



International
Labour
Organization

Plan curricular de la OIT sobre desarrollo de sistemas de inspección del trabajo modernos y eficaces

Módulo

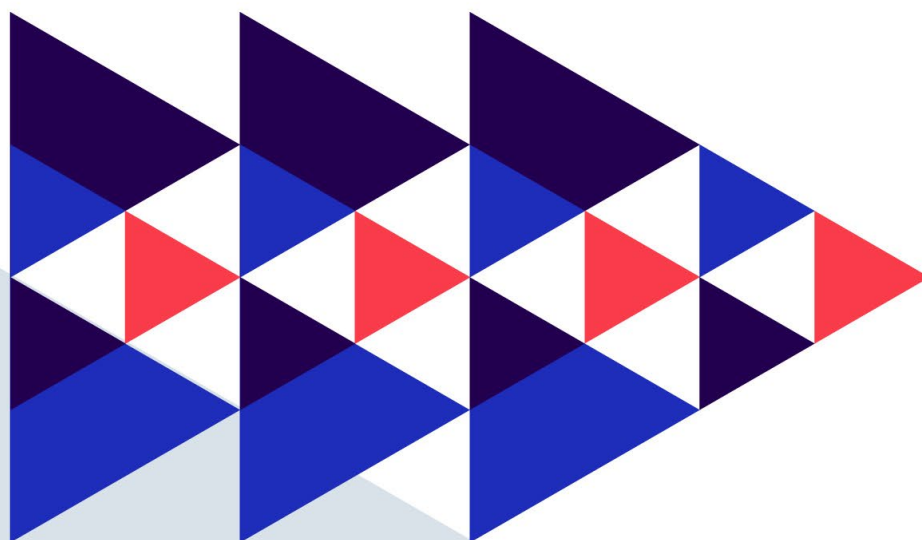
7

► **Inspección de la relación de trabajo**

Plan curricular de la OIT sobre desarrollo de sistemas de inspección del trabajo modernos y eficaces

► Módulo 7

Inspección de la relación de trabajo





► ¿De qué trata este módulo?

Este módulo examina algunas de las cuestiones y las tendencias respecto de las relaciones de trabajo en el mundo del trabajo actual y su impacto en el papel de la inspección del trabajo. En lo concerniente a las relaciones de trabajo, existe una serie de ambigüedades y desafíos que los inspectores deben conocer y superar para poder realizar sus tareas eficazmente.

El módulo pone especial énfasis en la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), la que orienta a todos los Estados Miembros de la OIT sobre cómo abordar de forma integral los temas mencionados anteriormente.



► Objetivos

El objetivo de este módulo es explicar el papel que desempeña la inspección del trabajo en la promoción de la protección de los trabajadores en el contexto de la relación de trabajo, según la Recomendación núm. 198 de la OIT.

Al finalizar este módulo, los participantes serán capaces de:

- explicar las formas en las que los trabajadores dependientes pueden carecer de protección laboral debido al reducido ámbito de aplicación de la legislación, a las ambigüedades en su interpretación o a la falta de claridad en su aplicación;
- hacer referencia a la Recomendación núm. 198, en particular a los ámbitos en los que la inspección del trabajo debería desempeñar un papel, y explicar dicho papel;
- discutir la situación y las tendencias en materia de relaciones de trabajo en sus respectivos países, así como su normativa nacional.

▶ Índice

▶ 1. Panorama general	1
1.1 Antecedentes	1
1.2 Distintas formas de relación de trabajo	1
<i>Situaciones poco claras</i>	3
<i>Formas atípicas de empleo</i>	3
<i>Trabajadores que laboran en plataformas digitales</i>	6
▶ 2. Instrumentos internacionales	8
2.1 La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)	8
▶ 3. Política y legislación nacionales	10
3.1 La necesidad de políticas y legislaciones nacionales claras	10
<i>Formulación tripartita de políticas</i>	10
3.2 Aplicación de la política	11
3.3 Enfoque inclusivo	11
<i>La dimensión de género</i>	12
<i>Categorías especiales de trabajadores</i>	12
3.4 Marco legislativo	13
3.5 Aplicación de la ley	15
<i>Judicial</i>	15
<i>La inspección del trabajo</i>	15
<i>Mecanismos para la solución de controversias</i>	15
3.6 Información y asesoramiento	16
3.7 Formación	17
▶ 4. Determinación de la existencia de una relación de trabajo	19
4.1 Definición e identificación	19
<i>Condiciones</i>	19
<i>Indicadores</i>	20

4.2	Primacía de la realidad	22
4.3	Comprobación de la existencia de relación de trabajo	23
►	5. Seguimiento, revision y actualización	25
5.1	Rapidez de los cambios	25
5.2	Enfoque tripartito del seguimiento	25
5.3	Información e investigación	26
►	6. El papel de la inspección del trabajo	28
6.1	Un contexto lleno de retos	28
6.2	Principales funciones	28
	<i>Inspección y control de cumplimiento</i>	29
	<i>Aportes a la formulación y revisión de las políticas</i>	29
	<i>Información, asesoramiento, formación</i>	29
6.3	Recursos humanos calificados	29
6.4	Cooperación	30
►	Resumen	31
►	Referencias y bibliografía	34
	<i>Normas internacionales del trabajo</i>	34
	<i>Documentos de discusión, informes, etc. de la OIT</i>	34
►	Anexo 1. Desarrollo de una norma internacional sobre la relación de trabajo – un repaso histórico	35
	<i>Del «trabajo en régimen de subcontratación» a la «protección de los trabajadores» y la «relación de trabajo»</i>	36
	<i>Recomendación núm. 198</i>	38

► 1. Panorama general

1.1 Antecedentes

En las últimas décadas se han producido grandes cambios en las modalidades de empleo, tanto a nivel nacional como mundial. En particular, se ha registrado un rápido crecimiento de las pequeñas empresas luego de la debacle de muchas empresas estatales, con el consiguiente surgimiento de contratistas, subcontratistas y trabajadores por cuenta propia en los países desarrollados, en transición y en desarrollo. Estos cambios han venido acompañados de cambios notables en las relaciones de trabajo, y ahora muchos empleadores subcontratan a otros para realizar funciones que antes realizaban ellos mismos. Las cadenas mundiales de suministro han proliferado y las empresas multinacionales, en muchos casos, aplican términos y condiciones estrictos a sus proveedores, quienes suelen encontrarse en países en desarrollo.

Tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo, se ha producido un marcado giro del empleo estándar al empleo atípico. Las formas atípicas de empleo (FAE) son un grupo de modalidades de empleo que se alejan de la práctica habitual. Incluyen el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial y a pedido, el empleo temporal a través de agencias de empleo y otras relaciones de trabajo multipartitas, relaciones de trabajo encubiertas y el trabajo por cuenta propia económicamente dependiente. Los trabajadores en estas categorías laboran cada vez más junto a empleados «normales». Algunos trabajadores pueden estar prestando servicios en virtud de un contrato civil o comercial, mientras que otros en realidad laboran para otro empleador, que está realizando trabajos o prestando servicios para una empresa en virtud de un contrato comercial. El proveedor incluso podría ser una cooperativa de trabajadores. Esta diversidad en las relaciones de trabajo es cada vez más común en los distintos sectores del empleo.

Además, con el avance de la digitalización y el establecimiento de plataformas digitales de trabajo (manifestaciones nuevas y emblemáticas del trabajo del futuro), el mercado de trabajo ha sido testigo de la llegada de nuevos tipos de trabajadores, así como de sofisticadas formas de encubrir las relaciones de trabajo.

1.2 Distintas formas de relación de trabajo

La relación de trabajo es el nexo jurídico entre el empleador y el empleado, y existe cuando una persona desempeña un trabajo o presta servicios bajo ciertas condiciones a cambio de una remuneración. Es a través de la relación de trabajo, independientemente de cómo se defina, que se crean los derechos y las obligaciones recíprocas entre las dos partes; ha sido y continúa siendo el principal medio por el cual los trabajadores acceden a los derechos y las prestaciones asociados con el empleo en los ámbitos de la legislación laboral y la seguridad social.

No obstante, en el mundo laboral contemporáneo, las relaciones y los contratos de trabajo son variados y complejos. Por ello, muchas veces resulta difícil precisar cuáles son los derechos y las obligaciones de los empleadores, lo que, en la práctica, conduce a la falta de protección de muchos trabajadores. Las diferentes formas de relación y contrato de trabajo incluyen:

- ▶ contratos permanentes, escritos o de otra forma, por los cuales el empleador y el empleado tienen claras sus respectivas obligaciones y derechos. Dichos contratos pueden ser a tiempo completo o a tiempo parcial.
- ▶ Contratos indeterminados, bajo los cuales las obligaciones y los derechos a menudo son menos claros y menos onerosos que en el caso de los contratos permanentes. Este podría ser el caso del trabajo ocasional o de temporada, por ejemplo, en construcción o en agricultura. El trabajo a tiempo parcial o las horas extraordinarias involuntarios también pueden ser una característica de dichos acuerdos.
- ▶ Otros tipos de contratos de trabajo, que pueden ser ambiguos o encubiertos de alguna manera con la intención de debilitar las obligaciones del empleador y los derechos de los trabajadores bajo la legislación laboral.

Las relaciones de trabajo indeterminadas, ambiguas, multipartitas o encubiertas pueden llevar a condiciones de trabajo precarias, por ejemplo, si los empleados tuvieran que aceptar trabajo a tiempo parcial involuntario o, en algunos casos, aceptar una carta de despido al mismo tiempo que firman sus contratos. Los aspectos relacionados con relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas serán explicados con más detalle más adelante.

La forma cómo determinar la existencia de una relación de trabajo se aborda en el capítulo 4, que también brinda orientación para distinguir a los empleados de los trabajadores por cuenta propia.



▶ **Diversidad en las relaciones de trabajo – supermercados modernos**

Los supermercados modernos constituyen un ejemplo de la diversidad de relaciones de trabajo dentro de un mismo lugar de trabajo. Fuera de emplear a su propio personal regular, un supermercado puede contar con empresas jurídicamente distintas operando en su interior, como las que venden productos lácteos, carne fresca o pescado. Los reponedores de productos, los degustadores de productos y los trabajadores de seguridad podrían estar empleados por otras empresas, mientras que contratistas especializados podrían ser responsables del mantenimiento y la reparación de equipos. Los cajeros podrían ser empleados enviados por una agencia de empleo temporal y los que trabajan desde casa podrían estar a cargo de ciertas tareas administrativas y comunicarse con el supermercado vía internet.

Esta diversidad en las relaciones de trabajo se justifica por razones de eficiencia y competitividad, pero significa que diferentes condiciones de empleo se aplicarán a diferentes grupos de trabajadores dentro de un mismo lugar de trabajo.

Situaciones poco claras

La situación de los trabajadores «por cuenta propia», de los «trabajadores temporales» y de los trabajadores de otras empresas con frecuencia puede no ser tan clara como parece y sus condiciones de trabajo pueden variar considerablemente, incluso si trabajan en el mismo local y aparentemente para la misma empresa principal. Por ejemplo, podría haber:

- ▶ diferentes acuerdos para la negociación colectiva y la representación por parte de los sindicatos;
- ▶ diferentes normas de seguridad y salud, y representación de parte de representantes o comités de seguridad y salud;
- ▶ diferentes requisitos de tiempo de trabajo y tiempo de licencia remunerado;
- ▶ diferentes acuerdos respecto del seguro social;
- ▶ diferentes grados de solvencia de sus respectivos empleadores, con consecuencias para la seguridad del empleo.

Podría parecer que algunos o todos los trabajadores son empleados directos de la empresa principal, pero su relación de trabajo podría haberse encubierto, por lo que podrían haberse visto privados de algunas de las prestaciones de la ley de protección social. Una práctica común entre las empresas es contratar a trabajadores sin que exista una relación de trabajo contractual, aun cuando todos los elementos que caracterizan a una relación de trabajo según la ley estén presentes.

Otra posibilidad es que los empleados sean considerados trabajadores por cuenta propia por los proveedores de trabajo y se les remunere como tal porque su relación de trabajo se hace ambigua o se encubre. También es posible que los empleados que trabajen para una empresa contratista, o que hayan sido asignados a ella por una agencia, estén prestando servicios a un tercero (el usuario) sin saber realmente quién es su empleador, cuáles son sus derechos, o quién es responsable de salvaguardarlos. El resultado es que estos empleados carecen de protección de los trabajadores, lo cual tiene importantes repercusiones, especialmente para las mujeres y los trabajadores migrantes y sus familias, pero también en términos de niveles más bajos de productividad y competitividad de la empresa, y un mayor número de accidentes.

Formas atípicas de empleo

Las formas atípicas de empleo (FAE) se refieren a determinados acuerdos contractuales que se alejan de la relación de trabajo típica. El empleo típico, si bien no es un concepto jurídico, se asocia a una determinada concepción del trabajo (indefinido, a tiempo completo y en el marco de una relación bilateral y de dependencia con un empleador), que constituye la base de la mayor parte de la legislación en materia laboral y de seguridad social.

De acuerdo con las conclusiones de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo de la OIT realizada en febrero de 2015, existen cuatro tipos principales de FAE, aunque dos o más dimensiones de FAE pueden estar presentes en la misma relación de trabajo (por ejemplo, un

trabajador a tiempo parcial podría estar empleado por una agencia privada de empleo o un subcontratista bajo un contrato de duración determinada). Los cuatro tipos son:

a) Relaciones de trabajo temporales

Bajo una relación de trabajo temporal, se contrata a los trabajadores por un periodo de tiempo específico. Los contratos pueden ser de duración determinada o basados en proyectos o tareas. Este tipo de relación también incluye el trabajo estacional u ocasional, incluido el trabajo jornalero.

Los contratos de duración determinada se caracterizan por un periodo predefinido o predecible. Su terminación está implícita o explícitamente vinculada a condiciones como la llegada de una fecha determinada, la ocurrencia de un determinado evento o la finalización de una tarea o proyecto específico (contratos basados en proyectos o tareas).

El trabajo ocasional se refiere a la contratación de trabajadores por una duración muy corta, o de forma ocasional e intermitente, a menudo por un número concreto de horas, días o semanas, a cambio de un salario fijado por los términos del acuerdo de trabajo diario o periódico.

b) Relaciones de trabajo a tiempo parcial

Bajo la modalidad de trabajo a tiempo parcial, el número normal de horas de trabajo es menor que el de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.¹ Muchos países cuentan con umbrales jurídicos específicos que definen el trabajo a tiempo parcial por oposición al trabajo a tiempo completo, distinguiendo así el trabajo a tiempo parcial en términos jurídicos.

En algunos casos, las modalidades de trabajo pueden consistir en un número de horas muy reducido o de horarios impredecibles y, por ende, el empleador no tiene ninguna obligación de garantizar un número específico de horas de trabajo. Estas modalidades adoptan distintas formas de contrato dependiendo del país en cuestión e incluyen los denominados «contratos de cero horas», conocidos comúnmente como «trabajo a pedido». Su principal característica es la gran variabilidad del número de horas de trabajo y del horario, lo que plantea problemas para la seguridad de los medios de vida y para la conciliación de la vida laboral y personal de los trabajadores afectados.

c) Relaciones de trabajo triangulares

En el caso de las llamadas relaciones de trabajo «triangulares», el trabajador realiza un trabajo o presta servicios en beneficio de un tercero (el usuario). Estas modalidades deben examinarse cuidadosamente, puesto que pueden dar lugar a una falta de protección en detrimento del empleado.

En esos casos, el principal problema es determinar *quién es el empleador*, cuáles son los derechos del trabajador y quién es el responsable de estos. Por consiguiente, se necesitan mecanismos para aclarar las relaciones entre las diversas partes y para asignarles sus respectivas

¹ Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial de la OIT, 1994 (núm. 175).

responsabilidades. Evidentemente, este tema es de mucha relevancia para la inspección del trabajo correspondiente.

Una de las modalidades más comunes de relación de trabajo triangular está relacionada con la provisión de trabajo o de servicios a través de agencias de trabajo temporal. Al respecto, existen dos instrumentos de la OIT que ofrecen orientación a los Estados Miembros sobre cómo abordar este tema: el Convenio (núm. 181) y la Recomendación (núm. 188) de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, 1997.

Además del trabajo temporal a través de agencias, otra modalidad contractual muy significativa que involucra a múltiples partes es la subcontratación, que difiere del trabajo temporal a través de agencias principalmente en que los subcontratistas, por lo general, no proveen de trabajadores temporalmente, sino que realizan un trabajo que provee de bienes o presta un servicio, aunque esta diferencia pueda ser algo difusa, dependiendo de la jurisdicción pertinente. Además, los subcontratistas generalmente gestionan su propia mano de obra, aun si esta trabaja en las instalaciones del empleador principal.

Las modalidades contractuales en las que intervienen múltiples partes pueden ir más allá del empleo temporal a través de agencias y la subcontratación. La fragmentación de los lugares de trabajo y de las organizaciones comerciales también pueden dar lugar a otros acuerdos contractuales, tales como las franquicias, con importantes repercusiones para la protección de los trabajadores y las condiciones de trabajo.

Por último, las modalidades contractuales que involucran a múltiples partes pueden extenderse a muchos países cuando intervienen cadenas mundiales de suministro.

d) Relaciones de trabajo encubiertas

En la gran mayoría de sistemas jurídicos alrededor del mundo, existe una división binaria entre el empleo asalariado y el empleo por cuenta propia, donde el empleo asalariado sirve de base para la normativa laboral. Aunque siempre ha habido una zona gris entre estas dos categorías jurídicas, en las últimas décadas, los cambios en la organización de las empresas, los avances tecnológicos y las nuevas prácticas de negocios han vuelto más difusa la distinción entre los trabajadores asalariados y los trabajadores por cuenta propia, y han contribuido al incremento del número de trabajadores que se hallan dentro de esta zona gris.

El trabajo encubierto ocurre cuando un empleador trata a una persona que es un empleado como si no lo fuese a fin de ocultar su verdadera condición jurídica. Esto puede conseguirse mediante el uso inapropiado de acuerdos civiles o comerciales, y perjudica los intereses de los trabajadores y de los empleadores, al tiempo que constituye un abuso que atenta contra el trabajo decente, por lo que no debe tolerarse. El falso empleo por cuenta propia, la falsa subcontratación, el establecimiento de seudocooperativas, la falsa prestación de servicios y la falsa reestructuración de las empresas son algunos de los medios más frecuentes que se usan para encubrir la relación de trabajo.

El efecto de estas prácticas es el de negar protección laboral a los trabajadores y evitar costos como el pago de impuestos y las contribuciones a la seguridad social (párrafo 4 de la Recomendación núm. 198).

Trabajadores que laboran en plataformas digitales

La innovación tecnológica ha provocado cambios significativos en la organización del trabajo, las relaciones de trabajo y las relaciones laborales, con consecuencias tanto positivas como negativas. Si bien los «trabajos esporádicos» —o trabajos puntuales— no son una novedad, el incremento del uso de la tecnología ha contribuido a su rápida proliferación. La economía de plataformas ha contribuido al crecimiento de ciertas formas de empleo atípico dependientes de los mercados digitales de trabajo o plataformas de trabajo. Las plataformas de trabajo utilizan tecnología para conectar a los trabajadores con los consumidores para tareas puntuales, o trabajos que se realizan virtualmente o de manera presencial por una fuerza laboral de trabajo por encargo. Es posible que esta mano de obra opere con una protección social y laboral limitada, lo que ocurre cada vez más a medida que aumenta el número de trabajadores que tiene en las plataformas son su principal fuente de ingresos.

Es precisamente el uso de plataformas digitales lo que caracteriza a la «economía de plataforma» (conocida en el lenguaje cotidiano como *«gig economy»*² o economía del trabajo por encargo), la que está creciendo exponencialmente, fuertemente impulsada en los últimos tiempos por las restricciones mundiales derivadas de la pandemia del SARS-CoV-2.

Las plataformas digitales de trabajo comprenden tanto las plataformas en línea, en donde el trabajo se terceriza mediante una convocatoria abierta a una audiencia geográficamente dispersa («*crowdwork*» o trabajo colaborativo), como las aplicaciones móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos ubicados en un área geográfica específica. Aun cuando las plataformas digitales de trabajo son un producto de los avances tecnológicos, el trabajo en ellas se asemeja a muchas modalidades de trabajo de larga data, pero con una herramienta digital sirviendo de intermediario.³

El trabajo colaborativo surgió a principios de los años 2000 con el crecimiento del Internet y la necesidad de contar con participación humana en tareas necesarias para garantizar el buen funcionamiento de las industrias en línea. Los trabajadores pueden trabajar desde cualquier lugar del mundo, siempre que cuenten con una conexión fiable a internet. Los puestos de trabajos van

² Véase De Stefano, V. Aloisi, A., *European legal framework for «digital labour platforms»*, Comisión Europea, (Luxemburgo, 2018), 7. El término «gig» evoca a los artistas que van de un concierto a otro. Según lo que se indica en <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/gig-economy>, la «gig economy o economía de plataforma es una forma de trabajar basada en personas que tienen trabajos temporales o que realizan tareas separadas, cada uno de ellos pagados de forma separada, en vez de trabajar para un empleador». La «economía de plataforma» es un fenómeno que ha existido por mucho tiempo, pero que las plataformas digitales han acelerado. De hecho, «las tecnologías emergentes han permitido una mejor conectividad, fomentando más formas de trabajo remoto y ayudando al crecimiento de la economía de plataformas»; véase Mandloi, R., *Making the Most of Talent in the Gig Economy*, Harvard Business Publishing (2020), disponible en <https://www.harvardbusiness.org/making-the-most-of-talent-in-the-gig-economy/>.

³ OIT (Organización Internacional del Trabajo), *Digital labour platforms and the future of work - Towards decent work in the online world*, (Ginebra, 2018), XV.

desde la sofisticada programación informática, el análisis de datos y el diseño gráfico hasta «microtarefas» relativamente sencillas de naturaleza administrativa. Sin embargo, si bien el trabajo colaborativo es un producto del progreso tecnológico, también representa un retorno al trabajo ocasional del pasado en economías industrializadas, mientras que, en los países en desarrollo, se suma a la mano de obra ocasional existente. Actualmente, la mayor parte del trabajo colaborativo no está sujeto a ninguna normativa laboral, de modo que los trabajadores tienen poco control sobre cuándo tendrán trabajo o sobre las condiciones de este. También son limitados los recursos de los que disponen en caso de recibir un trato injusto.

Por otro lado, el «trabajo por encargo a través de aplicaciones», aunque facilitado por una plataforma, tiene base en un lugar y es geográficamente limitado. Incluye trabajos como reparto, transporte, trabajo doméstico, reparaciones domésticas y demás, que requieren de una interfaz directa entre las personas ocupadas en trabajos esporádicos y aquellos que los solicitan. La diferencia entre este tipo de trabajo y el trabajo colaborativo es que la actividad laboral se selecciona y acuerda en línea, pero luego se lleva a cabo localmente. En los últimos años, ha habido muchos litigios en casos de clasificación errónea de la situación de empleo en contra de empresas de trabajo por encargo realizado a través de aplicaciones.

Aunque actualmente representan solo un pequeño porcentaje de la mano de obra total, estas aplicaciones tienen un alcance mundial y afectan las vidas de millones de personas. Los efectos potencialmente negativos de las plataformas en los mercados de trabajo superan con creces su importancia actual como fuente de empleo. Su crecimiento previsto ha llevado a muchos a especular al respecto de que estas formas de trabajo podrían contribuir a la desaparición total del empleo formal.

► 2. Instrumentos internacionales

La relación de trabajo es una cuestión fundamental del derecho laboral. La protección laboral y social de los trabajadores depende de la existencia de una relación de trabajo y, aún más importante, de si esta relación se puede probar.

Es así que, a partir de la década de 1950, se adoptaron varios Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre diversos aspectos de las relaciones de trabajo:

- El Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94) y su Recomendación respectiva, los que se refieren a los empleados de contratistas para las autoridades públicas, protegiendo sus derechos respecto de las condiciones de trabajo.
- El Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) y su Recomendación respectiva, que definen las condiciones particulares que caracterizan al trabajo a domicilio dependiente. Usualmente, este tipo de trabajo no está bien reglamentado por la ley y tiende a ser ambiguo o encubierto como un falso empleo independiente.
- El Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) y su Recomendación respectiva, que abordan el problema específico de los trabajadores de agencia.
- La Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193), que se refiere a la relación de trabajo encubierta. En virtud de esta norma, las políticas nacionales deberían «velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudocooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas».⁴
- La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), que se discute más detalladamente a continuación.

2.1 La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)

La adopción de la Recomendación núm. 198 fue la culminación de varios años de discusión e investigación sobre el tema. La Conferencia Internacional del Trabajo abordó el tema de la relación de trabajo, bajo títulos diferentes, en tres diferentes ocasiones. Primero, se organizó una sesión para establecer una norma sobre El trabajo en régimen de subcontratación en 1997—98, sin llegar a un acuerdo; luego, en 2003, hubo una discusión general sobre El ámbito de la relación de trabajo; y, por último, en 2006, se adoptó una nueva norma, esta vez sobre La relación de

⁴ Párrafo 8, 1).

trabajo. La necesidad de múltiples rondas de debates a lo largo de varios años confirma la complejidad del tema y la dificultad de lograr un acuerdo tripartito internacional al respecto.

El objetivo de este instrumento no vinculante es brindar orientación a los Estados Miembros sobre la ampliación de la protección que ofrece la legislación laboral, devolviendo así a los trabajadores al ámbito de la ley y sacándolos de la informalidad. Esta Recomendación detallada tiene tres características:

- a) Anima a los Estados a formular y aplicar una política nacional para revisar a intervalos regulares y, de ser necesario, aclarar el ámbito de aplicación de las leyes y los reglamentos a fin de garantizar una protección eficaz de los trabajadores que realizan un trabajo en el contexto de una relación laboral.⁵ Dichas políticas deben orientar a las partes interesadas, tratar de combatir las relaciones de trabajo encubiertas, garantizar que las normas sean aplicables a todos los tipos de contratos y prever una formación adecuada del poder judicial, los árbitros, los mediadores y los inspectores del trabajo.⁶
- b) Recomienda formas de determinar la existencia de una relación de trabajo y enumera los criterios pertinentes, basados principalmente en hechos relacionados con la realización del trabajo y la remuneración del trabajador. Aboga por supuestos legales que consideren a determinados trabajadores como empleados y define claramente las condiciones aplicadas para determinar la existencia de una relación de trabajo (como la subordinación o la dependencia), sin perjuicio de la forma en que se caracterice la relación en cualquier acuerdo contrario pactado entre las partes. También sugiere una serie de indicadores que podrían utilizarse para determinar la existencia de una relación de trabajo.
- c) Establece un mecanismo apropiado, o el uso de uno existente, para el seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, a fin de poder formular recomendaciones sobre la adopción y la aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.

En el **Anexo 1** se presenta un resumen histórico del debate de la OIT sobre la Recomendación núm. 198.

La adopción de la Recomendación núm. 198 dio una nueva dimensión al tema de la relación de trabajo, confirmándola como una cuestión global y un problema común que es compartido por países con culturas y etapas de desarrollo económico distintas. La Recomendación ofrece un enfoque nuevo para dar soluciones modernas a los problemas mediante la acción en el plano internacional, nacional y empresarial, a fin de proteger a los trabajadores dependientes del mundo entero.

⁵ OIT (Organización Internacional del Trabajo), *La relación de trabajo. Una guía anotada a la Recomendación núm. 198 de la OIT*, (Ginebra, 2007), 4.

⁶ OIT (Organización Internacional del Trabajo), *La economía informal y el trabajo decente: una guía de recursos sobre políticas, apoyando la transición hacia la formalidad*, Departamento de Política de Empleo, (Ginebra, 2013), 127.

► 3. Política y legislación nacionales

3.1 La necesidad de políticas y legislaciones nacionales claras

Las definiciones jurídicas son la piedra angular de la normativa laboral y, por lo tanto, es crucial que sean claras y exhaustivas, tanto para su comprensión como para la corrección de brechas o vacíos normativos que podrían tener consecuencias negativas para las relaciones de trabajo. La legislación nacional puede ser ambigua respecto de qué constituye una relación de trabajo y a menudo su cobertura dista de ser exhaustiva. Dichas ambigüedades y brechas pueden llevar a una confusión y a interpretaciones legales distintas, así como a debilidades en la aplicación de la ley. Adicionalmente, la legislación nacional de algunos países permite diferentes formas de trabajo temporal-ocasional en secuencia, de manera que los trabajadores pueden trabajar años en la misma empresa bajo diferentes formas de contratos a corto plazo.

En este sentido, las medidas *ad hoc* aisladas son insuficientes para lidiar con estos asuntos, por lo que resulta vital contar con una legislación y una política nacionales claras e integrales. Así, el primer objetivo de la Recomendación núm. 198 es que el Estado Miembro debería:

*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.*⁷

Por consiguiente, los Estados deben examinar cuidadosamente su situación laboral general por ramas de actividad, tipo de empresa, tipo de trabajo, y género y nacionalidad de los trabajadores. Asimismo, deben determinar cómo se puede identificar la falta de protección laboral para los trabajadores dependientes en sus contextos nacionales particulares, mapeando las relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas e identificando las situaciones de trabajadores dependientes desprotegidos, y las causas y consecuencias respectivas. Seguidamente, los Estados Miembros deberían establecer acciones y objetivos nacionales específicos de corto, mediano y largo plazo de acuerdo con los recursos disponibles y adoptar medidas concretas para abordar los problemas.

Formulación tripartita de políticas

*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.*⁸

⁷ Recomendación núm. 198, párrafo 1.

⁸ Recomendación núm. 198, párrafo 3.

Al mismo tiempo, 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 por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho».⁹

3.2 Aplicación de la política

La Recomendación núm. 198 también contiene propuestas específicas sobre cómo hacer de la política nacional una verdadera herramienta práctica. Además del diagnóstico, las definiciones, los principios y las prioridades, la política nacional debe incluir un mínimo de medidas concretas tendentes a asegurar su eficacia, por ejemplo:

- ▶ orientar a las partes interesadas sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores por cuenta propia;
- ▶ luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas;
- ▶ reglamentar todas las formas de modalidades contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes (relaciones triangulares);
- ▶ proporcionar acceso efectivo a procedimientos y mecanismos adecuados para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;
- ▶ asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de las leyes y los reglamentos sobre la relación de trabajo;
- ▶ ofrecer una formación apropiada y adecuada en materia de normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para los encargados de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo;¹⁰
- ▶ proporcionar orientación a las partes interesadas, en particular a los empleadores y a los trabajadores.¹¹

3.3 Enfoque inclusivo

La falta de protección laboral para los trabajadores dependientes tiende a exacerbar la discriminación y las desigualdades en el mercado de trabajo.

⁹ Recomendación núm. 198, párrafo 8.

¹⁰ Recomendación núm. 198, párrafo 4.

¹¹ Recomendación núm. 198, párrafo 4(a).

La dimensión de género

En todo el mundo, los datos confirman un incremento en la participación de la mujer en la fuerza de trabajo, especialmente en la economía informal, donde hay una alta prevalencia de relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas. La dimensión de género del problema se ve reforzada por el hecho de que las trabajadoras mujeres predominan en ciertas ocupaciones y sectores en los que la proporción de relaciones de trabajo encubiertas o ambiguas es relativamente alta, como en el trabajo doméstico, la industria textil y del vestido, trabajos en ventas y en supermercados, enfermería y profesiones de cuidado, y el trabajo a domicilio. Las exclusiones o restricciones con relación a ciertos derechos, por ejemplo, en algunas zonas francas industriales, claramente afectan de modo desproporcionado a las mujeres.

Existe la necesidad de tener políticas más claras sobre igualdad de género y un mejor control de cumplimiento de la legislación y de los acuerdos pertinentes en el plano nacional para poder abordar eficazmente la dimensión de género del problema. En el plano internacional, el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) se aplican claramente a todos los trabajadores, y el Convenio sobre protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) especifica que se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.

Categorías especiales de trabajadores¹²

La política nacional debe prestar especial atención a los trabajadores afectados por la incertidumbre en su relación de trabajo, en particular a los más vulnerables, a los jóvenes, a los de edad, a los de la economía informal, a los migrantes y a los trabajadores con discapacidades.¹³

Por consiguiente, los gobiernos deben tomar medidas para identificar aquellos sectores y grupos de trabajadores con altos niveles de trabajo encubierto y adoptar un enfoque estratégico de control de cumplimiento de las normas.¹⁴

Los gobiernos también deben considerar el caso de los trabajadores migrantes, incluidos los que se les contrata para trabajar en países extranjeros.

¹² El módulo 9 de este paquete de formación trata específicamente de los grupos de trabajadores vulnerables.

¹³ Recomendación núm. 198, párrafo 5.

¹⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, *General Discussion report, Conclusions*, (Ginebra, 2003), párrafo 19.



► El sistema «Kafeel» para trabajadores extranjeros

El llamado «sistema *Kafeel*» para importar trabajadores extranjeros opera en algunos países árabes (el término «*Kafeel*» se refiere a una persona que patrocina a otra). Con este sistema, los gobiernos registraban a los trabajadores extranjeros bajo el nombre del empleador que los estaba importando. De este modo, los empleadores tenían control absoluto sobre dichos trabajadores, quienes no tenían más opción que permanecer con sus empleadores o regresar a su país de origen. Solo si sus empleadores expedían «cartas de liberación» los trabajadores podían ser contratados por otros legalmente. El sistema permite a los empleadores aprovecharse de los trabajadores extranjeros y explotarlos.

Actualmente, algunos países del Golfo han abandonado este sistema y otros están considerando hacerlo.

3.4 Marco legislativo

Muchos países han adoptado nuevas leyes o revisado las existentes para abordar las cuestiones relacionadas con la relación de trabajo desde perspectivas diferentes y con una variedad de disposiciones.

Por ejemplo, Chile, Perú y Ecuador han adoptado nuevas normas sobre las relaciones de trabajo triangulares, las que se consideran las más problemáticas y que reflejan la necesidad de contar con marcos de políticas claros para hacer frente a este problema. En el caso de Ecuador, las normas pertinentes no están contenidas en una ley normal sino en un texto adoptado por la Asamblea Constituyente antes que esta elaborase se la nueva Constitución. El Mandato Constituyente núm. 8 (2008) prohibió el empleo triangular, la tercerización y la contratación laboral por horas sobre la base de que estas modalidades contractuales contribuyen a la precarización de las condiciones de trabajo, representan una amenaza para la estabilidad laboral, impide la sindicalización e ignoran los acuerdos internacionales.¹⁵

En España, el 12 de mayo de 2021, se publicó un Real Decreto Ley conocido como la «Ley Rider», por el cual se modificó el texto revisado de la Ley del Estatuto de los Trabajadores a fin de garantizar los derechos laborales de los repartidores que trabajan a través de las plataformas digitales.¹⁶

Esto se considera una norma pionera para la protección de los trabajadores de reparto en el ámbito de las plataformas digitales. El texto, de conformidad con sentencias previas de varios tribunales (incluido el Tribunal Supremo) que fallaron a favor de los repartidores, estipula en un

¹⁵ Véase el Mandato Constituyente No. 8, disponible en <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Mandato-Constituyente-No.-8.pdf>.

¹⁶ España, *Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo*, Boletín Oficial del Estado, n.º 113, de 12 de mayo 2021, Sec. I.P., pág. 56733, disponible en <https://boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf#BOEn>.

artículo y dos disposiciones finales que quienes trabajan en plataformas como Glovo, UberEats o Deliveroo son empleados, no individuos que trabajan por cuenta propia.

En el caso de Finlandia, existe legislación que se ocupa en detalle de la obligación del empleador de informar a los empleados acerca de los principales términos de su contrato. Esto significa también que el empleador tiene que decidir si un trabajador debe ser considerado un empleado o un trabajador por cuenta propia, puesto que la obligación solo existe hacia los empleados. Los trabajadores que no reciban información sobre sus condiciones de trabajo y consideren que son empleados pueden interponer una queja ante la autoridad competente.¹⁷

Por otro lado, en virtud del Código del Trabajo de Quebec (Canadá), cualquier empleador que desee cambiar la condición de un empleado a contratista sin condición de empleado debe informar a la asociación de trabajadores respectiva mediante una notificación escrita que contenga una descripción de los cambios. Si la asociación y el empleador no llegan a un acuerdo sobre las consecuencias del cambio en la condición del empleado, esta última podrá solicitar la decisión de la Comisión de Relaciones de Trabajo.¹⁸



► Unión Europea: Resolución sobre la modernización del Derecho laboral

En 2007, el Parlamento Europeo adoptó una nueva resolución para hacer frente a los retos del siglo XXI. Este sería «un nuevo planteamiento del Derecho laboral que aspira a cubrir a todos los trabajadores, independientemente de su situación contractual» y señala específicamente que «es necesario de crear mayor seguridad que la que en la actualidad se puede considerar asociada con las modalidades de empleo atípicas y mejorar la protección de los trabajadores vulnerables».

La Resolución pide a los Estados miembros de la Unión Europea que promuevan la aplicación de la Recomendación núm. 198. También se refiere a los llamados Convenios fundamentales de la OIT, como el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), así como el Programa de trabajo decente de la OIT. En particular, declara que «toda forma de empleo, atípica o no, debería incluir una serie de derechos independientemente de la situación laboral concreta» y «pide que todos los trabajadores puedan disfrutar del mismo nivel de protección».¹⁹

¹⁷ Ley sobre contratos de trabajo de Finlandia, Capítulo. 2, art.4.

¹⁸ Código del Trabajo, art. 20.01, modificado el 21 de junio de 2001. Véase el Informe V (1), (2006), 50.

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, del 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI. Véanse en particular los párrafos 17, 19, 40 y 41 en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//EN> y <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/areas/legislation/employ.htm>.

3.5 Aplicación de la ley

En muchos países, es una práctica común contratar a trabajadores sin que exista una relación de trabajo, aun cuando estén presentes todos los elementos característicos de una relación de trabajo de acuerdo a la ley. La intención de las empresas que adoptan esta práctica es reducir los altos costos ocasionados por el pago de las tasas laborales. Cuando esta práctica ocurre, se puede cuestionar de diversas maneras la existencia de una relación de trabajo.

Judicial

La primera es mediante la presentación de una queja ante un tribunal laboral por parte del trabajador que no tiene una relación de trabajo formal. En este caso, el juez puede reconocer la existencia de una relación de trabajo entre las partes si hay suficiente evidencia de la presencia de factores de empleo pertinentes. Si esto sucede, la empresa tendrá que otorgar al trabajador todos los derechos laborales a los que tuvo derecho durante el periodo de trabajo.

La inspección del trabajo

Los inspectores del trabajo también pueden adoptar medidas correctivas basándose en evidencia *prima facie* de que existe una relación laboral, aunque exista cierta duda al respecto. No es necesario que los inspectores demuestren de forma concluyente que existe una relación laboral; sin embargo, sí es necesario que el empleador demuestre que no existe cuando haya indicios de lo contrario.

En cualquier caso, en la mayoría de los países solo un juez puede, en último término, determinar si, en efecto, existe o no una relación de trabajo.

Los tribunales deberían ser la instancia idónea para solucionar las controversias relativas a la existencia y los términos de una relación de trabajo. Sin embargo, los inspectores del trabajo suelen estar más cerca de los trabajadores y es más fácil recurrir a ellos. Por esa razón, es importante que los trabajadores y los empleadores tengan la opción de elegir entre varios procedimientos y mecanismos, incluida la inspección del trabajo, para solucionar sus controversias y recibir asistencia al respecto.

Mecanismos para la solución de controversias

Además de estos medios, muchos países han adoptado mecanismos para la solución de controversias, que contribuyen al control del cumplimiento de la ley.

Uno de los problemas más comunes que enfrentan los trabajadores dependientes desprotegidos, al igual que los que cuentan con protección legal, es la falta de un proceso accesible y eficaz para la solución de controversias.

Esto sucede incluso en los países que tienen una legislación aceptable. Con frecuencia, los empleados tienen que esperar la terminación de su contrato antes de estar en posición de presentar una queja contra sus empleadores y no siempre pueden costear el proceso. En el caso

de los trabajadores desprotegidos, su situación legal poco clara debilita aún más su posición para presentar quejas, debido a las dificultades prácticas para legitimar sus circunstancias.

Los mecanismos de solución de controversias y/o los procedimientos administrativos para determinar la condición de los trabajadores son servicios importantes, por lo que deben proporcionarlos organismos apropiados que podrían tener competencia general o estar limitados a sectores específicos de la economía. Es esencial que los empleadores y los trabajadores puedan acceder fácilmente a mecanismos y procedimientos justos, rápidos y transparentes para resolver las controversias sobre la situación de empleo (párrafo 14 de la Recomendación núm. 198).

3.6 Información y asesoramiento

Los trabajadores y los empleadores deben tener la posibilidad de obtener fácilmente información técnica y asesoramiento acerca de la naturaleza de la relación existente entre ellos o de la que estén considerando. En muchas circunstancias, puede resultar útil saber si existe, o existirá, una relación de trabajo entre ellos, y si, por consiguiente, el trabajador será considerado empleado o trabajador por cuenta propia, especialmente en el caso de las empresas pequeñas o las microempresas que no pueden acceder fácilmente a asesoramiento legal.

Brindar información es la acción mínima que se debe emprender para luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas. Hay que explicarles a las personas cuáles son los elementos de una relación de trabajo, cómo se le puede encubrir y qué se puede hacer para prevenir abusos.



► Nueva Zelanda – sitio web de la Autoridad de Relaciones Laborales²⁰

En Nueva Zelanda, el sitio web de la Autoridad de Relaciones Laborales (ERA) explica en términos muy concretos la naturaleza de un contrato de trabajo y lo que se puede hacer en casos de ambigüedad. El sitio web proporciona información con respecto de las pruebas jurídicas que pueden realizarse para distinguir entre un empleado y un contratista:

«Pruebas jurídicas»

Para tomar la decisión correcta, usted debe enfocarse en la verdadera naturaleza de la relación de trabajo, no solo en el nombre que le dan las partes. Los tribunales han desarrollado algunas pruebas jurídicas para ayudarle a ver la diferencia, a saber:

- *Prueba de la intención*
- *Prueba del control versus la independencia*
- *Prueba de la integración*
- *Prueba de la realidad fundamental/económica*

Usted debe examinar su situación y aplicar todas las pruebas para que le ayuden a decidir. No hay una única prueba que pueda darle la respuesta correcta. Si después de aplicar las pruebas usted aún no está seguro, los [Servicios de Mediación del Trabajo](#) pueden ayudarlo a decidir la verdadera naturaleza de su relación, o también puede buscar asesoramiento legal.

Si se equivoca

- *Algunos empleadores accidentalmente clasifican a los empleados como contratistas, sin darse cuenta de las consecuencias de su error.*
- *Un acuerdo de contratación ficticio se produce si un empleador intenta deliberadamente encubrir una relación de trabajo como un acuerdo de contratación independiente. Normalmente lo hace para eludir su responsabilidad sobre los derechos de los trabajadores. La [Autoridad de Relaciones Laborales](#) no apoyará un acuerdo de contratación ficticio y el empleador tendrá que conceder al «empleado» sus derechos laborales. El «empleador» también puede recibir una sanción.*

3.7 Formación

Todas las personas responsables de la solución de controversias y la aplicación de las leyes y normas nacionales relativas a las relaciones de trabajo deben tener un conocimiento claro de la materia. Nos referimos en particular a los jueces, árbitros, mediadores, conciliadores, inspectores del trabajo y a los representantes de los empleadores y de los trabajadores.

²⁰ [Employment New Zealand, Contractor versus employee.](#)

Deben conocer los distintos tipos de relación de trabajo y otros acuerdos contractuales que puedan existir entre empleador, empleado y trabajador por cuenta propia, entre el usuario y el proveedor, y los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de cada parte. Idealmente, deberían conocer no solamente la ley nacional aplicable a los distintos acuerdos, los límites de la competencia de las distintas autoridades y las normas que rigen los procedimientos y los mecanismos pertinentes (incluidas la carga de la prueba y la existencia de presunciones), sino también las normas internacionales del trabajo, el derecho comparado y la jurisprudencia que se refieren a aspectos de la relación de trabajo.

La «[Guía anotada a la Recomendación núm. 198 de la OIT](#)» (OIT, 2007) ofrece orientación útil acerca de la aplicación práctica de la Recomendación sobre la relación de trabajo.

► 4. Determinación de la existencia de una relación de trabajo

4.1 Definición e identificación

La naturaleza de la relación de trabajo puede ser compleja, aun cuando el ambiente de trabajo sea relativamente estable, pero se hace incluso más complicada y hasta confusa cuando es cambiante. Por ejemplo, factores como la compra de una compañía por otra, las nuevas formas de organización del trabajo y la promoción de contratos civiles o comerciales en vez de contratos regidos por el derecho laboral tienen todos un impacto en las relaciones de trabajo. En estas circunstancias, los trabajadores pueden sentirse aislados y hasta verse en dificultades si piden a sus empleadores una protección legal adecuada. Para muchos trabajadores, con frecuencia no habrá otra alternativa que aceptar la situación que se les impone.

Por esta razón, según la Recomendación núm. 198, los gobiernos *«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 También *«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»*.²²

Muchos países han establecido estas condiciones o indicadores, sea en definiciones formales o por otros medios. En otros países, los jueces desempeñan esta función, aplicando pruebas que evalúan criterios como el control, la integración en la empresa, la realidad económica (quién asume el riesgo financiero) y las obligaciones mutuas.²³

Condiciones

A menudo se considera que existe una relación de trabajo cuando una persona trabaja para otra en condiciones de *dependencia o subordinación para su beneficio*. Definir o indicar una condición específica que defina la relación de trabajo resulta muy útil para distinguir entre el trabajo dependiente y el trabajo por cuenta propia, y para minimizar o simplificar los conflictos al respecto entre los trabajadores y los empleadores. Algunas autoridades centrales tienen criterios internos fijos para esto.

No obstante, las condiciones y los criterios siguen siendo conceptos abstractos que deben aplicarse. ¿Qué significa en la práctica trabajar para alguien o depender de alguien? ¿Debe ser una dependencia jurídica, económica o ambas? ¿Cuándo y cómo se le puede reconocer? Los jueces han dado respuestas prácticas a este tipo de preguntas, especificando una serie de indicios concretos que confirman la existencia de una relación de trabajo. Estos indicios son

²¹ Recomendación núm. 198, párrafo 12.

²² Recomendación núm. 198, párrafo 13.

²³ Informe V (2003), 23.

especialmente útiles para los inspectores del trabajo en su trato con empleadores y trabajadores, sea durante visitas a la empresa y en otras circunstancias.

Indicadores

La Recomendación núm. 198 contiene una serie de ejemplos de indicadores, tomados del derecho comparado, que se incluyen en el siguiente recuadro.



► Indicadores clásicos de la relación de trabajo: Recomendación núm. 198 de la OIT²⁴

El hecho de que el trabajo:

- a) se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona;
- b) que el mismo implica la integración del trabajador a la organización de la empresa;
- c) se efectúa única o principalmente en beneficio de otra persona;
- d) que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador;
- e) se lleva a cabo dentro de un horario determinado, o en un lugar de trabajo indicado o aceptado por quien solicita el trabajo;
- f) es de cierta duración y tiene cierta continuidad, y
- g) requiere la disponibilidad del trabajador o implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

El pago de una remuneración periódica al trabajador;

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

En Irlanda, el Código de prácticas elaborado durante negociaciones tripartitas del Programa para la prosperidad y la justicia 2000-2002 incluye una lista de criterios para determinar si el trabajador es empleado o trabajador por cuenta propia.

²⁴ Recomendación núm. 198, párrafo 13.



► Irlanda: Criterios del código de prácticas para determinar la condición de empleado o de trabajador por cuenta²⁵

EMPLEADOS

Por regla general, será considerada *empleada* toda persona que:

- Se halla bajo el control de otra persona que da órdenes sobre cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo un trabajo.
- No está expuesta a riesgos financieros personales al realizar el trabajo.
- Aporta solo su trabajo y no suministra materiales para el trabajo que deba realizar.
- Recibe un salario fijo, determinado por hora, semana o mes; trabaja horas fijas o un número de horas determinado por semana o mes.

TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

Por regla general, será considerada *trabajadora por cuenta propia* toda persona que:

- Es propietario/a de su propio negocio.
- Está expuesta a riesgos financieros al tener que asumir el costo de rectificar todo trabajo mal hecho o deficiente realizado en virtud de un contrato.
- Proporciona el equipo y la maquinaria necesarios para el trabajo, con excepción de pequeñas herramientas o equipo propio del oficio de que se trate y que, en el contexto general, no se considere como indicio de una persona que trabaja por cuenta propia.
- Tiene control sobre lo que se hace, sobre cuándo y dónde se realiza el trabajo, y determina si debe hacerlo personalmente o no.

²⁵ Code of Practice on Determining Employment Status, (Revenue.ie).

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ▶ No puede subcontratar el trabajo. Cuando el trabajo pueda ser objeto de una subcontratación y sea remunerado por la persona que lo subcontrata, la relación entre empleador y empleado podría simplemente transferirse. | <ul style="list-style-type: none"> ▶ Tiene toda la libertad para contratar más personal, con arreglo a condiciones fijadas por ella misma, para realizar trabajos a cuya realización se haya comprometido. |
| <ul style="list-style-type: none"> ▶ No asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa. | <ul style="list-style-type: none"> ▶ Asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa. |
| <ul style="list-style-type: none"> ▶ No tiene la oportunidad de beneficiarse pecuniariamente de la buena gestión de la programación de compromisos o de la ejecución de tareas que surjan de los compromisos. | <ul style="list-style-type: none"> ▶ Tiene la oportunidad de beneficiarse pecuniariamente de una buena gestión de la programación y la ejecución de compromisos y tareas. |

4.2 Primacía de la realidad

Como complemento de las condiciones e indicios mencionados, la Recomendación núm. 198 reafirma el principio fundamental, común en el derecho laboral, de la primacía de los hechos.²⁶ Esto significa que cuando una persona trabaja para otra a cambio de una remuneración, bajo ciertas circunstancias, existe una relación de trabajo independientemente de que una de estas personas, o ambas, diga que el trabajo se realiza en virtud de un contrato civil o comercial, o de otro tipo de acuerdo. Lo que importa son los hechos concretos del trabajo y la remuneración, y no lo que se haya acordado en un contrato o en otro documento si ello contradice la realidad.

El principio de la primacía de los hechos es muy importante. Con demasiada frecuencia, un trabajador realiza un trabajo sin un contrato escrito o con lo que parece ser un contrato civil o comercial preparado por el empleador, algunas veces en un lenguaje que el trabajador no comprende. Por lo tanto, para garantizar la protección del trabajador, el inspector del trabajo (o quien sea que vaya a tomar una decisión acerca de la situación) debe examinar las condiciones reales de trabajo para determinar si existe o no una relación de trabajo.

Sudáfrica ha establecido la presunción basada en ciertos indicios.

²⁶ Recomendación núm. 198, párrafo 9.



► **Sudáfrica: Presunción de la condición de empleado**²⁷

La enmienda a la Ley sobre las condiciones básicas de trabajo (BCEA 1A) del 2020 estipula una presunción respecto de quién es un empleado. Así, se presume que una persona que trabaja para otra persona, o que le brinda un servicio a otro, es una empleada si:

- (i) su manera de trabajar o sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona;
- (ii) forma parte de la organización del empleador;
- (iii) ha trabajado para la otra persona por al menos 40 horas al mes en los últimos tres meses;
- (iv) es económicamente dependiente de la otra persona;
- (v) la otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo; o
- (vi) trabaja o presta servicios a una sola persona.

Si uno de estos factores está presente, entonces se presume que la persona es una empleada hasta el empleador pruebe que no lo es.

4.3 Comprobación de la existencia de relación de trabajo

Con el objeto de asistir a los trabajadores que tienen dificultades en probar la existencia de su relación de trabajo y acceder a los procedimientos de solución competentes, la Recomendación núm. 198 propone la adopción de las siguientes medidas:²⁸

- Admitir una amplia variedad de medios probatorios;
- Consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
- Determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados como trabajadores asalariados o como trabajadores por cuenta propia. Esto sería apropiado para aquellos cuya situación está en el límite entre asalariados y trabajadores por cuenta propia, ya que estas situaciones suelen ser objeto de decisiones judiciales contradictorias;

²⁷ República de Sudáfrica, *Amendment 1A of Basic Conditions of Employment Act*, Government Gazette n.º 43026, 12, disponible en https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202002/43026rg11041gon174.pdf.

²⁸ Recomendación núm. 198, párrafos 11 y 14.

- ▶ Decidir que 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 autoridades de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

Varios países han elaborado sus propias guías para facilitar la comprobación de la existencia de una relación de trabajo.

► 5. Seguimiento, revisión y actualización

5.1 Rapidez de los cambios

Los cambios continuos de las modalidades de empleo pueden hacer que las buenas políticas de protección de los trabajadores dependientes resulten obsoletas e ineficaces si no se les revisa y actualiza regularmente.

Los cambios en las modalidades de empleo han sido constantes y a veces drásticos. Por ejemplo, el trabajo a través de agencias ha significado cambios radicales en las prácticas de empleo. Este tipo de trabajo se ha desarrollado mucho en muchos países y necesita una normativa y un seguimiento específicos.

Asimismo, muchas empresas han adoptado un amplio abanico de prácticas de «empleo indirecto», que involucran complejas redes de acuerdos con otras empresas que prestan servicios, a veces en diferentes países, de modo que a menudo los empleados ignoran quién es su verdadero empleador. La consiguiente falta de protección al trabajador se ha convertido en un problema grave y extendido. Por ejemplo, teletrabajar en un país o hacerlo para servicios transnacionales puede dejar desprotegidos a los trabajadores. La misma situación puede generarse bajo ciertas nuevas formas de contratos «civiles» o «comerciales».

5.2 Enfoque tripartito del seguimiento

Se deberán utilizar mecanismos tripartitos, creados para este fin o ya existentes, a fin de seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, así como brindar asesoramiento sobre la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.²⁹ Estos mecanismos de seguimiento deberán contar con el apoyo de las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, representadas en pie de igualdad, las que deberán ser consultadas con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.³⁰

En los casos más importantes y complejos de prestación de servicios transnacionales, la Recomendación propone el establecimiento de mecanismos nacionales específicos para asegurar que la relación de trabajo pueda determinarse eficazmente. También se fomentan el desarrollo de contactos transnacionales y los intercambios de información³¹, cosa que está sucediendo cada vez más, por ejemplo, entre las autoridades laborales de toda la Unión Europea. Un obstáculo que se deberá superar es la falta de concordancia de los criterios específicos para la acción preventiva

²⁹ Recomendación núm. 198, párrafo 19.

³⁰ Recomendación núm. 198, párrafo 20.

³¹ Recomendación núm. 198, párrafo 22.

en los distintos países. En España, por ejemplo, preocupa especialmente la validez de los certificados médicos expedidos en otros países.³²

5.3 Información e investigación

La formulación de políticas basadas en evidencia requiere información, estadísticas, datos e investigaciones objetivas y actualizadas. La Recomendación núm. 198 invita a los Estados Miembros a «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».³³ Algunas veces, se han iniciado investigaciones a escala regional, como en la Unión Europea.



► Investigación europea sobre la contratación de trabajo fraudulenta, 2016³⁴

El informe «Exploración de la contratación de trabajo fraudulenta en la Unión Europea» es parte de un proyecto de *Eurofound* que se inició en el año 2015 y cuyo objetivo era recoger las características, el grado y el impacto de la contratación de trabajo fraudulenta y del trabajo por cuenta propia en la Unión Europea.

El proyecto aborda dos preguntas clave:

- a) ¿Qué tipos de contratos fraudulentos de trabajo (o de servicios) se pueden identificar en la Unión Europea, incluyendo en el contexto de la movilidad laboral internacional?
- b) ¿Qué medidas están desarrollando las autoridades nacionales, incluidas las inspecciones del trabajo y otras organizaciones competentes, así como los interlocutores sociales, para identificar, evitar y combatir la contratación de trabajo fraudulenta?

El estudio se basa en 29 informes nacionales, que abarcan los 28 países de la Unión Europea y Noruega. Se actualizó el 17 de diciembre de 2017.

Así pues, debe realizarse de manera apropiada en cada país una consulta nacional, documentación e investigación, teniendo en cuenta los recursos disponibles. Estas medidas no tienen por qué ser demasiado complicadas o costosas, pero sí contribuyen significativamente a la recopilación de información sobre la situación de los trabajadores dependientes que están

³² España, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Informe anual sobre la inspección del trabajo y la seguridad social 2008, 41—42, 89. Disponible en http://info.mtin.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/

³³ Recomendación núm. 198, párrafo 21.

³⁴ República de Sudáfrica, *Amendment 1A of Basic Conditions of Employment Act*, Gazeta del gobierno n.º 43026, 12. Disponible en https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202002/43026rg11041gon174.pdf.

desprotegidos, sus problemas y el progreso realizado para protegerlos. Las estadísticas relacionadas con los trabajadores dependientes y los que trabajan por cuenta propia son muy útiles, aunque las cifras nacionales no suelen tomar en cuenta las relaciones de trabajo encubiertas ni los casos en los que trabajadores «por cuenta propia» son, en realidad, dependientes económicamente de uno o más empleadores. Además, existe una falta de información sobre el cambio frecuente de condición de muchos trabajadores que pasan de trabajar por cuenta propia a ser asalariados y viceversa. En este sentido, la aplicación generalizada de la Recomendación resultaría de gran utilidad.

La información sobre la relación de trabajo triangular a escala nacional y sectorial, idealmente desglosada por sexo, también es muy importante para la formulación y aplicación de una política nacional, pero es, por lo general, insuficiente. Los países deberían saber cuántas personas trabajan para empresas contratistas y subcontratistas, incluidas las agencias privadas de empleo, los problemas para la protección del trabajador que surgen de este tipo de empleo y las buenas prácticas existentes.

► 6. El papel de la inspección del trabajo

6.1 Un contexto lleno de retos

La falta de una aplicación y un control del cumplimiento eficaces de la legislación por parte de las inspecciones del trabajo constituye un problema en muchos países y, como resultado de ello, los trabajadores desprotegidos se ven especialmente afectados. Al respecto, el Informe de la OIT para la discusión general de 2003, comenta lo siguiente:³⁵

Las restricciones presupuestarias afectan en muchos países la acción de las autoridades administrativas y judiciales que, por otra parte, tienen facultades limitadas y cuentan con insuficientes mecanismos de vigilancia, todo lo cual conspira contra el cumplimiento de sus obligaciones de control.

La inspección del trabajo comporta dificultades considerables para llevar adelante su labor. Hay países en que es poco probable o rarísimo que un inspector visite una empresa determinada, detecte sus insuficiencias, imponga medidas correctivas y vele por que se les dé efecto. Surgen dificultades especiales cuando se trata de locales muy extensos o de actividades realizadas en lugares remotos, pero también las hay cuando se trata de inspeccionar pequeñas empresas o microempresas.

La situación es más incierta todavía en lo que respecta a la acción que puedan emprender los inspectores del trabajo respecto de trabajadores cuya relación de trabajo está disfrazada, o sea ambigua; esto puede observarse incluso en países donde los inspectores puedan actuar por derecho propio para detectar los casos y corregirlos...

Así, además de la falta de recursos y los problemas internos que pueden afrontar las inspecciones del trabajo, la falta de claridad en la propia relación de trabajo también dificulta la aplicación y el control del cumplimiento eficaces de la legislación. Por ejemplo, la relación podría encontrarse en el límite entre la dependencia y la independencia, en el caso del empleador que de buena fe considera al trabajador dependiente como un trabajador por cuenta propia. Ambigüedades similares se pueden presentar en las relaciones triangulares, especialmente si la legislación es vaga o no dice nada al respecto. Con frecuencia, la relación de trabajo está encubierta y no se le detecta, especialmente si la brecha entre la legislación y la realidad es muy amplia, las sanciones no son lo suficientemente disuasivas y la administración del trabajo, la inspección del trabajo y las instancias judiciales son débiles.

6.2 Principales funciones

³⁵ Informe V, 2003, 34—35.

Inspección y control de cumplimiento

El papel de los inspectores del trabajo es establecer, en la medida de lo posible, cuáles son las partes principales en la relación de trabajo, teniendo en cuenta que en la mayoría de los países son los tribunales a quienes les compete la determinación final de estos asuntos. A pesar de ello, los inspectores pueden buscar ciertos indicios que señalen algún tipo de relación de trabajo y trabajar en base a ello.

Sobre todo, los inspectores deben evaluar las condiciones de trabajo que, en efecto, afrontan los trabajadores, comprobar si se está cumpliendo con la ley y tomar las medidas que sean necesarias. Esto incluye el abanico usual de opciones, como la acción coercitiva de estar justificada, para obrar en contra de quienes sean evidentemente responsables de infracciones y abusos.

Aportes a la formulación y a la revisión de las políticas

Los inspectores del trabajo deben estar preparados para identificar las relaciones de trabajo encubiertas durante sus inspecciones o en otras circunstancias y alertar a su oficina sobre dichas prácticas. Al hacerlo, no solo estarán garantizando la aplicación de la ley, sino que también estarán haciendo una contribución importante para la formulación o la actualización de la política nacional a la que hace referencia la Recomendación.

Información, asesoramiento, formación

Tal como se menciona en el capítulo 3, los innovadores programas de información y educación, junto con la prestación de servicios, orientación y asesoramiento, son pilares importantes de cualquier estrategia de control del cumplimiento de la ley y aplicación de políticas.

Estas tareas forman parte de las obligaciones del inspector del trabajo y cumplen un papel esencial al momento de brindar apoyo a los actores sociales. A fin de llegar a un público más amplio, se podrían organizar campañas de sensibilización en colaboración con otros organismos y con los medios de comunicación.

6.3 Recursos humanos calificados

La relación de trabajo y las responsabilidades que esta conlleva repercuten cotidianamente en las relaciones laborales y en las condiciones de trabajo, por lo que su problemática es una parte fundamental del trabajo de los inspectores, sea cual fuese su mandato y la legislación que deban aplicar. Además, los cambios en las modalidades de empleo y el crecimiento de la economía informal y el trabajo no declarado representan retos formidables para las inspecciones del trabajo. Por consiguiente, es imprescindible que los inspectores reciban una formación exhaustiva sobre estas cuestiones y sus complejidades, para que puedan discernir adecuadamente al momento de tomar decisiones acerca de las responsabilidades y las medidas coercitivas apropiadas. Los inspectores del trabajo deben volverse expertos en distinguir el empleo por cuenta propia del dependiente e identificar las formas de encubrir las relaciones de

trabajo en la forma de un contrato civil, o de convertir una relación de trabajo bilateral en una relación triangular falsa. Deben conocer a fondo las leyes y reglamentos pertinentes, incluidas las decisiones judiciales relativas a la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

La inspección del trabajo debe contar con una gran variedad de herramientas a su disposición, incluidos los materiales didácticos, las directrices y las listas de verificación, para mejorar las calificaciones de los inspectores y su capacidad para abordar eficazmente los problemas asociados con las relaciones de trabajo encubiertas y ambiguas. La formación también deberá tomar en cuenta las innovaciones tecnológicas y metodológicas. Mientras que una inspección clásica de lugares de trabajo tradicionales puede ser suficiente para identificar a falsos trabajadores por cuenta propia, no puede decirse lo mismo de las inspecciones con respecto del teletrabajo o de las plataformas digitales.

En estos casos, debe utilizarse metodologías innovadoras, ayudadas por la interacción con bases de datos mantenidas por diferentes instituciones. El acceso a múltiples conjuntos de datos de diferentes instituciones puede aumentar enormemente las posibilidades de identificar patrones de clasificación errónea previamente ocultos e incrementar la eficacia de la investigación, mejorando los resultados sin necesidad de personal adicional.

Los intercambios de experiencias y métodos de trabajo en distintos países podrían lograrse mediante la transferencia de personal profesional, en particular entre las administraciones del trabajo y las inspecciones de trabajo de los países desarrollados y en desarrollo.

6.4 Cooperación

Como ya se ha mencionado, es esencial garantizar la cooperación y la coordinación estratégica y operativa a nivel nacional e internacional entre las autoridades públicas competentes (organismos de seguridad social, autoridades fiscales, policía y fuerzas policiales extranjeras). Dicha cooperación podría adoptar la forma de acciones conjuntas de inspección; la creación de unidades especiales multidisciplinarias para luchar contra la clasificación errónea de trabajadores; el intercambio y la interconexión de información y datos; y la formación conjunta de inspectores de distintas autoridades públicas.

► Resumen

Existen derechos y prestaciones contemplados en leyes, reglamentos y acuerdos colectivos existentes que son específicos para los trabajadores que laboran en el ámbito de una relación de trabajo. La relación de trabajo es una noción que crea un vínculo jurídico entre una persona (el empleado) y otro individuo o persona jurídica (el empleador), para el cual trabaja o presta servicios bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración.

El trabajo por cuenta propia e independiente, basado en acuerdos contractuales comerciales o civiles está, por definición, fuera del ámbito de la relación de trabajo.

Los cambios en la estructura del mercado de trabajo y en la forma en que se organiza el trabajo están dando lugar a modalidades de trabajo cambiantes, extendiendo el uso de diferentes formas atípicas de empleo a todos los sectores económicos.

En algunas situaciones, puede no quedar claro si un trabajador es un empleado o es verdaderamente un trabajador por cuenta propia. Algunas veces, la relación de trabajo se encuentra en el límite entre la dependencia y la independencia, y el empleador puede, de buena fe, considerar al trabajador dependiente como un trabajador por cuenta propia. Algo similar puede ocurrir con las relaciones triangulares, especialmente si la legislación en esa materia es vaga o no dice nada al respecto. Con mucha frecuencia, la relación de trabajo está encubierta y el encubrimiento puede pasar inadvertido, especialmente si la brecha entre la legislación y la realidad es muy amplia, las sanciones no son lo suficientemente disuasivas y la administración del trabajo y las instancias judiciales son débiles.

La relación de trabajo encubierta ocurre cuando el empleador trata a una persona que en realidad es un empleado como si no lo fuese, usando una estratagema legal para ocultar su verdadera condición. El empleo legal falso, la subcontratación falsa, el establecimiento de seudocooperativas, la prestación de servicios falsa y la reestructuración falsa de la empresa están entre las formas más frecuentes que se usan para encubrir relaciones de trabajo.

La relación de trabajo ambigua existe cuando se realiza el trabajo o se prestan los servicios bajo condiciones que hacen surgir dudas genuinas sobre la existencia de una relación de trabajo.

Los inspectores del trabajo deben volverse expertos en distinguir entre el trabajo dependiente y el trabajo por cuenta propia, y estar familiarizados con las principales formas en las que se encubren una relación de trabajo como un contrato civil o una relación de trabajo bilateral como una falsa relación triangular. Los inspectores del trabajo deben estar preparados para identificar relaciones de trabajo encubiertas durante sus visitas y alertar a su oficina sobre las prácticas actuales. Al hacerlo, no solo garantizarán la aplicación eficaz de la ley, sino que también estarán haciendo una contribución importante para la formulación o la actualización de la política nacional.



Ejercicio 1

TÍTULO	Formulación de una política nacional
TAREA	✓ En un grupo pequeño, haga una lista de las cinco situaciones más importantes y frecuentes de relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas, y/o de relaciones triangulares, en su país. Especifique los sectores, tipos de empresas y las ocupaciones donde se presentan estas situaciones y también las formas en que estas situaciones atañen a las mujeres trabajadoras. ✓ En segundo lugar, el grupo deberá resumir el «problema nacional» de la falta de protección, tomando en cuenta las situaciones presentadas por cada miembro. ✓ Finalmente, el grupo deberá establecer cuáles de estas situaciones son las prioritarias y qué tipo de medidas se deberían tomar para cada una de ellas.
TIEMPO	✓ 60 minutos para el trabajo en grupo. ✓ 10 minutos para la presentación de cada grupo. ✓ 20 a 30 minutos para la discusión final.



Ejercicio 2

TÍTULO	Indicadores
TAREA	✓ De forma individual, lea la lista en el párrafo 13 de la Recomendación núm. 198. ✓ En un grupo pequeño, haga una lista de tres indicadores relativos al trabajo y tres relativos a la remuneración, por orden de importancia o frecuencia en su país. ✓ Discuta y agregue otro indicador a la lista, uno que no esté incluido en la Recomendación y que esté tomado de la legislación o la jurisprudencia de su país. ✓ En reunión plenaria, compare las listas hechas por los diferentes grupos y señale los indicadores que son comunes a todos ellos.
TIME	✓ 45 minutos para el trabajo de grupo. ✓ 5 minutos para la presentación de cada grupo. ✓ 20 minutos para la discusión final.

► Referencias y bibliografía

Normas internacionales del trabajo

(Todas disponibles en <http://www.ilo.org/ilolex/english/index.htm>)

Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94) y Recomendación (núm. 84).

Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177).

Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) and Recomendación (núm. 188).

Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193).

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

Documentos de discusión, informes, etc. de la OIT

—. 2003. *Informe V, El ámbito de la relación de trabajo*.

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>

—. 2006. *Estudio general relativo a los convenios sobre la inspección del trabajo*.

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf>

—. 2006. *Informe V (1), La relación de trabajo*.

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

—. 2007. *La relación de trabajo: Una guía anotada a la Recomendación núm. 198*. Documento núm. 18, OIT, Ginebra.

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/guide-rec198.pdf>

Modificación del Código del Trabajo, Ley núm. 20.123, de 30-8-06, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, disponible en <http://www.bcn.cl/leyes/254080>

Perú, Ley núm. 29245 sobre Tercerización (Subcontratación), del 24-6-8, en El Peruano núm. 10272 (24-6-8) y en

http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task,view/id,228363/Itemid,483/.

Ecuador, Mandato Constitucional núm. 8 y su Reglamento, (3-6-2008), disponible en

http://www.captur.com/Docs/Mandato_Constituyente8.pdf.

► Anexo 1. Desarrollo de una norma internacional sobre la relación de trabajo – un repaso histórico

Por Enrique Marin

La Conferencia Internacional del Trabajo discutió en tres ocasiones distintas la relación de trabajo, bajo títulos diferentes. Primero, se discutió la posible adopción de una norma sobre «el trabajo en régimen de subcontratación» en 1997 y 1998, sin llegar a un acuerdo. Luego, en 2003, se llevó a cabo una discusión general sobre «el ámbito de la relación de trabajo». Por último, en 2006, se adoptó una nueva norma, esta vez sobre «la relación de trabajo». Esta necesidad de rondas múltiples de debates a lo largo de varios años, algo no común en la Conferencia, confirma la complejidad del tema, la dificultad de lograr un acuerdo tripartito internacional al respecto y la importancia que la OIT otorga a este tema.

Cuando en 1997 y 1998 la Conferencia de la OIT discutió por primera vez el tema de los trabajadores dependientes no protegidos surgieron tres cuestiones delicadas: la terminología, el marco conceptual y los puntos de vista radicalmente opuestos de los empleadores y los trabajadores, que también dividían a los gobiernos. Luego de varios años de esfuerzos, se llegaron a superar las diferencias terminológicas y conceptuales, lográndose avances considerables, pero la diferencia de puntos de vista, aunque reducida, subsistió.

El punto que discutió la Conferencia en 1997 y 1998 fue el «*contract labour*» o «trabajo en régimen de subcontratación». El término es una expresión muy común y popular en inglés, pero es vago y difícil de traducir a otros idiomas, y ha causado confusión. Se consideraba que el tipo de trabajo asociado con esta expresión era similar al trabajo de una persona vinculada en una relación de trabajo, pero no había una definición clara del término. A efectos del proyecto de Convenio, la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa a «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 en régimen de subcontratación 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 siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria».³⁶

Las discusiones que tuvieron lugar en 1997 y 1998 causaron confusión. Contrariamente a la tradición de la Conferencia, no se llegó a adoptar ningún instrumento. Los empleadores se opusieron firmemente a los proyectos presentados, considerando que no era viable fijar una norma al respecto debido a la variedad de situaciones y planteamientos nacionales, y que los instrumentos propuestos interferirían con los acuerdos civiles y comerciales. Además, los empleadores y algunos gobiernos manifestaron que estos textos crearían una tercera, y mal

³⁶ Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, artículo 1. CIT, 86.ª reunión (Ginebra, 1998) Comisión del Trabajo en Subcontratación, Adenda del Informe V (2B). <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/rep-vadd.htm>.

definida, categoría de trabajadores, entre los trabajadores dependientes y los trabajadores por cuenta propia. Finalmente, los delegados decidieron no seguir usando las expresiones «trabajo en régimen de subcontratación» ni «trabajador en régimen de subcontratación».

No obstante, la falta de consenso para la adopción de instrumentos no significó que la Conferencia negase la existencia del problema. Por el contrario, se convenció de que había trabajadores a los que no se les estaba protegiendo y los empleadores reconocieron que se debía hacer algo respecto de las relaciones de trabajo encubiertas. Pero, para emprender una nueva discusión sobre el tema, era necesario ahondar los esfuerzos para determinar qué trabajadores eran los que necesitaban protección en las situaciones que la Comisión del Trabajo en Subcontratación había empezado a identificar; cómo se les podía proteger y cómo se les definiría, teniendo en cuenta la existencia de idiomas y regímenes jurídicos diferentes. Esta cuestión se denominó provisionalmente «protección de los trabajadores» a debido a los términos usados en la redacción de la resolución.

Del «trabajo en régimen de subcontratación» a la «protección de los trabajadores» y la «relación de trabajo»

La Oficina inició un programa de investigación sobre «protección de los trabajadores», que comprendió estudios y reuniones nacionales para determinar cuáles eran los trabajadores que habían captado la atención de la Conferencia por carecer de protección laboral.

Utilizando un enfoque y una metodología comunes, autores nacionales identificaron las características de los siguientes tipos de trabajadores en sus propios países: trabajadores por cuenta propia, dependientes, vinculados a una relación de trabajo bilateral o triangular, y trabajadores por cuenta propia pero económicamente dependientes del proveedor de trabajo. También examinaron la situación de ciertos trabajadores específicos a fin de facilitar las comparaciones entre ellos de un país a otro. Este ejercicio se realizó en el caso de camioneros, trabajadores de construcción, trabajadores textiles, personal de ventas de tiendas por departamento y trabajadores de supermercados e hipermercados. La idea era observar y describir las situaciones de los trabajadores sin atribuirles etiquetas preconcebidas y mal definidas, como la de trabajadores en régimen de subcontratación. Este ejercicio fue muy útil y luego inspiró algunos aspectos del mecanismo de seguimiento de la Recomendación núm. 198. También proporcionó una herramienta útil para la formación de los inspectores del trabajo y para la organización de actividades estratégicas de las inspectorías del trabajo.

Los resultados de esta investigación y de las discusiones técnicas luego se presentaron en una reunión tripartita de expertos, quienes debatieron la cuestión y elaboraron una declaración común. Los expertos concluyeron que las personas que necesitaban protección, y a las que hacía referencia la Conferencia de la OIT, eran, ya sea trabajadores dependientes vinculados al proveedor de trabajo por una relación de trabajo ambigua o encubierta que era difícil de determinar como tal, o trabajadores dependientes que se encontraban en una relación de trabajo triangular confusa. Los expertos confirmaron que el problema central era el alcance de la relación de trabajo, en el sentido que muchos trabajadores dependientes se encontraban legalmente o *de facto* fuera de la protección del derecho laboral. La declaración común de los expertos fue un

importante símbolo de consenso. Con ella, el trabajo de la OIT sobre este problema tomó un nuevo rumbo.

Bajo un nuevo enfoque, la cuestión de la ‘relación de trabajo’ se discutió una vez más en la Conferencia de 2003 y la de 2006.

En 2003, una «discusión general» ofreció la oportunidad de continuar el intercambio de ideas sobre este tema. El debate fue sumamente útil y productivo. Los problemas lingüísticos y conceptuales se superaron en gran medida. Los miembros de la Comisión de la Relación de Trabajo parecían familiarizados y preocupados por los problemas planteados y los consideraban reales y delicados. Luego de negociaciones difíciles, la Comisión adoptó, por unanimidad, algunas importantes Conclusiones,³⁷ que contenían la base para un posible futuro instrumento internacional.

Según estas Conclusiones, la OIT debía facilitar la adopción de una Recomendación e incorporar este punto en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Se pedía a la OIT centrarse en las relaciones de trabajo encubiertas y en la necesidad de contar con mecanismos para garantizar la efectiva protección, en el plano nacional, de las personas que son parte de ese tipo de relaciones. La OIT debía brindar orientación a los Estados, sin forzar una definición universal de la esencia de la relación de trabajo. También debía ser lo suficientemente flexible para tener en cuenta las diferentes realidades nacionales, abordar la dimensión de género y no interferir con los auténticos contratos comerciales y modalidades contractuales con trabajadores independientes. La OIT debía promover la negociación colectiva y el diálogo social como medio para encontrar soluciones al problema en el ámbito nacional y tomar en consideración la evolución reciente de las relaciones de trabajo, así como las Conclusiones. La cuestión de las relaciones de trabajo triangulares no se llegó a resolver en esta ocasión.³⁸

La inspección del trabajo se menciona varias veces en las Conclusiones, según las cuales debería existir un fuerte compromiso político por parte del Estado para velar por el cumplimiento de la ley y apoyar todos los mecanismos que lo faciliten, lo que también involucraba a los interlocutores sociales, cuando correspondiera. Con este propósito, se promovería la cooperación entre los diferentes organismos gubernamentales encargados del control del cumplimiento de la ley, en particular, la inspección del trabajo. Las Conclusiones también recordaban que este fuerte compromiso político estaba implícito en el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) y que era imprescindible que el personal de la administración del trabajo, y en especial, la inspección del trabajo, cuando proceda, recibiese una formación adecuada. Para este fin, la OIT debía mejorar su asistencia a las administraciones nacionales del trabajo y, en particular, a las inspecciones del trabajo.³⁹

El momento de establecer una norma llegó finalmente en 2006, con la adopción de la Recomendación núm. 198. El proyecto de recomendación recibió amplio apoyo de parte de los

³⁷ Véase el Anexo 2, Conclusiones relativas a la relación de trabajo, disponible en

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

³⁸ Anexo 2, Conclusiones relativas a la relación de trabajo, párrafo 25.

³⁹ Anexo 2, Conclusiones relativas a la relación de trabajo, párrafos 10,11,12 y 21.

delegados de los trabajadores y de los gobiernos como una base para las discusiones. Por otra parte, los empleadores consideraban que contenía principios importantes, pero que había ido más allá de la cuestión de las relaciones de trabajo encubiertas. El debate fue un ejercicio muy difícil pero estimulante de diálogo tripartito, durante el cual se adoptaron modificaciones y submodificaciones propuestas por empleadores, trabajadores y gobiernos, lográndose avances importantes, inclusive sobre el delicado asunto de las relaciones de trabajo triangulares. Sin embargo, los empleadores, que desde un principio habían expresado sus reservas, decidieron no apoyar la Recomendación cuando se adoptaron los párrafos sobre criterios, indicios y la presunción de la existencia de una relación de trabajo.⁴⁰

Recomendación núm. 198

Durante la discusión general de 2003, se acordó que una Recomendación podía ser un instrumento apropiado para lidiar con este tema. Los empleadores se oponían firmemente a la idea de un Convenio y varios Estados compartían esta opinión. A diferencia de los convenios, las recomendaciones solo ofrecen orientación. No obstante, la Recomendación núm. 198 pide a los Estados Miembros tomar medidas precisas y, en su calidad de instrumento normativo, implica la obligación de «someterla a las autoridades competentes» y luego informar a la OIT, en virtud del artículo 19 de la Constitución de la OIT.⁴¹

⁴⁰ Véase el *Informe de la Comisión de la Relación de Empleo*, Actas Provisionales 21, párrafo 576; y su presentación, discusión y aprobación en el Plenario, Actas Provisionales 23, 23/17, Conferencia Internacional del Trabajo, 95.ª reunión (Ginebra). Disponible en <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/records.htm>.

⁴¹ Artículo 19 (...) Obligaciones de los Miembros en cuanto a las recomendaciones.

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 compete 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. (Véase la Constitución de la OIT, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>).

