimen de subcontratación*, con el objetivo de adoptar un convenio y una recomendación complementaria. En dicha oportunidad la comisión encargada de estudiar el tema y adelantar las recomendaciones correspondientes, se pronunció –habida cuenta la falta de consenso– a favor de una más detenida reflexión y de una nueva discusión en el seno de la Conferencia.

Siguiendo estas sugerencias, la Conferencia resolvió, entre otras medidas, discutir de nuevo el tema en futuras reuniones, con base en los estudios de los expertos convocados al efecto, destacándose que el referido proceso normativo debería completarse en un plazo que no excedería del año 2002.

De este modo, a iniciativa del Consejo de Administración de la OIT se celebró, del 15 al 19 de mayo de 2000, una reunión de expertos sobre la protección de los trabajadores en ciertas situaciones. A estos fines, se preparó un documento técnico de base que examina los antecedentes del tema, las cuestiones relativas a la protección de los trabajadores y la relación de trabajo (ámbito personal de aplicación) y propone, finalmente, elementos para una eventual acción normativa internacional.

En particular, se destacan notables problemas en lo atinente al ámbito de aplicación de la legislación laboral debido, por un lado, a las tradicionales prácticas de *encubrimiento* o *simulación* y, por el otro, a situaciones de *objetiva ambigüedad* (*zonas grises* o *de frontera*), que generan razonables dudas acerca del estatus jurídico de los sujetos de la relación de trabajo. Los fenómenos apuntados producen una especie de *desenfoque de la legislación del trabajo*, esto es, como si los trabajadores fueran desplazados fuera del espectro de aplicación de la normativa laboral.

En los casos de *ambigüedades objetivas* es de destacar que, no siendo fenómenos novedosos, se han expandido por virtud de los cambios expe-

rimentados en las áreas tecnológica y de organización del trabajo. En otros términos, los rasgos definitorios del servicio personal ejecutado bajo la modalidad de relación de trabajo pudieren devenir de difícil o compleja apreciación bajo las imperantes formas de organización flexible del trabajo y la incorporación de modernas tecnologías.

Las situaciones planteadas exigen el *reenfoque* de la legislación laboral mediante acciones destinadas a clarificar el ámbito de la norma, o reajustarlo con base en las nuevas realidades imperantes.

En cuanto al reajuste de los límites de la legislación laboral, se alude, en particular, a la situación de los *trabajadores jurídicamente autónomos pero económico dependientes*, toda vez que, bajo el esquema binario imperante, se encuentran extrañados de la protección que brinda la legislación del trabajo, sin que, como fundamento de la exclusión, exhiban poder de negociación suficiente para garantizar su plena integridad.

La situación de desprotección antes advertida ha impulsado el debate en torno a los límites o fronteras del Derecho del trabajo, sosteniéndose que esta disciplina jurídica ha de brindar protección básica general a todos los sujetos que presten servicios personales, al margen de la modalidad específica de ejecución, esto es, trascender la tutela del trabajo subordinado o dependiente (aunque pueda merecer mayores niveles de protección) para abarcar el trabajo a secas o sin adjetivaciones.

Por fin, se plantea el imperativo de emprender acciones normativas de rango internacional destinadas a enfrentar la apuntada inseguridad jurídica que surge en torno al alcance personal de la regulación del trabajo.

c) Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo (2003)

En la 91^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, como continuación de los estudios emprendidos sobre *el trabajo en régimen de subcontratación (1997-1998)* y *los trabajadores en situaciones que en las cuales necesitan protección* (2000), se analizó la circunstancia, cada vez más generalizada, de trabajadores dependientes o asalariados que, sin

embargo, se encuentran privados de protección laboral como consecuencia de diversos aspectos, entre los cuales se destacan las *ambigüedades objetivas* que pudiesen entrañar.

Se señala que a los fines de distinguir entre la relación de trabajo y las interacciones de otro género se suele recurrir a diversos criterios: la persona natural presta sus servicios en circunstancias que corresponden a una relación de *subordinación* al patrono o de *dependencia* de éste; esa persona trabaja *por cuenta ajena*; ha sido *integrada a una organización*; o *no asume los riesgos inherentes a la condición de patrono o empleador*.

En algunos casos la ley va más allá y determina que serán considerados asalariados algunos trabajadores cuya situación pueda ser ambigua, o presume que están ligados por una relación de trabajo. En otros supuestos, por el contrario, la ley prescribe que ciertas formas de empleo no representan una relación de trabajo (circunstancias que, a la postre, reflejaron los párrafos 11.c y 11.b, respectivamente, de la Recomendación 198).

Adicionalmente, se observa que en algunos países, con el objeto de facilitar la tarea de calificación jurídica de las diversas modalidades de prestación de servicios, se ofrecen ciertos *indicadores* (como habrá de desarrollar el párrafo 13 de la Recomendación 198 OIT):

...el acatamiento de instrucciones dadas por el empleador, el hecho de estar a disposición del empleador, la desigualdad socioeconómica entre las partes y la dependencia económica del trabajador. En países donde se aplica el derecho consuetudinario, los jueces basan su decisión en ciertos criterios entre ellos los llamados criterios de control, integración en la empresa, realidad económica y obligaciones mutuas.³⁰

De manera concreta, se destaca que la Suprema Corte de Justicia de la República de Corea del Sur enumeró, en un fallo de 1994, los siguientes factores que habrían de considerarse para la determinación de la existencia de una relación de trabajo:

...el empleador decide el contenido del trabajo que hay que efectuar; el asalariado está sujeto a un reglamento de personal; el empleador

³⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 26.

conduce o supervisa de manera concreta e individual el trabajo que se ejecuta; el asalariado puede buscar una tercera persona que se encargue de trabajar; la posesión de distintas materias primas y diversas herramientas; el salario como precio del trabajo; existencia de un salario básico o fijo; recaudación en la fuente del impuesto sobre los ingresos del trabajador; continuidad de la oferta de trabajo y del control exclusivo por el empleador; reconocimiento del estatuto del trabajador por otras leyes, como la ley de bienestar social, y situación socio-económica de ambas partes.³¹

De otra parte, en el caso de Irlanda, donde no existe una definición legal de trabajador o empleado, se fijaron, a través de la concertación social (*Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals, Dublin*, julio de 2001³², actualizado en 2007), ciertos factores o indicadores para la determinación de la existencia de la relación de trabajo o, por el contrario, de alguna modalidad de trabajo independiente:

Relación de trabajo	Trabajo independiente
Bajo el control de otra persona a la que incumbe dar órdenes acerca de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo el trabajo.	Propietario de su propio negocio.
Aporta solo su trabajo.	Expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad realizado en virtud de un contrato.
Percibe una retribución fija, determinada por hora, semana o mes.	Asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa.
No puede subcontratar el trabajo (cuando el trabajo pueda ser objeto de una subcontratación y sea remunerado por la persona que lo haya subcontratado, la relación entre empleador y trabajador puede ser transferida sin más).	Puede beneficiarse pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos que se le hayan encomendado.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, pp. 65-67.

Relación de trabajo	Trabajo independiente
No aporta los materiales para realizar el trabajo.	Ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo, y determina si debe intervenir personalmente en tales cometidos.
No aporta otras herramientas y equipos, más que los útiles de su propio oficio (pero cabe observar que el suministro de herramientas y equipo no es necesariamente por sí mismo un indicio suficiente acerca de la relación de trabajo del interesado; hay que tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso).	Tiene toda libertad para contratar más personal, con arreglo a condiciones fijadas por ella misma, para realizar trabajos a cuya realización se haya comprometido.
No se expone personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo.	Puede ejecutar trabajos o servicios de la misma índole para más de una persona o negocio simultáneamente.
No asume ninguna responsabilidad por concepto de inversiones o gestión del negocio.	Proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo.
Carece de oportunidades para beneficiarse pecuniariamente de la correcta gestión y programación de los trabajos encargados al contratante o de la ejecución de las labores abarcadas por tales trabajos.	Proporciona el equipo y las máquinas necesarios para realizar el trabajo, con excepción de pequeñas herramientas y equipo propios del oficio de que se trate (lo cual no debe considerarse como indicio seguro de que quien aporte tales herramientas y equipo trabaja por su propia cuenta).
Trabaja conforme al horario que se haya establecido o con arreglo a determinado número de horas por semana o por mes. Trabaja al servicio de una persona o de un negocio.	Dispone de locales fijos donde funcione su razón social y donde pueda depositar materiales, equipos y otros pertrechos. Calcula el costo del trabajo y fija el precio.
Se le pagan los gastos incurridos por concepto de subsistencia, o transporte, o ambos a la vez.	Dispone de sus propios contratos de seguros.
Tiene derecho al pago de horas extraordinarias o a la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto.	Ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido.

En sentido análogo, se señala que algunas legislaciones prevén ciertos *indicadores* o *criterios* que, advertidos que fuesen en el ámbito de una determinada modalidad de prestación de servicios, impondrían la *presunción* de su carácter laboral.

En el caso de Alemania, el Código de la Seguridad Social, cuya reforma entró en vigencia el 1º de enero de 1999, dispone la *presunción* de laboralidad a partir de la acreditación de, por los menos, dos (2) de las siguientes circunstancias:³³

- a) No tener empleados sujetos al cumplimiento de obligaciones relativas a la seguridad social;
- b) Trabajar usualmente para una sola persona;
- c) Realizar el mismo tipo de trabajo que desempeñan trabajadores regulares; y
- d) Haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente bajo relación de trabajo y no presentar indicios de realizar actividades empresariales.

Por otra parte, en Sudáfrica, tanto en la reforma de la Ley de Condiciones Básicas de Empleo (2002) como en la enmienda a la Ley de Relaciones Laborales, del mismo año, se *presume* laboral el vínculo jurídico que acredice por lo menos uno de los siguientes criterios:³⁴

- a) Su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona;
- b) Sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona;
- c) En caso de trabajar para una organización, forma parte de esta;
- d) Ha trabajado para otra persona, en promedio, no menos de cuarenta (40) horas mensuales en los últimos tres (3) meses;
- e) Es económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja;
- f) La otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio; y/o
- g) Trabaja o presta servicios a una sola persona.

³³ *Ibid.*, p. 67.

³⁴ *Ibid.*, pp. 68 y 69.

En síntesis, el informe comentado reitera el carácter universal de la tendencia a la desprotección de los trabajadores, entre otras razones, por virtud de las *ambigüedades objetivas* que pudiesen caracterizar a ciertas modalidades de prestación personal de servicios. En tales supuestos, corresponderá abordar el análisis de las diversas modalidades de prestación de servicios desde la óptica del principio de *primacía de la realidad*, otorgar ciertas facilidades de prueba al prestador de servicios –entre las que destaca la *presunción del carácter laboral del vínculo a partir de la acreditación de uno o varios de sus presupuestos*–, y advertir ciertos *indicadores* propios de la relación de trabajo que habrán de orientar la correcta calificación jurídica del servicio bajo escrutinio; elementos que serán nítidamente contemplados en la Recomendación 198.

D) Informe sobre la relación de trabajo (2006)

En este informe, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 95^a reunión, se reitera, casi en su integridad, los criterios expresados en el Informe OIT sobre el ámbito de la relación de trabajo (2003).

A propósito de la determinación de la existencia de una relación de trabajo, se señala que diversos ordenamientos jurídicos prevén factores o indicadores que han de orientar la labor del juzgador:

Entre esos indicadores figuran el grado de integración en una organización, quién supervisa las condiciones de trabajo, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria, el dictado de cursos y si la remuneración se paga en forma periódica y si constituye una proporción importante de los ingresos del trabajador. En países donde se aplica el derecho consuetudinario, los jueces basan su decisión en ciertos criterios, entre ellos los llamados criterios de control, integración en la empresa, realidad económica y obligaciones mutuas.³⁵

De modo concreto, se hace referencia a la experiencia de los Países Bajos:³⁶

³⁵ *Ibid.*, pp. 8 y 9.

³⁶ *Ibid.*, p. 9.

...para identificar la verdadera naturaleza de la relación de trabajo, el juez puede tomar en consideración los siguientes factores: las horas de trabajo y el lugar de trabajo son determinados por el empleador; el empleador imparte instrucciones vinculantes sobre el contenido, el rendimiento y la organización práctica del trabajo, o tiene la autoridad para hacerlo; las ausencias deben ser notificadas al empleador; el empleador lleva un registro de vacaciones y permisos; el trabajador recibe un salario fijo mensual o semanal; el trabajador es remunerado durante los permisos de enfermedad; el trabajador debe participar en las reuniones del personal o forma parte de la organización del empleador; el trabajador recibe instrucciones sobre la manera de vestirse; el trabajador no es dueño de los materiales y el equipo usado para trabajar; el trabajo es realizado bajo la orientación y supervisión del empleador; el trabajador debe estar disponible cuando lo requiera el empleador; el trabajador está obligado a realizar el trabajo personalmente...

A modo de síntesis cabe reiterar que los estudios adelantados por la OIT durante el período 1997-2006 con relación al trabajo en régimen de subcontratación (1997-1998), los trabajadores en situaciones en que necesitan protección (2000), el ámbito de la relación de trabajo (2003) y la relación de trabajo (2006) contemplan las ideas precursoras que habrían de ensamblarse, en términos generales, en la Recomendación 198, y más concretamente en su párrafo 13, en cuyo ámbito se contemplan *índicios específicos* para la determinación de la relación de trabajo, particularmente relevantes en la esfera de aquellas interacciones ubicadas en las denominadas *zonas grises, fronterizas o penumbras*.³⁷

³⁷ Complementariamente y a título ejemplificativo, cabe mencionar otros catálogos de *índic平adores* de la relación de trabajo:

1) Jurisprudencia de Suecia: el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo; en la práctica realiza el trabajo él mismo; su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras; la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad; el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo de trabajo; los medios de trabajo son aportados por la otra parte; los gastos profesionales están a cargo de la otra parte; el trabajo es remunerado; y el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado. Ver: María Emilia Casas et al: *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro*

V. INDICADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Previsión normativa

El párrafo 13 de la Recomendación 198 dispone:

Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, *indicios* específicos que permitan determinar la

del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea, Alain Supiot, coordinador. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 49 y 50.

2) Jurisprudencia de Venezuela, a partir de la sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002, emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, por cuya virtud al catálogo de indicadores previsto en el artículo 2 del *proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación*, se adicionaron: naturaleza jurídica, objeto y desempeño del pretendido patrono; propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio; naturaleza y *quantum* de la contraprestación recibida por el servicio; y aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

3) Código de Buena Práctica adoptado en 2006 por el Consejo Nacional de Trabajo y Desarrollo Económico de Sudáfrica: el objeto del contrato es la prestación personal de servicios, el trabajador debe prestar servicios personalmente, el empleador puede escoger cuándo disponer de los servicios del trabajador, el trabajador está obligado a someterse a las órdenes e instrucciones dictadas por el empleador, el contrato se extingue con la muerte del trabajador, y el contrato también se extingue por el vencimiento del término pactado (*Code of Good Practice*, Sudáfrica, 2006, párrafo 32, p. 15: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-dialogue/documents/genericdocument/wcms_203513.pdf.); y

4) Test de la *Unie van Zelfstandige Ondernemers* (UNIZO), organización que representa pequeñas empresas y trabajadores autónomos en Bélgica y ofrece criterios ponderados para la evaluación del grado de autonomía en la ejecución de los servicios (Arturo Bronstein: *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60): participación sustancial en los beneficios (13 ptos.); inversiones profesionales significativas (13 puntos); responsabilidad y autoridad para decidir si mantener la compañía rentable mediante inversión en capital de equipo (13 puntos); ingreso variable sin ingreso mínimo garantizado (9 puntos); posibilidad de trabajar con varios clientes (9 puntos); presentarse a una tercera parte como una compañía (9 puntos); tener infraestructura y equipos propios (4 puntos); no estar sujeto a control/sanciones (4 puntos); libertad para comprar o fijar precios (4 puntos); organiza el propio tiempo de trabajo (9 puntos); posibilidad real de reclutar a su propio personal (9 puntos); y posibilidad de ser contratado como autónomo (4 puntos).

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 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".

b) Precisión terminológica: indicadores, hechos indicantes, e indicios

El párrafo 13 de la Recomendación 198 refiere a un cúmulo de *indicios* que permiten determinar la existencia de la relación de trabajo. No obstante, a los fines de desentrañar dicho método convendría –por razones meramente didácticas y dentro del perímetro del presente ensayo– concebirlos, más bien, como *indicadores*,³⁸ es decir, *criterios abstractos* que reflejan los arquetípicos rasgos de la relación de trabajo y que habrán de ser verificados en la órbita de una concreta prestación de servicios con el objeto de recabar datos fácticos relevantes, esto es, *hechos indicantes* de la existencia o inexistencia de la relación de trabajo.

³⁸ En inglés, como se mencionó antes: *specific indicators of the existence of an employment relationship*.

Indicadores del contrato de trabajo

En términos análogos a los previstos en el párrafo 13 de la Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo (2006), la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral (Colombia), contempla múltiples indicadores de la existencia del contrato de trabajo, entre los cuales cabe destacar la prestación del servicio según órdenes, instrucciones y/o bajo supervisión de otra persona; la exclusividad; la ejecución personal del servicio; el sometimiento a horario y/o el lugar de trabajo; la duración y continuidad del trabajo; la disponibilidad del prestador del servicio; el suministro de elementos, herramientas y/o mobiliario; la asistencia a reuniones; la observancia de reglamentos; la presentación de reportes o informes; la retribución periódica; la autorización de gastos; la asignación de clientes o zonas de ejecución del servicio; la evaluación de resultados; aplicación de sanciones; el sometimiento a “estrategias”, “objetivos” y/o “planes de mercado” ajenos; el uso de carné provisto por el beneficiario del servicio; el desempeño de cargo en la estructura empresarial; la libre extinción del vínculo jurídico por voluntad unilateral del beneficiario del servicio; y la realización de “labores sin creación del trabajador” (sentencias 23721 de 13 de abril de 2005, 33849 de 28 de abril de 2009, 35201 de 22 de julio de 2009, 34393 de 24 de agosto de 2010, 39600 de 24 de abril de 2012, 9801 de 29 de julio de 2015, 46704 de 26 de octubre de 2016, y 6621 de 3 de mayo de 2017).

Posteriormente, la lógica articulación de los *hechos indicantes* y su debida *ponderación*, atendiendo a su gravedad, concordancia y convergencia, conducirán al convencimiento *indiciario* del juzgador sobre el tópico controvertido.³⁹

³⁹ A propósito de la técnica del *haz de indicios* que la jurisprudencia de los tribunales franceses ha configurado: “...el juez debe evaluar en forma global la relación de trabajo que debe calificar (formas de remuneración, propiedad de los medios de producción, organización del tiempo de trabajo, tipos e intensidad de los controles que se ejercen, etc.) y buscar si existe un número suficiente de *índices* de una relación de autoridad” (A. Supiot: *Critica del Derecho del Trabajo*. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Estudios N° 11, Madrid, 1996, p. 190).

Expresado en otros términos: los *indicadores* –como es el caso del catálogo contemplado en el párrafo 13 de la Recomendación 198– reflejan en abstracto los típicos rasgos morfológicos de la relación de trabajo; los *hechos indicantes* predicen acerca del modo en que los *indicadores* se verifican –o no– en el plano de una específica interacción; y los *indicios* refieren al dato tenido por cierto --existencia o inexistencia de la relación de trabajo– a partir de la articulación y ponderación de los *hechos indicantes*.

c) Caracterización del catálogo de indicadores

El catálogo o listín de *indicadores* contemplado en el párrafo 13 de la Recomendación 198 ostenta carácter *enunciativo y estructurado*:

1) Por virtud de su carácter meramente *enunciativo*, desgajado de la propia literalidad de la norma comentada (“*Entre esos indicios podrían figurar los siguientes...*”), cabría incorporar indicadores no expresamente previstos en el catálogo recomendado, dependiendo de la particular percepción de los rasgos prototípicos de la relación de trabajo que impere en la órbita de cada ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia de Suecia, Corea del Sur y Venezuela incluyen la *equivalencia de la remuneración respecto de trabajadores asalariados en ejecución de labores análogas*; el Código de Seguridad Social de Alemania prevé entre los indicadores presuntivos de la naturaleza laboral del vínculo escrutado, “*haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado*”; la jurisprudencia de los Países Bajos refiere al otorgamiento de *permisos por ausencia*; el Código de Práctica de Irlanda incorpora el *pago de horas extraordinarias o la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto*; la jurisprudencia de Canadá⁴⁰ alude a la *formación conferida al prestador de servicios*; y el Código de Buena Práctica de Sudáfrica consagra la extinción del vínculo jurídico como consecuencia de la muerte del prestador de servicios.

⁴⁰ Oficina Internacional del Trabajo: *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, DIALOGUE, Documento N° 18. OIT, Ginebra, 2008, p. 7.

2) De otra parte, el catálogo analizado aparece *estructurado* en dos bloques que –cabría sostener– corresponden respectivamente al *modo de prestación del servicio* (“El hecho de que el trabajo [se ejecuta bajo alguna de las siguientes circunstancias]...”) y a las *prestaciones causadas* (“El hecho de que [el trabajo] se paga [bajo alguna de las siguientes condiciones]...”)

La clasificación que se ensaya aparece también sugerida en el párrafo 9 de la Recomendación 198, conforme al cual “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*”.

Se insinúa así una aproximación ontológica de la relación de trabajo a partir de la conjunción de las peculiaridades referentes al modo de ejecución del trabajo y la retribución correspondiente.

En los términos expuestos, el primer bloque del párrafo 13 de la Recomendación 198 contempla *indicadores* asociados al carácter *personal (intuito personae)* y *subordinado, dependiente o por cuenta ajena*⁴¹ del servicio prestado en condiciones de relación de trabajo (*sección a*); mientras que el segundo describe básicamente *indicadores* vinculados al carácter *productivo*⁴² de dicha interacción, es decir, a su idoneidad para obtener medios de satisfacción de necesidades vitales (*sección b*).

En efecto, resulta lógico colegir que tratándose de *indicadores* sobre la existencia de la relación de trabajo, estos mantengan vínculos asociativos con los *presupuestos* que se atribuyan a dicha interacción, de tal manera que de la constatación de aquéllos quepa inferir estos. Por tanto, la relación de trabajo supone necesariamente la conjunción de indicadores de ambas especies, esto es, que reflejen un particular modo de ejecución del trabajo (*personal y subordinado, dependiente o por cuenta ajena*) y su idoneidad para garantizar la satisfacción de necesidades vitales (*productividad*).

La idea antes expresada implica que el reconocimiento indiciario de la existencia de la relación de trabajo emergirá de *hechos (indicantes)* que

⁴¹ O cualquier otra adjetivación que connote el desequilibrio en los poderes de negociación que exhiben la interacción entre patrono y trabajador.

⁴² Manuel Alonso Olea. *Derecho del Trabajo*, 9^a ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 27.

concuerden en torno al *modo de prestación del servicio y su retribución*, es decir, que reflejen junta y concordantemente los *indicadores* de las secciones *a) y b)* del párrafo 13 de la Recomendación 198. Por el contrario, la enervación de los *indicadores* de una u otra especie presupondrá la indicaria inexistencia de la relación de trabajo.

D) Alcance de los indicadores

1. Consideraciones generales

Aunque pueda resultar obvio, conviene acentuar que la Recomendación 198, como todo instrumento normativo adoptado por la OIT, pretende para sí *eficacia universal* –como si se tratase de un *esperanto ius laboral*– y, por tanto, su contenido exhibe una notable *elasticidad* que facilita su comprensión –y aplicación– a la luz de cualquier ordenamiento jurídico y al margen de las peculiaridades de los respectivos sistemas de relaciones laborales.

En el caso particular del párrafo 13 de la Recomendación 198, su alcance y utilidad variará según el ordenamiento jurídico interno consagre o no los *presupuestos* de la existencia de la relación de trabajo. En caso negativo, dicho instrumento ofrecerá al juzgador un catálogo enunciativo de *indicadores* –en la terminología propuesta en los párrafos precedentes– de la existencia de la relación de trabajo, susceptible de conjugarse con amplísima latitud. En caso afirmativo, el juzgador deberá vincular lógicamente *presupuestos e indicadores*, de modo tal que aquéllos puedan resultar inferidos por la eventual constatación de estos.

En otras palabras, la *atipicidad normativa* de la relación de trabajo dilata la discrecionalidad del juzgador a propósito de la ponderación de los *hechos indicantes* favorables a su existencia; mientras –en sentido contrario– su *tipicidad* la restringe, toda vez que impone un *nexo lógico asociativo* entre *presupuestos e indicadores*. Así, por ejemplo, si un determinado ordenamiento jurídico proclama que la relación de trabajo presupone necesariamente el carácter *personal, remunerado y dependiente* del servicio, los *indicadores* del párrafo 13 de la Recomendación

198 deberán concebirse como concreciones fácticas o modos de expresión de aquellos *presupuestos*.⁴³

Asimismo, en lo atinente al *margen de maniobra* que ofrecen al juzgador los referidos indicadores es de hacer notar, como apunta HUMBERTO VILLASMIL, la disímil latitud que exhiben, ofreciendo “tipos normativos más delimitados o cerrados [...] al lado de tipos abiertos o indeterminados”.⁴⁴ De ello se desprende que sean “los indicios de tipología abierta [...] los que dejan un ámbito de actuación y de influencia mayor de la jurisprudencia, pues requieren terminar de completar el tipo normativo abierto o indeterminado”. En este sentido, se resalta como ejemplo paradigmático “*la integración del trabajador en la organización de la empresa*”, por cuanto el juzgador, en la apreciación del caso concreto, habrá de establecer tanto el alcance de cada uno de los conceptos concernidos –*integración-organización-empresa*– como la significancia de su conjugación.

Limítrofe con el tópico expuesto aparece la distinción entre *indicadores simples* y *complejos*, esto es, aquellos que conciernen a un dato fáctico específico o a varios datos fácticos concurrentes. Son ejemplos de los primeros, la *exclusividad*, el *carácter periódico de la remuneración*, o la *dependencia económica*; y de los segundos, “*la integración del trabajador en la organización de la empresa*”, o “que [el trabajo deba...] ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo”.

Los indicadores *cerrados* y *simples* deberán articularse lógicamente para provocar en quien los aprehende la certeza –indiciaria– de la existencia –o no– de la relación de trabajo. En consecuencia, ningún indicador aisladamente considerado resultará idóneo para declarar la naturaleza jurídica del vínculo escrutado por el juzgador.

Por el contrario, los indicadores que revistan al mismo tiempo carácter *abierto* y *complejo*, como es el caso emblemático de “*la integración del*

⁴³ César Augusto Carballo Mena. *Relación de trabajo: la técnica del test de laboralidad*. UCAB, Caracas, 2016, pp. 145-152.

⁴⁴ *Ut supra: Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo*, Capítulo V.B: *La presunción de la existencia de la relación de trabajo (el haz de indicios)*.

trabajador en la organización de la empresa”, ofrecen al juzgador la opción de interpretarles con tal latitud que alcancen a conjugar los *presupuestos* de la relación de trabajo y, por tanto, que se estimen *suficientes* para declarar la existencia –o inexistencia– de dicha interacción.

Así, por ejemplo, concebida la *empresa* como el ámbito de desenvolvimiento de la *relación de trabajo*, cabría sostener que tal noción demarca imperativamente el perímetro de *responsabilidad del patrono*, la esfera de lícito ejercicio de sus poderes de *dirección, vigilancia y disciplina*,⁴⁵ y los límites del *estado de dependencia o sujeción* del trabajador. En este contexto, el trabajo *dependiente, subordinado* o por *cuenta ajena* revestiría la condición de factor de la producción que el *patrono*⁴⁶ combina para satisfacer ciertos objetivos –generalmente lucrativos– estimados valiosos.

⁴⁵ El artículo 10 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (2015) dispone: “Los empleadores, de conformidad con la legislación nacional vigente en cada Estado Parte, tienen el derecho de crear, *organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa*”. Recuperado de: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4506/1/es_declaracion-sociolaboral.pdf. Dicha norma –correspondiente al artículo 7 de la Declaración original de 1998– encuentra su nítido precedente en el artículo 64 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, conforme a la cual: “El empleador tiene *facultades suficientes* para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”.

⁴⁶ La dualidad *patrón-empresa* aparece normativamente destacada, por ejemplo: 1) Art. 5º de la Ley de Contrato de Trabajo, Argentina (“A los fines de esta ley, se entiende como *empresa* la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama *empresario* a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la *empresa*”); 2) Art. 3, inciso tercero del Código de Trabajo, Chile (“Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por *empresa* toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o beneficios, *dotada de una individualidad legal determinada*”); 3) Art. 194.1 del Código Sustantivo del Trabajo, Colombia (“Se entiende como una sola empresa, toda unidad de *explotación económica* o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio”); y 4) Art. 49 de la Ley Orgánica del Trabajo, Venezuela, 1990-2012 (“Se entiende por *patrón o empleador* la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, *tiene a su cargo una empresa*,

Consecuentemente, la persona natural *integrada* en dicho ámbito y sometida al poder de *organización* del titular, habría de considerarse *trabajador bajo dependencia* de este.

En síntesis, el indicador –*abierto y complejo*– concerniente a “*la integración del trabajador en la organización de la empresa*” podría, desde la aproximación ofrecida, resultar *suficiente* para predicar la existencia –o no– de la relación de trabajo, toda vez que aparece vinculado lógicamente a los presupuestos de dicha interacción.

Por último, es de señalar que algunos *indicadores* del párrafo 13 de la Recomendación 198 podrían corresponder a *presupuestos* de la relación de trabajo en el contexto de un específico ordenamiento jurídico. En este orden de ideas y a título ejemplificativo, la *dependencia económica* (la “remuneración [por el servicio prestado] constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador”) aparece prevista como presupuesto de la relación de trabajo en el artículo 62 del Código de Trabajo de Panamá, conforme al cual “se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de *dependencia económica*”.⁴⁷

2. Consideraciones particulares

Los indicadores contenidos en la Recomendación 198 resultan susceptibles de las siguientes precisiones básicas:

2.1 Sobre el modo de prestación del servicio

2.1.1 Realizado según las instrucciones y bajo el control de otra persona

La sumisión del trabajador a los poderes de dirección, vigilancia y disciplina del beneficiario constituye el rasgo más prominente de la relación de

establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número”).

⁴⁷ Código de Trabajo de Panamá (1995). Recuperado de: http://sites.ieee.org/panama/files/2013/05/Codigo_Trabajo.pdf.

trabajo, el cual suele considerarse emanación del presupuesto de *subordinación o dependencia jurídica*.

Por tanto, no resulta sorpresivo que el indicador comentado aparezca prácticamente en todos los catálogos confeccionados legal o jurisprudencialmente para el reconocimiento de la existencia de la relación de trabajo: jurisprudencia de Suecia (“el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo de trabajo”⁴⁸), los Países Bajos (“el empleador imparte instrucciones vinculantes sobre el contenido, el rendimiento y la organización práctica del trabajo, o tiene la autoridad para hacerlo; [...] el trabajador recibe instrucciones sobre la manera de vestirse; [...] el trabajo es realizado bajo la orientación y supervisión del empleador”⁴⁹), Corea del Sur (“el empleador decide el contenido del trabajo que hay que efectuar; el asalariado está sujeto a un reglamento de personal; el empleador conduce o supervisa de manera concreta e individual el trabajo que se ejecuta”⁵⁰), Canadá (“la disciplina, la evaluación, la supervisión”⁵¹), Chile (“sujeción a instrucciones u órdenes” y “supervigilancia o supervisión directa”⁵²), Italia (“directivas técnicas y controles sobre el trabajador” y “ejercicio del poder disciplinario”⁵³), y Venezuela (“supervisión y control disciplinario”⁵⁴); artículo 2 del proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“La medida en que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador en régimen de subcontratación un poder de supervisión y

⁴⁸ María Emilia Casas *et al.* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁴⁹ Oficina Internacional del Trabajo: *Op. cit.*, 2006, p. 9.

⁵⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 26.

⁵¹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 7.

⁵² E. Caamaño: *La parasubordinación o trabajo autónomo económico dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo*, 2005, p. 5. Recuperado de: <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/Articulos-profesor/la-parasubordinacion>.

⁵³ M. Birgillito: El concepto de subordinación en Italia. *Revista del Tribunal Regional del Trabajo de la 3^a Región*, V. 57, N° 87/88. Poder Judicial. Justicia del Trabajo, Belo Horizonte, 2013, p. 70. Recuperado de: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_87_88/_marialaura_birgillito.pdfp.

⁵⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

un control con respecto al trabajo realizado, incluido el poder disciplinario”⁵⁵); código de práctica de Irlanda (“Bajo el control de otra persona a la que incumbe dar órdenes acerca de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo un trabajo”⁵⁶); Ley de las Condiciones Básicas de Empleo y Ley de las Relaciones de Laborales de Sudáfrica (“Su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona”⁵⁷); y test UNIZO de Bélgica (“no estar sujeto a control/sanciones”⁵⁸).

2.1.2 Integración en la organización de la empresa

Este indicador, destacado por los tribunales franceses en la determinación de la existencia de la relación de trabajo,⁵⁹ supone –en sentido restringido–⁶⁰ reconocer que el prestador de servicios es *ajeno*⁶¹ a la organización

⁵⁵ Oficina Internacional del Trabajo: *Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación*. Ginebra, 1998. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc86/rep-v.htm>.

⁵⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 68 y 69.

⁵⁸ Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60.

⁵⁹ Daniel Rivas. *op. cit.*, p. 55.

⁶⁰ Una interpretación amplia fue ensayada en párrafos precedentes (1. *Consideraciones generales*), conforme a la cual dicho *indicador* –a partir de su carácter abierto y complejo– resultaría suficiente para establecer la existencia –o no– de la relación de trabajo.

⁶¹ Si se reconoce a la *ajenidad* como presupuesto de la relación de trabajo, la *integración en la organización de la empresa* configura uno de sus típicos *indicadores* (*ajenidad* en la ordenación de los factores de producción), junto con la apropiación *ab initio* de los réditos o frutos, y la consecuente asunción de los riesgos que entraña la actividad productiva. Ver César Augusto Carballo: *Delimitación del contrato de trabajo*. UCAB, Caracas, 2001, p. 28.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) declaró, en sentencia de 19 de febrero de 2015 (CSJ 1468/2011), caso Cairone, que “[e]n el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador. Se sigue de ello la ajenidad de riesgos, que al contrario de la locación (art. 1630 del Código Civil), son asumidos por el patrono. El trabajador percibe una retribución, con independencia de que el empleador gane o pierda en su actividad, lo que no ocurre en el caso”. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-cairone-mirta-griselda-otros-sociedad-italiana-beneficencia-buenos-aires-hospital-italiano-despido-fa1500 0002-2015-02-19/123456789-200-0005-1ots-eupmocsollaf .>

del proceso productivo en cuyo ámbito se inserta; develándose así un cierto déficit de *autonomía* o, expresado desde la perspectiva contraria, un cierto grado de *subordinación*:

...la determinación de si el trabajador está sometido a las sujeciones en la organización general de su actividad mediante el dato del cumplimiento del trabajo en el marco de un servicio organizado por el empleador, es una manifestación de que la *integración* supone la subordinación y, por eso, sólo conserva un valor indicario de la existencia de ésta.⁶²

De otra parte, como se expuso antes, resultaría jurídicamente admisible dilatar el alcance del referido indicador a partir de la interpretación amplia de la tríada de conceptos que incardina, es decir, *integración-organización-empresa*. Desde esta perspectiva, se traduce en la *inserción o disponibilidad* del prestador de servicios dentro del ámbito de *dirección y organización* del beneficiario, esto es, en la esfera de la *empresa* a su cargo. Como se observa, de la *integración* del trabajador en la *organización* de la *empresa ajena* se desgaja el carácter *dependiente o subordinado* de la prestación de servicios, esto es, la existencia de la relación de trabajo.

Finalmente, el indicador comentado aparece previsto en la Ley de las Condiciones Básicas de Empleo y la Ley de las Relaciones Laborales de Sudáfrica,⁶³ y en la jurisprudencia de Canadá⁶⁴ y Países Bajos.⁶⁵ Por su parte, el Código de Trabajo de Portugal prevé como una de las circunstancias presuntivas de la existencia de la relación de trabajo que “el prestador del servicio ejerza funciones de dirección o jefatura dentro de la estructura organizativa de la empresa” (artículo 12.1.e).

2.1.3 Efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona

Bajo la perspectiva clásica, la relación de trabajo implica la prestación de servicios a tiempo completo y, por ende, en condición de *exclusividad*.

⁶² Daniel Rivas. *Op. cit.*, p. 56.

⁶³ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 68 y 69.

⁶⁴ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 7.

⁶⁵ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, p. 9.

Este rasgo, además de garantizar la plena *disponibilidad* del trabajador dependiente frente al poder de mando patronal, denota el vínculo de *dependencia económica* entre los sujetos de la interacción.

En este sentido, cabe advertir que:

La *exclusividad* no es elemento esencial del contrato de trabajo [...] puede faltar sin que por ello desaparezca el vínculo [...]; pero de existir, constituye siempre una presunción de la existencia de un contrato de esta índole. Consiste en que todo trabajador depende de un empleador, unido por un solo vínculo jurídico de carácter laboral.⁶⁶

En análoga orientación, el Código de Trabajo de Guatemala expresamente descarta la *exclusividad* como presupuesto –no así como indicador– del contrato de trabajo:

Integración del trabajador en la organización de la empresa

Este indicador, previsto en el párrafo 13.a de la Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo (2006), resulta particularmente relevante para escrutar las modalidades de servicio ejecutadas en zonas grises o penumbras. Coloca el énfasis en el típico poder patronal de organización de los factores de la producción –que ensamblan la empresa– y en cuyo ámbito se inserta –y amolda– el prestador de servicios personales.

En efecto, la empresa no es persona (patrón), ni conjunto de bienes (hacienda), ni espacio físico delimitado (centro de trabajo), sino actividad desplegada a partir de la combinación de los factores de la producción –humanos, materiales e inmateriales– bajo la unidad de mando de su titular, aunque –en apariencia– pueda mostrarse segmentada por la interacción de múltiples personas jurídicas o naturales actuando coordinadamente.

En consecuencia, quien efectivamente ejerza el poder de organización en dicho ámbito deberá ostentar –*prima facie*– estatus patronal.

⁶⁶ A. Fernández. *Op. cit.*, p. 36.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Colombia) –sin aludir expresamente al indicador que se comenta– ha considerado relevantes –a los fines de declarar la existencia del contrato de trabajo– elementos que denotan la integración del prestador de servicios en empresa ajena, como por ejemplo, la sumisión a “estrategias”, “objetivos” y “plan de mercado” trazados por otro (sentencia 33849 de 28 de abril de 2009) o la ejecución de “labores sin creación del trabajador”, lo que revela su integración en proceso productivo ajeno (sentencia 35201 de 22 de julio de 2009).

La *exclusividad* para la prestación de los servicios o ejecución de una obra, no es característica esencial de los contratos de trabajo, salvo en el caso de incompatibilidad entre dos o más relaciones laborales, y sólo puede exigirse cuando así se haya convenido expresamente en el acto de la celebración del contrato. (Artículo 18, segundo aparte).

La exclusividad del beneficiario de los servicios personales es también advertida como indicador relevante de la existencia de la relación de trabajo por algunos catálogos comentados en párrafos precedentes: jurisprudencia de Suecia (“La relación de trabajo tiene una cierta exclusividad”⁶⁷) y Venezuela (“Exclusividad o no para la usuaria”⁶⁸); proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“Si el trabajador en régimen de subcontratación está empleado por una sola empresa usuaria”⁶⁹); Código de Seguridad Social de Alemania (“exclusividad”⁷⁰); Ley de las Condiciones Básicas de Empleo y Ley de las Relaciones Laborales de Sudáfrica (“exclusividad”⁷¹); y test UNIZO de Bélgica (“posibilidad de trabajar con varios clientes”⁷²).

⁶⁷ María Emilia Casas *et al.* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁶⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

⁶⁹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 1998, artículo 2.

⁷⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60.

2.1.4 Debe ser ejecutado personalmente, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo

Se trata de un indicador *complejo* y particularmente trascendente, toda vez que refiere, de un lado, al carácter *personal* de los servicios, y del otro, a las circunstancias de *tiempo* y/o *espacio* en que fueron ejecutados por imposición del beneficiario o con su consentimiento, revelando así su carácter dependiente o subordinado.

Así, en primer término se destaca el rasgo *personal* o *intuito personae* de los servicios prestados en el ámbito de la relación de trabajo:

El trabajador asume [...] una deuda de actividad y no de resultado [...Razón por la cual] la obligación no puede ser sino personalísima, susceptible de ser satisfecha exclusivamente por él mismo, sin que quepa la posibilidad de que ceda a otro el contrato o lo subcontrate para que cumpla por él la prestación.⁷³

De tal modo que la relación de trabajo ostenta, desde la perspectiva del trabajador, carácter *intuito personae*, es decir, como antes se apuntó, sin que pueda ceder, en todo o en parte, a otro u otros, la prestación de los servicios contratados por el patrono, a menos que este manifieste categóricamente su consentimiento⁷⁴ o pueda deducirse de la índole de las labores.⁷⁵ Precisamente por lo expresado, el *Code of Good Practice* de Sudáfrica (párrafo 32, p. 17) incluye entre los indicadores de existencia de la relación de trabajo la circunstancia de que la muerte del prestador de servicios extinga el vínculo jurídico.

Este indicador podría también albergar la referencia a la existencia de otra u otras personas naturales que presten sus servicios bajo el control o dirección del pretendido trabajador, lo cual configuraría un indicador de

⁷³ Wilfredo Sanguineti. *Op. cit.*, 1997, pp. 47 y 48.

⁷⁴ Rafael Alfonzo-Guzmán: *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*, T. I, 2^a ed. Editorial Contemporánea, Caracas, 1985, p. 441.

⁷⁵ P. Rivas Vallejo: La evolución del concepto de trabajador en el Derecho español: del asalariado al autónomo dependiente. *Revista Derecho del Trabajo*, N° 4. Fundación Universitas, Barquisimeto, 2007, pp. 60 y 61.

autonomía al revelar, *prima facie*, cierta capacidad organizativa. En otras palabras, si los servicios personales prestados por quien se adjudica la condición de trabajador dependiente estuviesen destinados, básicamente, a organizar y dirigir el trabajo ejecutado por otros, se configuraría un hecho indicio de autonomía jurídica, esto es, la organización del trabajo de otros en interés propio.

Por contraposición, la prestación personal de servicios en beneficio de un tercero, prescindiendo de la organización del trabajo de otros, reproduce los rasgos del trabajador arquetípico, aquel que se limita a poner a disposición del patrono su fuerza de trabajo para que este decida cómo ha de ensamblarse con los restantes factores de la producción.

En el sentido expresado, el artículo 8 del Código de Trabajo de Marruecos⁷⁶ declara *trabajadores dependientes* a quienes presten servicios en su propio domicilio, siempre que cumplan dos condiciones:

- (i) Si son responsables [...] de realizar un trabajo para una o más empresas a cambio de remuneración; y
- (ii) Si *trabajan solos* o con un asistente, o con su cónyuge y niños como trabajadores no asalariados.

El aludido indicador resulta común a los diversos catálogos que merecieron comentarios en los párrafos precedentes: jurisprudencia de Suecia (“El interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo”⁷⁷), Corea del Sur (“el asalariado puede buscar una tercera persona para que se encargue de trabajar”⁷⁸), Canadá (“si el empleador contrata a sus propios ayudantes”⁷⁹) y Venezuela⁸⁰; código de práctica de Irlanda (“No puede subcontratar el trabajo”⁸¹); Código de la Seguridad Social de Alemania (“No tener empleados sujetos al cumplimiento de obligaciones relativas

⁷⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 32.

⁷⁷ María Emilia Casas *et al.* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁷⁸ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 26.

⁷⁹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 7.

⁸⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

⁸¹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

a la seguridad social”⁸²); y test UNIZO de Bélgica (“posibilidad real de reclutar a su propio personal”⁸³).

En segundo término, el indicador comentado refiere a la previa determinación del *horario* o *lugar* en que deben ejecutarse los servicios personales. Tal circunstancia aparece clásicamente asociada a la *subordinación* o *dependencia jurídica* puesto que el trabajador arquetípico es concebido como la persona natural que, a los fines de garantizar el eficaz ejercicio, por parte del patrono, de los poderes de organización, dirección y disciplina del proceso productivo, presta servicios dentro de las coordenadas tempo-espaciales que este establezca o consienta.

Como se deduce del párrafo precedente, la opción de prestar servicios personales desde un lugar *distinto* a la sede física que alberga a trabajadores dependientes y patronos –o sus representantes–, y durante el tiempo que el prestador del servicio estime *conveniente a sus propios intereses*, esto es, la organización *autónoma* del *lugar* y *tiempo* de trabajo; constituyen hechos indiciarios que tienden a enervar el carácter laboral de la referida relación jurídica.

Por el contrario, la restricción derivada de la imposición del lugar y tiempo de prestación de los servicios se advierte como lógica emanación del presupuesto de dependencia o subordinación:

Cuando el trabajador está obligado a presentarse en un *lugar* determinado, para cumplir con un *horario* que se la ha fijado, el juez estimará que existe *subordinación jurídica* y, por consiguiente, el contrato de trabajo. En efecto, este acto de sumisión es muy significativo, pues permite al empleador el ejercicio efectivo de su *poder de dirección y control...*⁸⁴

Lo expuesto explica que la ejecución de servicios dentro de los vectores de tiempo y espacio impuestos por el beneficiario de los mismos aparezca en la inmensa mayoría de los catálogos de indicadores de la existencia de

⁸² *Ibid. Op. cit.*, p. 67.

⁸³ Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60.

⁸⁴ Rafael Alburquerque: *Derecho del Trabajo*. T. I. Editora Lozano, Santo Domingo, 1995, pp. 172 y 173.

la relación de trabajo que han sido comentados: jurisprudencia de Suecia (“control sobre [...] lugar o tiempo de trabajo”⁸⁵), Países Bajos (“horas y lugar de trabajo determinados por el beneficiario”⁸⁶), Chile (“cumplimiento de horario de trabajo” y “concurrencia al lugar de trabajo”⁸⁷), Italia (“ejecución del trabajo [...] en las instalaciones de la [empresa...]; observancia de un vínculo de horario”⁸⁸) y Venezuela⁸⁹; artículo 2 del proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“determinación del momento [...] en que ha de realizarse el trabajo”⁹⁰); código de práctica de Irlanda (“órdenes acerca de las condiciones de lugar [...] y tiempo...de ejecución del trabajo”⁹¹); Ley de las Condiciones Básicas de Empleo y Ley de las relaciones Laborales de Sudáfrica (“sujeción a controles ajenos en cuanto al [...] tiempo de ejecución del trabajo”⁹²); y test UNIZO (“No organiza su propio tiempo de trabajo”⁹³).

Asimismo, el Código de Trabajo de Portugal presume la existencia de la relación de trabajo en el supuesto que se demuestre alguna de varias circunstancias, entre las que destacan que “la actividad sea realizada en local perteneciente al beneficiario del servicio o por éste determinado” (artículo 12.1.a), o que “el prestador del servicio se someta a las horas de inicio y término de la labor, fijadas por el beneficiario de la misma” (artículo 12.1.c).

En síntesis, la imposición de lugar y tiempo de ejecución de los servicios constituye un trascendente indicador de dependencia, toda vez que revela la severa restricción a las que se somete el prestador de servicios y, al mismo tiempo, garantiza el eficaz ejercicio de los arquetípicos poderes patronales de dirección, vigilancia y disciplina del trabajo ajeno.

⁸⁵ María Emilia Casas *et al.* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁸⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 9.

⁸⁷ E. Caamaño. *Op. cit.*, p. 5.

⁸⁸ M. Birgillito. *Op. cit.*, p. 71.

⁸⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

⁹⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 1998.

⁹¹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

⁹² *Ibid.* *Op. cit.*, pp. 68 y 69.

⁹³ Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60.

2.1.5 Cierta duración, continuidad, o disponibilidad del prestador de servicios

Se ha señalado la *durabilidad* o *permanencia* como uno de los presupuestos de la relación de trabajo, al lado del carácter personal del servicio, ánimo productivo y estado de dependencia o subordinación.⁹⁴

No obstante, debe estimarse que la condición estable del vínculo jurídico que se traba entre el prestador de servicios personales y el beneficiario de los mismos constituye, en vez de un presupuesto de la relación de trabajo, un mero indicador favorable de la existencia de dicha interacción, toda vez que:

- a) Sugiere una organización productiva –permanente, en su concepción clásica– bajo la dirección del beneficiario de los servicios (patrón) y en cuyo seno se inserta quien ofrece su fuerza de trabajo (trabajador);⁹⁵
- b) Denota el carácter *productivo* de la actividad desplegada por el prestador de servicios, esto es, como medio de satisfacción de sus necesidades vitales; y
- c) Refleja la prestación fundamental de quien se obliga a trabajar bajo dependencia de otro, es decir, su *disponibilidad* en el tiempo para asegurar la concreción del poder patronal de dirección:

El contrato de trabajo es, dentro de la clasificación de los contratos de duración, un contrato de ejecución continuada, no sólo porque la actividad del deudor se extiende continuadamente en el tiempo, manteniendo, en manera estable, una situación jurídica en beneficio del acreedor sino, fundamentalmente, porque la prestación de trabajo presenta la nota de la infinita divisibilidad temporal. De donde no es posible separar ni, por consiguiente, distinguir la durabilidad del vínculo de la naturaleza continuada de la prestación laboral.”⁹⁶

La regularidad del trabajo como indicador de su naturaleza dependiente aparece consagrada en algunos catálogos, comentados en su oportunidad:

⁹⁴ Daniel Rivas. *Op. cit.*, pp. 77 y 89.

⁹⁵ Párrafo 13.a de la Recomendación 198 OIT: “...integración del trabajador en la organización de la empresa”.

⁹⁶ *Ibid. Op. cit.*, p. 79.

jurisprudencia de Suecia (“La relación entre las partes tiene una cierta permanencia”⁹⁷), Corea del Sur (“continuidad de la oferta de trabajo y del control exclusivo por el empleador”⁹⁸), Chile (“continuidad y permanencia de los servicios prestados”⁹⁹), Italia (“continuidad de la actividad”¹⁰⁰) y Venezuela¹⁰¹; y proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“Si el trabajo se efectúa en forma regular y continua”¹⁰²).

En sentido análogo, el artículo L. 751-1 del Código de Trabajo de Francia declara el carácter laboral de los servicios prestados por representantes, agentes de ventas itinerantes y corredores de seguros cuando, entre otras circunstancias, “trabajen en forma *exclusiva* y *continua* en el área de representación”.¹⁰³ Por su parte, La Ley de Seguridad y Flexibilidad adoptada por los Países Bajos en 1998 presume la existencia de la relación de trabajo cuando se presten servicios personales y remunerados de “forma *regular* [...] durante un período de tres meses”.¹⁰⁴ Por último, el artículo 20 del Código de Trabajo de El Salvador presume la existencia de la relación de trabajo cuando se demuestre que el trabajador prestó servicios por más de dos días.¹⁰⁵

Por el contrario, el carácter transitorio o eventual de la prestación del servicio enervaría –*prima facie*– la combinación estable de los factores, la idoneidad del vínculo jurídico como medio de satisfacción de las necesidades vitales del prestador de servicios, y la disponibilidad de la fuerza de trabajo como objeto primordial de la prestación debida por el trabajador bajo dependencia de otro.

Así, por ejemplo, el artículo 1.c del Convenio 189 OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011) advierte que “una persona que

⁹⁷ María Emilia Casas *et al.* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁹⁸ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 26.

⁹⁹ E. Caamaño. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁰ M. Birgillito. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁰¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

¹⁰² Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 1998.

¹⁰³ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 29.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 43.

realice trabajo doméstico únicamente de forma *ocasional* o *esporádica*, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico". En sentido análogo, el artículo 4.2.a del Convenio 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (1964) admite que la legislación nacional brinde tratamiento excepcional en esta materia a quienes "realicen trabajos *ocasionales* ajenos a la empresa del empleador". Por último, el artículo 8 del Código de Trabajo de Chile excluye de su ámbito de aplicación los servicios que "se efectúan *discontinua* o *esporádicamente* a domicilio".

2.1.6 Implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo

Constituye indicador favorable a la existencia de un vínculo laboral el hecho de que el beneficiario de un servicio personal suministre –a quien lo ejecuta y, por tal circunstancia, pretende para sí el estatus de trabajador– los instrumentos de trabajo, materias primas, facilidades locativas y demás elementos materiales que fuesen requeridos. Tal circunstancia devela que la obligación del prestador de servicios se restringe a poner su fuerza de trabajo a disposición del beneficiario, quien aporta los elementos necesarios para la satisfacción de sus objetivos.

El indicador comentado aparece reflejado profusamente en los catálogos analizados en la presente investigación: jurisprudencia de Suecia ("los medios de trabajo son aportados por la otra parte"¹⁰⁶), Países Bajos ("el trabajador no es dueño de los materiales y el equipo usado para trabajar"¹⁰⁷), Corea del Sur ("la posesión de distintas materias primas y diversas herramientas"¹⁰⁸), Canadá ("el hecho de si el trabajador suministra su propio equipo"¹⁰⁹), Chile ("material y equipos utilizados para desempeñar el trabajo no son propiedad del trabajador"¹¹⁰), Colombia ("los servicios fueron prestados [...] con el mobiliario de esta, pero con papelería

¹⁰⁶ María Emilia Casas *et al.* *Op. cit.*, pp. 49 y 50.

¹⁰⁷ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, p. 9.

¹⁰⁸ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 26.

¹⁰⁹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 7.

¹¹⁰ E. Caamaño. *Op. cit.*, p. 5.

propia del accionante”¹¹¹; “se les suministraban elementos de trabajo como el computador y otras herramientas para el cumplimiento de las tareas a desarrollar en la oficina”;¹¹² y “con los implementos físicos y tecnológicos suministrados”¹¹³), Italia (“ejecución del trabajo utilizando [...] materiales [de la empresa]...”¹¹⁴) y Venezuela;¹¹⁵ proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“La medida en que la empresa usuaria hace inversiones y suministra, entre otras cosas, herramientas, materiales y maquinaria para efectuar el trabajo de que se trate”¹¹⁶); código de práctica de Irlanda (“Aporta solo su trabajo [...] No aporta sus propios materiales para realizar el trabajo [...] No aporta otras herramientas y equipos, más que los útiles de su propio oficio...”¹¹⁷); Ley de las Condiciones Básicas de Empleo y Ley de las Relaciones Laborales de Sudáfrica (“La otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio”¹¹⁸); y test UNIZO de Bélgica (“inversiones profesionales *significativas* [...]; responsabilidad y autoridad para decidir si mantener la compañía rentable mediante inversión en capital de equipo [...]; tener infraestructura y equipos propios”¹¹⁹).

En este mismo orden de ideas, el Código de Trabajo de Portugal presume la existencia del vínculo laboral en el supuesto, entre otros, de que los “equipos e instrumentos de trabajo utilizados pertenezcan al beneficiario de la actividad” (artículo 12.1.b).

Desde perspectiva contraria, se revelaría como dato indicativo de autonomía jurídica la aportación, por parte del prestador de servicios personales, de

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Colombia), sentencia 9801 de 29 de julio de 2015.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Colombia), sentencia 46704 de 26 de octubre de 2016.

¹¹³ Corte Constitucional (Colombia), sentencia SU040/18 de 10 de mayo de 2018.

¹¹⁴ M. Birgillito. *Op. cit.*, p. 71.

¹¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

¹¹⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 1998.

¹¹⁷ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 68 y 69.

¹¹⁹ Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60.

los referidos insumos necesarios para la organización del proceso productivo. En este sentido, RAFAEL CALDERA advertía, en su obra *Derecho del Trabajo* de 1939, que no habría de considerarse trabajador, por enervación del rasgo de *ajenidad*, “quien presta a otros servicios de transporte *en su propio vehículo*”¹²⁰ En contraposición a lo expresado y denotando la trascendencia de la noción de *empresa* en el Derecho del trabajo –como esfera de lícito ejercicio de los poderes patronales–, la Corte Superior de California (EE.UU.) decretó (caso N° CGC-15-546378) la responsabilidad patronal de quien organiza –mediante complejos sistemas tecnológicos– la actividad de múltiples conductores o choferes que aportan sus propios vehículos.¹²¹

Finalmente, cabe señalar que el juzgador habrá de estimar en todo caso el *valor* o *relevancia* de las herramientas o instrumentos aportados por el prestador de servicios, toda vez que resultaría inconveniente revestir de significancia los “útiles de su propio oficio”, como acota el código de práctica de Irlanda. Se trata, por el contrario, de ponderar *inversiones profesionales significativas* por parte del prestador de servicios, en los términos empleados por el test UNIZO de Bélgica, o herramientas y maquinarias de *alto valor*, según ha sostenido la jurisprudencia del Japón.¹²²

En sentido análogo, a propósito de la figura del *intermediario*, el proyecto venezolano de Código del Trabajo de 1942¹²³ precisaba que no se imputaría dicho estatus a quienes contratasesen trabajo “para ejecutarlos con elementos propios; *sin que basten a considerarse como tales elementos los simples útiles o herramientas de trabajo*” (artículo 8°).

Por su parte, el artículo 1 de la Ley de Contratos de Trabajo (N° 55 de 2001) de Finlandia,¹²⁴ enfatizando el carácter polibásico de los indicios relevantes para declarar la existencia de relaciones de trabajo ubicadas en *zonas grises o penumbras*, destaca que ningún servicio personal quedará

¹²⁰ *Derecho del Trabajo*. Tipografía La Nación, Caracas, p. 127.

¹²¹ Caso Barbara Ann Bewick c. Uber. Recuperado de: digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi

¹²² Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 45.

¹²³ Rafael Alfonzo Guzmán. *Op. cit.*, 1985, pp. 122 y 123.

¹²⁴ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 44.

excluido de su ámbito de aplicación por el solo hecho de que sean utilizados “los implementos o la maquinaria del trabajador”.

2.2 Prestaciones causadas

2.2.1 Remuneración periódica

Refiere al carácter constante o regular de las retribuciones provenientes del servicio ejecutado, de modo tal que, de un lado, permita inferir su carácter *productivo*, esto es, la idoneidad del vínculo trabado como fuente de medios destinados a la satisfacción de necesidades vitales, y del otro, abone la idea de *integración en organización empresarial ajena*.

Este indicador aparece reflejado en diversos catálogos de los que, en su momento, merecieron comentarios: jurisprudencia de los Países Bajos (“salario fijo mensual o semanal”¹²⁵), Corea del Sur (“existencia de un salario básico o fijo”¹²⁶), Italia (“retribución mensual”¹²⁷) y Venezuela (“forma de efectuarse el pago”¹²⁸); artículo 2 del proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“Si la empresa usuaria paga periódicamente y de acuerdo con criterios pre-establecidos las sumas adeudadas al trabajador”¹²⁹); y código de práctica de Irlanda (“Percibe una retribución fija, determinada por hora, semana o mes”¹³⁰).

En idéntico sentido, el Servicio de Tributos Internos de Estados Unidos prevé entre los criterios relevantes para determinar la existencia de una relación de trabajo, que al prestador de servicios:

...se le pague el trabajo por hora, por semana o por mes. La garantía de una remuneración mínima o la concesión de una cuenta de retiros de los pagos a intervalos determinados, sin que exista el requisito de rein-

¹²⁵ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, p. 9.

¹²⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 26.

¹²⁷ M. Birgillito. *Op. cit.*, p. 70.

¹²⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

¹²⁹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 1998.

¹³⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

tegrar los excedentes sobre las ganancias, suelen ser indicadores de la existencia de una relación de trabajo.¹³¹

Asimismo, el Código de Trabajo de Portugal, entre las diversas circunstancias de las que hace presumir la existencia de la relación de trabajo, incluye “el pago, con determinada *periodicidad*, de una cantidad determinada al prestador del servicio, como contraprestación del mismo” (artículo 12.1.d).

Por último, conviene reiterar que la periodicidad de la remuneración sugiere, además del carácter productivo del servicio prestado, la existencia de una actividad permanente bajo la organización del beneficiario del mismo, en cuyo ámbito se integra el trabajador.

2.2.2 Única o principal fuente de ingresos (*dependencia económica*)

La *dependencia económica* trabada entre el prestador del servicio y el beneficiario del mismo opera, en primer término, como indicador favorable del rasgo de *productividad* de la relación de trabajo al evidenciar que dicha interacción resulta idónea para asegurar la satisfacción de necesidades vitales y, en segundo lugar, sugiere que el prestador de servicios tenderá a mantenerse a *disposición* del beneficiario para asegurar así la estabilidad del vínculo jurídico.

En este orden de ideas, la Ley de las Condiciones Básicas de Empleo y Ley de las Relaciones Laborales de Sudáfrica¹³² refieren, como indicador presuntivo de la existencia de la relación de trabajo, que el prestador de servicios sea “económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja”.

En sentido análogo, el artículo 62 del Código de Trabajo de Panamá¹³³ reviste naturaleza laboral la prestación de servicios remunerados que se desarrolle en condiciones de *subordinación jurídica* o *dependencia económica*, verificándose esta última, *ex artículo 65 eiusdem*:

¹³¹ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 45.

¹³² Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 68 y 69.

¹³³ Código de Trabajo de Panamá (1995). Recuperado de: http://sites.ieee.org/panama/files/2013/05/Codigo_Trabajo.pdf.

1. Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos;
2. Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad;
3. Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica, y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que pueda considerarse como empleador.

En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como tal la relación existente.

Por su parte, los artículos 3 del Código de Trabajo de Canadá y 1 de la Ley de Relaciones Laborales de Ontario¹³⁴ reconocen como *trabajador asalariado (employee)* al denominado *contratista dependiente (dependent contractor)*, es decir, aquella persona natural que, al margen de la modalidad de contratación y del suministro de herramientas por su parte, y de vehículos, equipos, maquinarias, materiales o cualquier otra posesión, deba ejecutar labores en beneficio de un tercero a cambio de una retribución, en términos y condiciones que le coloquen bajo *dependencia económica* de este, hasta tal grado que su condición se asemeje más a la de un trabajador asalariado que a la de un trabajador independiente.

Cabe por último destacar la trascendencia del indicador comentado a propósito de las iniciativas tutelares de la prestación personal y continuada de servicios en beneficio de terceros, con quienes se coordine la ejecución del trabajo en condiciones de dependencia económica,¹³⁵ como es el caso de los *cuasi-asalariados* en Alemania (Ley de 1974 sobre convenios colectivos: *Tarifsvvertragsgesetz*), los *parasubordinados* en Italia (Ley N° 533 de 11 de agosto de 1973), los *trabajadores autónomos económicamente dependientes* en España (Ley 20/2007 de 11 de julio de 2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo), y los *trabajadores equiparados* en Portugal (artículo 10 del Código de Trabajo).

¹³⁴ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, pp. 36 y 37.

¹³⁵ E. Caamaño. *Op. cit.*, pp. 17, 19 y 20.

2.2.3 Previsión de pagos en especie, como alimentación, vivienda, transporte, u otros

La circunstancia de que el beneficiario del servicio otorgue ciertas facilidades destinadas a garantizar la ejecución de estos, como prestaciones en especie por concepto de alimentación, vivienda, transporte u otros análogos, constituye un nítido indicador asociado a la existencia de la relación de trabajo.

En efecto, la obligación del trabajador dependiente se reduce a poner a disposición del patrono su fuerza de trabajo, razón por la cual ha de ser éste, siendo que asume los riesgos del proceso productivo y consecuentemente apropiá sus réditos, quien brinde las facilidades necesarias para que el servicio, en los términos que hubiese concebido, sea efectivamente ejecutado.

Si, desde otra perspectiva, los pagos en especie de alimentación, vivienda o transporte no tuviesen por objeto *facilitar* la ejecución de los servicios convenidos sino *retribuir* al trabajador, estos igualmente configurarían un indicador de la existencia de la relación de trabajo por virtud del carácter *productivo* de los servicios que dicha interacción entraña, esto es, su idoneidad para la satisfacción de necesidades vitales. Precisamente por ello, se suele admitir que el salario sea pagado tanto en dinero efectivo como mediante ciertas prestaciones en especie, tal como lo advierte el artículo 4 del Convenio 95 OIT sobre la protección del salario, 1949.

2.2.4 Reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales

Con el objeto de que el trabajador repare adecuadamente el desgaste físico y mental que supone la prestación de servicios bajo dependencia ajena, el patrono deberá remunerar adecuadamente ciertos períodos de descanso; de allí que una conducta análoga por parte del beneficiario de servicios pretendidamente autónomos o por cuenta propia configuraría un hecho indicante de la naturaleza laboral del vínculo jurídico. Tal circunstancia permitiría inferir la prevalencia, desde la perspectiva del beneficiario, del trabajo personal –puesto a su disposición– sobre la obtención de un concreto resultado (*opus*).

En el sentido expresado, la jurisprudencia de los Países Bajos¹³⁶ incluye entre los indicadores de laboralidad la circunstancia de que el beneficiario del servicio lleve “un registro de vacaciones y permisos”, y el código de práctica de Irlanda¹³⁷ incorpora el derecho reconocido al prestador de servicios de percibir el “pago de horas extraordinarias o la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto”.

2.2.5 El beneficiario paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo

Este indicador refiere a una específica *facilidad* concedida al trabajador para asegurar la eficaz ejecución de sus servicios, revelando así que la obligación por este asumida se limita a poner su fuerza de trabajo a disposición de un tercero sin asumir los costos –y riesgos– que ello pudiese suponer por concepto de viajes o traslados (ver, en sentido análogo, el párrafo 2.2.3, referente a pagos en especie destinados a facilitar la prestación de servicios).

En este orden de ideas, el código de práctica de Irlanda¹³⁸ incluye entre los indicadores de la existencia de la relación de trabajo el pago de “gastos incurridos por concepto de subsistencia o transporte, o ambos a la vez”, y la doctrina judicial en Venezuela ha destacado, con idéntico propósito, el pago de *viáticos y pasajes*.¹³⁹

2.2.6 No existen riesgos financieros para el trabajador

La relación de trabajo supone la prestación de servicios por *cuenta ajena*, de lo cual dimana, entre otras consecuencias, que el trabajador no deba soportar las contingencias derivadas de la actividad organizada, dirigida y disciplinada por el empleador. En consecuencia, la inexistencia de riesgos financieros constituye un típico y relevante indicador de la existencia de aquel vínculo jurídico.

¹³⁶ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, p. 9.

¹³⁷ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, pp. 65-67.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 65-67.

¹³⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 1844 de 5 de diciembre de 2014. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/172455-1844-51214-2014-13-110.HTML>.

A propósito de lo expuesto, cabe señalar que la doctrina *ius laboralista* uruguaya incorporó el concepto de *subordinación* como la posibilidad de dirigir los servicios por el patrono o empleador que tiene a su cargo el *riesgo económico de la empresa*:

Para esta concepción, *el poder de dirección deriva*, a su vez, *de la asunción del riesgo económico por parte del empleador*. Este traslado del riesgo económico del trabajador al empleador conlleva que en la cabeza de aquél surja la obligación de cumplir las directivas que el empleador vaya indicando.¹⁴⁰

En sentido análogo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en sentencia de 19 de febrero de 2015,¹⁴¹ sostuvo que:

En el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador. Se sigue de ello la *ajenidad de riesgos*, que al contrario de la locación (artículo 1.630 del Código Civil), son asumidos por el patrono. El trabajador percibe una retribución, con independencia de que el empleador gane o pierda en su actividad...¹⁴²

El indicador que se comenta aparece en varios de los catálogos que han sido objeto de comentarios en los párrafos que anteceden: jurisprudencia de Canadá (“el grado de riesgo financiero que asume el trabajador, el grado de responsabilidad que asume el trabajador en cuanto a inversión y gestión administrativa, así como la oportunidad lucrativa que tiene el trabajador en el desempeño de sus funciones”¹⁴³), Chile (“ausencia de riesgos económicos vinculados a los resultados de la actividad empresarial”¹⁴⁴), Italia (“ausencia de riesgo económico” y “ajenidad en los frutos”¹⁴⁵) y Venezuela

¹⁴⁰ Daniel Rivas. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴¹ Cairone, Mirta y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano s/ despido.

¹⁴² Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/nota-14875-Para-la-Corte--no-es-laboral-la-relaci-n-entre-un-centro-asistencial-y-los-m-dicos-anestesi-logos-contratados-a-trav-s-de-la-asociaci-n-a-la-que-se-encuentran-adheridos.html>.

¹⁴³ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2008, p. 7.

¹⁴⁴ E. Caamaño. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁵ M. Birgillito. *Op. cit.*, p. 71.

(“asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio”¹⁴⁶); proyecto de recomendación OIT sobre el trabajo en régimen de subcontratación (“Si el trabajador en régimen de subcontratación asume el riesgo y ventura del trabajo que deberá realizar”¹⁴⁷); y código de práctica de Irlanda (“no se expone personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo”¹⁴⁸).

VI. PONDERACIÓN DE HECHOS INDICIARIOS

El catálogo enunciativo de indicadores previsto en el párrafo 13 de la Recomendación 198 ofrece elementos orientadores para la determinación de la existencia de la relación de trabajo. Así, verificados los hechos, circunstancias o signos que se identifican en el caso concreto mediante la aplicación de tales indicadores, podrá el juzgador, analizados aquéllos en conjunto, alcanzar certidumbre en torno al tópico controvertido.

En este orden de ideas, deberá tomarse en consideración, como se indicó en su oportunidad, que la existencia –indiciaria– de la relación de trabajo supone la necesaria conjunción de rasgos arquetípicos correspondientes a las dos especies que se contemplan en las secciones a) y b) del párrafo 13 de la Recomendación 198, es decir, aquellos que reflejen –respectivamente– el modo de ejecución del trabajo (*personal* y *subordinado*, *dependiente* o *por cuenta ajena*) y su idoneidad para garantizar la satisfacción de necesidades vitales (*productividad*). Por tanto, si deviene enervado alguno de los presupuestos que se desgajan de los referidos indicadores corresponderá, en principio, rechazar la naturaleza laboral del vínculo jurídico analizado.

A los fines referidos, el juzgador, atendiendo al acervo probatorio recabado, deberá valorar en cúmulo los hechos indiciarios relativos a la existencia de la relación de trabajo:

¹⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 489 de 13 agosto de 2002.

¹⁴⁷ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 1998.

¹⁴⁸ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2003, p. 65.

Hecho indicativo (laboralidad)	Hecho indicativo (no laboralidad)
Ejecución del trabajo según las instrucciones y bajo el control de otra persona	Ejecución del trabajo según el criterio del prestador de servicios
Integración del trabajador en la organización de la empresa	Independencia del trabajador respecto de la organización de la empresa
Ejecución del trabajo única o principalmente en beneficio de otra persona	Ejecución del trabajo en beneficio de diversas personas
Ejecución personal del trabajo, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo	Fungibilidad del trabajador, sin sujeción a horario o lugar de ejecución del servicio
Trabajo de cierta duración y cierta continuidad, o disponibilidad del trabajador	Trabajo efímero y discontinuo, o indisponibilidad del trabajador
Suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo	Suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte del trabajador
Remuneración periódica	Remuneración irregular
Remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador	Remuneración no constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador
Pagos en especie (alimentación, vivienda, transporte, etc.)	No se prevén pagos en especie
Derecho al descanso semanal y/o a las vacaciones anuales	No se prevé derecho al descanso semanal y/o a vacaciones anuales
Beneficiario paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo	Trabajador paga los viajes que ha de emprender para ejecutar su trabajo
Trabajador ajeno a riesgos financieros	Trabajador soporta riesgos financieros

En este estadio y antes de la ponderación o sopeso de los hechos indicativos recabados, corresponde al juzgador –con el objeto garantizar una mecánica eficiente del test o haz indicativo que se comenta, verificar las cargas probatorias:

- a) Si opera la presunción de la naturaleza laboral del vínculo escrutado (párrafo 11.b Recomendación 198), recaerá sobre el presunto patrono la carga de enervar alguno de los presupuestos de la relación de trabajo. Siendo así, la ponderación de hechos indiciarios estará orientada a verificar si éstos, analizados en cúmulo, revisten tal entidad que desvirtúen, por lo menos, alguno de los presupuestos vinculados con el *modo de ejecución del trabajo o su idoneidad para satisfacer necesidades vitales*. En caso contrario, sea por inexistencia o insustancialidad de hechos indiciarios enervantes de la relación de trabajo, o por la preponderancia de aquellos de signo contrario, es decir, favorables a la existencia de dicho vínculo jurídico; el juzgador declarará el carácter laboral de la interacción analizada; o
- b) Si no opera la presunción de la naturaleza laboral del vínculo que se analiza, corresponderá al pretendido trabajador dependiente probar, aunque fuese indiciariamente, la existencia de la relación de trabajo acreditando rasgos arquetípicos vinculados al modo de prestación del servicio (párrafo 13.a Recomendación 198 OIT) y a su idoneidad para satisfacer necesidades vitales (párrafo 13.b *eiusdem*). En caso contrario, el juzgador declarará la inexistencia de la relación de trabajo.

Conviene enfatizar que el *carácter polibásico* del indicio¹⁴⁹ supone la imperativa articulación de los hechos indiciarios para provocar en quien lo aprehende, con base en su gravedad, concordancia y convergencia, la inferencia de hechos desconocidos pero vinculados lógicamente con aquél¹⁵⁰, esto es, una *impresión dominante*¹⁵¹ acerca de la naturaleza jurídica del vínculo escrutado.

¹⁴⁹ Luis Muñoz Sabaté: *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1972, p. 219.

¹⁵⁰ En este sentido, el artículo 117 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Venezuela), define al indicio como “todo hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de medios probatorios, que adquiere significación *en su conjunto*, cuando conduce al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia”.

¹⁵¹ Expresión empleada por el *Code of Good Practice-South Africa*, párrafo 27, p. 12. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/genericdocument/wcms_203513.pdf.

La valoración de los indicios la realiza libremente el juez, para saber si son necesarios o contingentes graves, precisos y concordantes, y en fin, cuál será el mérito que deberá reconocérseles para su convicción respecto a la existencia o no y características de los hechos alegados y controvertidos en el proceso, obviamente previo examen de todos los requisitos de admisibilidad necesarios para su existencia, validez y eficacia procesal. Una vez establecida la existencia y autenticidad de cada indicio, para considerar su importancia, es necesario examinar los argumentos probatorios adversos a la conclusión que de aquél puede inducirse y los contraíndicios que puedan desvirtuarlo o desmeritar la inferencia lógica que suministran. De esta manera se podrá obtener una conclusión final respecto a cada indicio, a su gravedad o levedad.

En síntesis, para obtener una certeza moral del hecho es indispensable que el sentenciador al hacer el estudio de los indicios y contraíndicios, de las diversas hipótesis que puedan devenir, de las demás pruebas favorables o no a la conclusión que de los primeros se obtiene, de los argumentos que la confirman o no, de las máximas de experiencia y de las reglas técnicas que le sirven de apoyo, se encuentre convencido, sin que le queden dudas razonables, sobre la verdad del hecho controvertido. (Hernando Devís Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*).¹⁵²

De modo que, en principio y dejando a salvo lo antes expuesto a propósito de los *indicadores abiertos y complejos*, un único hecho indiciario, aisladamente considerado, no podría fundamentar la declaratoria de la existencia de la relación de trabajo o su enervación.

Así, por ejemplo:

- a) La ausencia de instrucciones y control ajeno, indicador contrario a la existencia de la relación de trabajo, contrasta con la concepción del clásico *trabajador a domicilio*;
- b) El indicador de *continuidad* del trabajo enervaría, de estimarse aisladamente, el carácter laboral de toda prestación de servicio transitoria, sin advertir el reconocimiento de la categoría de *trabajador ocasional*

¹⁵² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia N° 552 de 30 de marzo de 2006. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/0552-300306-051285.HTM>.

bajo dependencia (ver el párrafo 14.e de la Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo, adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, 1993¹⁵³); y

c) El indicador de *exclusividad*, denotativo de la relación de trabajo, si se le estimase aisladamente desconocería la situación de las personas naturales que prestan servicios en condiciones de autonomía jurídica y dependencia económica. En sentido contrario, la pluralidad de beneficiarios de los servicios personales, indicativa de la inexistencia de la relación de trabajo, no cabría valorarse aisladamente pues conduciría a desconocer la posibilidad de desempeñarse como trabajador dependiente en dos o más relaciones jurídicas coetáneas¹⁵⁴, siendo que resulta común el trabajo a tiempo parcial (Convenio 175 y Recomendación 182 OIT sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994).

En síntesis, el juzgador deberá:

- a) *Articular* los hechos indiciarios asociados al catálogo de indicadores previsto en el párrafo 13 de la Recomendación 198, atendiendo a su significación, esto es, denotativos de la relación de trabajo o enervantes de ésta.
- b) *Ponderar* la entidad o robustez de los cúmulos indiciarios –si fuese el caso– de signo contrario, esto es, el grado de certeza que ofrecen según su vinculación, de mayor o menor intensidad, con los indicadores contemplados en el párrafo 13 de la Recomendación 198.

En este sentido, siendo que una determinada afirmación, en este caso la existencia de la relación de trabajo, no puede ser al mismo tiempo verdadera y falsa, el juzgador deberá analizar los cúmulos indiciarios para sopesar los grados de certeza que, en sentido inverso, ofrecen, y decantarse por la conclusión que se desgaja de los más sólidos razonamientos.¹⁵⁵

¹⁵³ Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normative_instrument/wcms_087564.pdf.

¹⁵⁴ Ver: Rafael Alburquerque: La relación de trabajo en la doctrina de la OIT. *Derecho del Trabajo*, N° 18. Fundación Universitas, Barquisimeto, 2015, p. 108.

¹⁵⁵ Ver: Rodrigo Rivera. *La prueba en el proceso laboral*. Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2013, p. 360.

De tal modo que no se trata de un simple proceso de *cuantificación* de los hechos indicios favorables o no a la existencia de la relación de trabajo, para hacer prevalecer automáticamente la conclusión que acumule el mayor número; sino que entraña su análisis *cualitativo*¹⁵⁶ con el objeto de destacar el grado de verificación¹⁵⁷ o gravedad de las hipótesis en pugna, la concordancia de los hechos indicantes asociados en torno a las referidas hipótesis, y la convergencia o ensamblaje de éstos entre sí, de tal suerte que se ofrezca una conclusión lógica y verificable que enerve la alternativa contraria.

El criterio expuesto se fundamenta en la disímil relevancia que, a los fines de predicar la existencia de la relación de trabajo, revisten los diversos indicadores contemplados en el párrafo 13 de la Recomendación 198. Así, por ejemplo, los indicadores referentes a la sujeción a instrucciones y controles ajenos, o la prestación personal del servicio dentro de las coordenadas tempo-espaciales impuestas por el beneficiario, exhiben mayor trascendencia, en cuanto a la determinación indicaria del presupuesto de subordinación o dependencia, que la provisión de herramientas de escaso valor por parte del beneficiario del servicio o el vínculo de exclusividad que este mantenga con el trabajador. Por ello la ponderación de hechos indicios de signo contrario, es decir, favorables o refractarios a la existencia de la relación de trabajo, deben ser articulados y valorados en conjunto para establecer sus grados de certeza.

En la lógica descrita se inserta, por ejemplo, el catálogo de la UNIZO,¹⁵⁸ por cuya virtud los diversos indicadores que permiten distinguir entre trabajo dependiente y autónomo merecen disímiles valoraciones (13, 9 y 4 puntos); demarcándose así importancias relativas que oscilan entre setenta y treinta por ciento (70-30%).

En definitiva, el proceso de ponderación resulta susceptible de descomponerse en tres fases:¹⁵⁹ *recolección* de hechos indicantes, *interpretación*

¹⁵⁶ Ver, *ut supra*, Humberto Villasmil. *Estudio introductorio desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo*, Capítulo V.B: *La presunción de la existencia de la relación de trabajo (el haz de indicios)*.

¹⁵⁷ Rodrigo Rivera. *Op. cit.*, p. 351.

¹⁵⁸ Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 59 y 60.

¹⁵⁹ Rodrigo Rivera. *Op. cit.*, p. 363.

de los mismos (“examen analítico de los hechos debidamente probados, tendiente a extraer su significado de acuerdo a sus relaciones con el hecho nuclear o con los hechos a probar”), y *aproximación* entre estos (“operación de síntesis que completa la precedente y consiste en extraer las relaciones entre los diversos [hechos indicantes...] para deducir, de su concordancia o discordancia, una conclusión probatoria”).

La sistematización y transparencia del proceso racional del que se desgaja la decisión del caso concreto coadyuvará a trasmitir a los interlocutores sociales grados de certidumbre acerca de las fronteras entre trabajo dependiente y autónomo, en los términos previstos en el párrafo 4.a de la Recomendación 198: “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”.

c) *Declarar* –con base en los elementos de juicio ofrecidos en los párrafos precedentes– la naturaleza jurídica del vínculo escrutado.

Si a la luz de los hechos indiciarios que resulten de cotejar la interacción analizada con el catálogo de indicadores contenidos en la Recomendación 198, persistiesen las dudas acerca de su naturaleza jurídica, el juzgador deberá proclamar la existencia de la relación de trabajo con el auxilio del principio *in dubio pro operario* que informa al Derecho del trabajo. En abono a lo expuesto, si agotado el método tipológico persistiese en el juzgador la hesitación en torno a la naturaleza jurídica del vínculo sometido a su escrutinio, deberá en atención al bien jurídico tutelado, esto es, la integridad física, psíquica y moral del prestador de servicios, declarar la existencia de la relación de trabajo, aunque ello pudiese lesionar –en caso de resultar equívoco el juicio formulado– los intereses patrimoniales del beneficiario de los mismos.

VII. CONCLUSIÓN

La relación de trabajo, en términos generales y al margen de cualquier ordenamiento jurídico concreto, alude al vínculo existente entre una persona natural, comúnmente denominada *trabajador*, y otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *patrón* o *empleador*, a quien aquélla

proporciona su *esfuerzo personal bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración.*¹⁶⁰

Se desgajan de la definición que se ensaya dos nítidos *presupuestos* de la relación de trabajo, es decir, su carácter *personal* y *remunerado o productivo*. Sin embargo, dicho vínculo jurídico reclama, para ser reconocible como tal y deslindarse de otras modalidades de servicios personales también con carácter productivo, que sea ejecutado, según la doctrina y legislación universales, *bajo condiciones de dependencia, subordinación, ajenidad u otras expresiones análogas* (Recomendación 198, párrafo 12).

Independientemente de los presupuestos que se atribuyan a la relación de trabajo siempre cabría –hipotéticamente– controvertir su existencia, ora por virtud de prácticas de *encubrimiento y simulación*, ora por exhibir *ambigüedades objetivas* que complejizan severamente el proceso de calificación jurídica de la concreta interacción.

Para asegurar la interdicción del *encubrimiento* de la relación de trabajo y la *simulación* de otros negocios jurídicos, le bastaría al juzgador con someter su actuación a los principios –fundamentales del Derecho del trabajo– de *primacía de la realidad* (párrafo 9 de la Recomendación 198) e *irrenunciabledad* de los derechos del trabajador. Obviamente, facilitaría las cargas probatorias del trabajador la consagración *ex lege* de la *presunción* del carácter laboral de los servicios prestados a partir de ciertos hechos indicantes, en los términos sugeridos en los párrafos 11.b y 13 *eiusdem*.

En este escenario, la simple percepción de las circunstancias fácticas que caracterizan la interacción sometida a escrutinio, por aplicación del *método de subsunción*, develaría nítidamente la existencia de la relación de trabajo.

En el supuesto de *ambigüedades objetivas*, donde se combinan rasgos de dependencia y autonomía, como consecuencia, básicamente, de las nuevas tecnologías y los modos flexibles de organización del proceso productivo,¹⁶¹ se impone el *análisis detallado de las circunstancias que caracterizan la*

¹⁶⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Op. cit.*, 2006, párrafo 5.

¹⁶¹ Arturo Bronstein. *Op. cit.*, 2010, pp. 78-82; A. Carrillo. *Op. cit.*, pp. 281-286; y Wilfredo Sanguineti. *Op. cit.*, 2007, p. 77.

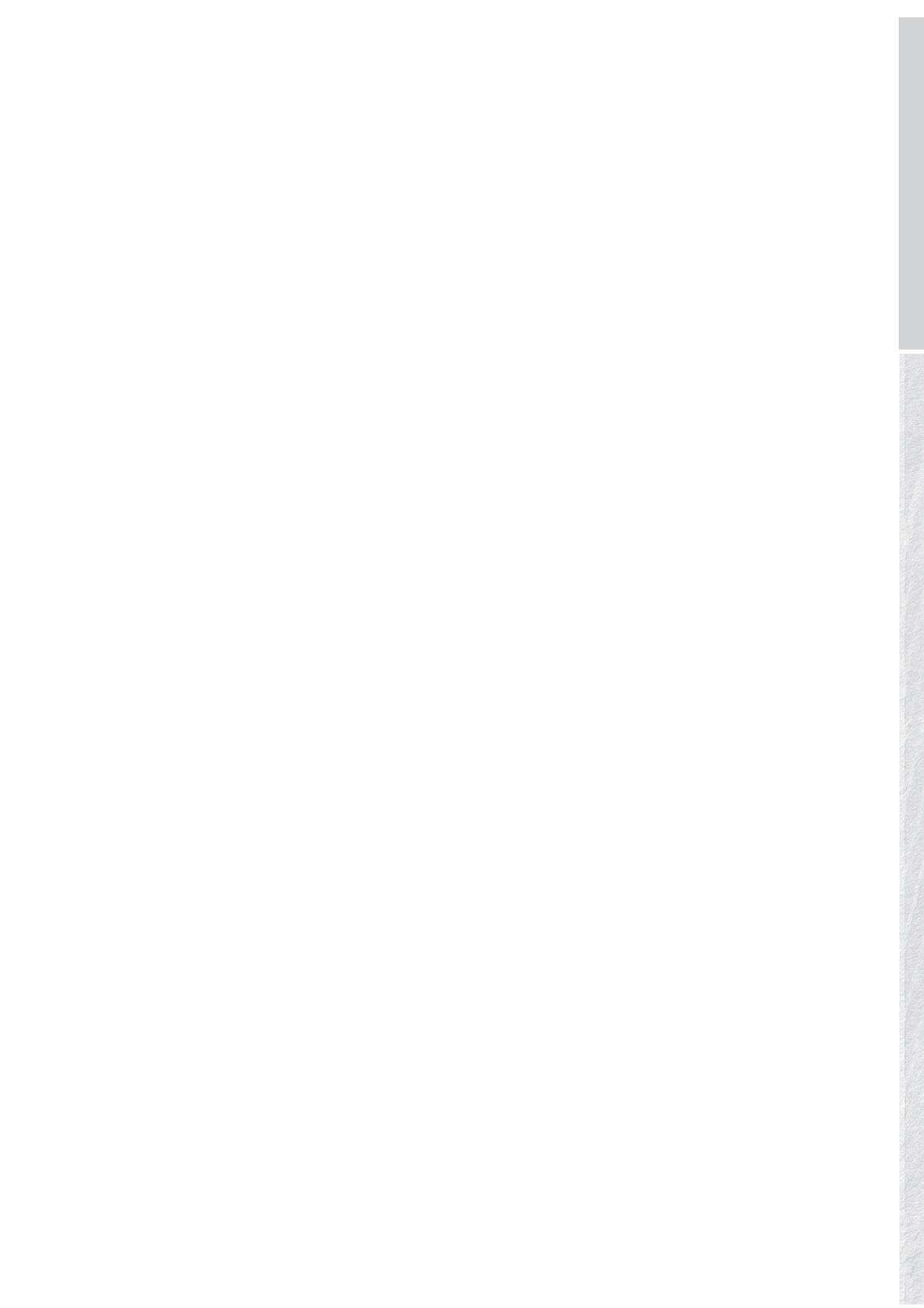
interacción sometida a escrutinio, la articulación de los hechos indicantes relativos a la existencia de la relación de trabajo, y la ponderación de los datos –de signo contrario– recabados, a los fines de desentrañar su naturaleza jurídica.

A propósito de lo expuesto, el párrafo 13 de la Recomendación 198 consagra un catálogo enunciativo de *indicadores* de la relación de trabajo (*método tipológico*), es decir, rasgos arquetípicos de dicho vínculo jurídico, nucleados en torno a ciertos *presupuestos*: de un lado, los “hechos relativos a la ejecución del trabajo” (párrafo 9), esto es, el carácter *personal y dependiente, subordinado o por cuenta ajena* del servicio prestado (párrafo 13, literal *a*), y del otro, “la remuneración del trabajador” (párrafo 9), o sea su idoneidad para satisfacer las necesidades vitales de este y su núcleo familiar (párrafo 13, literal *b*).

Tales indicadores aparecen destinados a orientar al juzgador en la calificación jurídica de aquellas interacciones sometidas a su escrutinio. En el caso particular de los ordenamientos jurídicos que tipifican los presupuestos de la relación de trabajo,¹⁶² los referidos indicadores resultarán particularmente útiles para acometer el análisis de las interacciones *objetivamente ambiguas*, debiendo en este caso asociarse lógicamente estos indicadores con aquellos presupuestos normativos. De tal modo que la *articulación y ponderación* de datos fácticos recabados que reflejen indicadores de las especies contempladas en el párrafo 13 de la Recomendación 198 conduciría a declarar indiciariamente la existencia de la relación de trabajo. Por contraposición, la enervación de alguna de dichas especies de indicadores impondría, en principio, rechazar la naturaleza jurídico-laboral de la interacción analizada.

Si agotado el *método tipológico* descrito persistiesen las dudas del juzgador acerca de la naturaleza jurídica del vínculo analizado, deberá recurrir al principio *in dubio pro operario*, por cuya virtud, atendiendo al bien jurídico tutelado, esto es, la integridad física, psíquica y moral del prestador de servicios, deberá reconocer el estatus de trabajador dependiente y garantizar la eficaz tutela que le destina el Derecho del trabajo.

¹⁶² Como es el caso de Colombia, *ex Arts. 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo.*



Anexo

Recomendación sobre la relación de trabajo,
2006 (núm. 198)

PREÁMBULO

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 nonagé-
sima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colec-
tivos, 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 compa-
tibles 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 posi-
ciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia
del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de confor-
midad 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 obli-
gaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado
encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limita-
ciones 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;

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;

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 Recomendación, 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.
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 contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a la 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.
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:

- 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.

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;
- 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 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).

Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo
se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Panamericana Formas
e Impresos, S. A., en agosto de 2019. Para su elaboración se utilizó
en páginas interiores papel Offset de 70 g
y la carátula y contracarátula en propalcole SBS 280 g.
La fuente tipográfica empleada es Warnock Pro de 12 puntos
en texto corrido y 14 puntos en títulos.

“Desde la perspectiva del derecho latinoamericano del trabajo, los autores entienden que la Recomendación no aporta una innovación sobre métodos ya conocidos en el continente, pero sí una serie de logros, de la que destaca su capacidad de promover una jurisprudencia sobre los indicios de laboralidad muy valiosa para clarificar paulatinamente el estado embrionario de la diferenciación entre trabajo libre y trabajo sometido allí donde es más necesario y donde precisamente la subordinación encuentra sus más crueles expresiones [...].

En definitiva, un buen libro sobre un tema capital, que nos introduce en el complejo mundo de la epistemología del Derecho del Trabajo por la puerta del principio de la relación laboral. El lector disfrutará con los análisis de ambos expertos, que ya previamente habían tenido ocasión de detenerse en la materia a través de publicaciones excelentes”.

Antonio OJEDA AVILÉS

“Los profesores Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena, para alegría y mayores competencias del ius laboralismo latinoamericano, deciden romper las fronteras venezolanas y brindarle a la Universidad Libre, con sede principal en Bogotá, D.C. (Colombia) y a la comunidad académica en general, un texto en donde se analiza la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, tema de plena actualidad a propósito de la conmemoración de los cien años de existencia de dicha organización”.

Luis Alberto TORRES TARAZONA

ISBN: 978-958-5578-04-3



9 789585 578043