

MÓDULO 5

INSPECCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL



Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2022

Segunda edición 2022

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual, en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción deben formularse las correspondientes solicitudes a la Oficina de Publicaciones (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT

Plan de formación integral para una inspección del trabajo moderna y eficiente en Argentina.

Inspección de la relación laboral.

Buenos Aires; Oficina de país de la OIT para la Argentina, 2022.

ISBN: 9789220367858 (pdf web)

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las avale.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Para más información visite www.ilo.org/buenosaires o escríbanos a biblioteca_bue@ilo.org.

Edición: Damián Grimozzi

Diseño y diagramación: Ingrid Recchia

Impreso en Argentina

¿De qué trata este módulo?

El presente módulo examina algunas de las cuestiones y tendencias referidas a la relación laboral en el mundo del trabajo actual. La relación laboral ha sufrido una serie de transformaciones en las últimas décadas. Como resultado, hoy presenta características inéditas y en muchos casos ambiguas, que los inspectores deben conocer si desean llevar a cabo sus tareas con eficacia. Para esto, ofrecemos aquí un conjunto de herramientas vinculadas a este tema que serán de utilidad en la tarea de inspección.

El módulo presta especial atención a la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006), que tiene como objetivo orientar a los Estados miembros de la OIT sobre la forma de abordar esta temática de manera integral.

Asimismo, se abordan los distintos tipos de relaciones de trabajo incluidas en la legislación argentina.

Objetivos

Al finalizar este módulo, los participantes estarán en condiciones de:

- Explicar el problema de los trabajadores que carecen de protección laboral debido a algunas de las siguientes razones: un ámbito restringido e insuficiente de aplicación de la legislación laboral o de su interpretación; unas relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas; falta de claridad acerca de quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y a quién incumbe la responsabilidad de protegerlos.
- Referirse a la Recomendación núm. 198 y en particular a los ámbitos en los que la inspección del trabajo tiene una función que cumplir y explicar qué tipo de función es.
- Discutir la situación y las tendencias sobre la relación de trabajo en términos generales y la reglamentación nacional correspondiente a la temática.
- Discernir cuál es el verdadero empleador en una relación laboral triangular o tercerizada, ya sea a través de empresas proveedoras de servicios, cooperativas, subcontratistas o cualquiera sea la forma que adopte.
- Entender el funcionamiento de las empresas de servicios eventuales, sus empresas usuarias y su normativa específica en la Argentina.

ÍNDICE

1. FUNDAMENTACIÓN	5
1.1. Estado de la cuestión	5
1.2. Diferentes formas de relación laboral	5
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA OIT	9
2.1. La Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006)	10
2.2. La necesidad de políticas y legislación nacionales	11
2.3. Determinación de la existencia de una relación laboral	15
2.4. Seguimiento, revisión y actualización	22
3. LA FUNCIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL	24
3.1. Un contexto lleno de retos	24
3.2. Principales funciones concernientes a la relación de trabajo	25
3.3. Recursos humanos cualificados	26
3.4. Cooperación y colaboración	27
4. ELEMENTOS DE LA INSPECCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN ARGENTINA	28
4.1. Definición legal de la relación de trabajo	28
4.2. Competencias en la determinación de la relación de trabajo	29
5. LA INSPECCIÓN DE LA TERCERIZACIÓN DE EMPRESAS Y DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL	31
5.1. Tercerización de empresas	31
5.2. Intermediación laboral	34
6. LA INSPECCIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES (ESE)	38
6.1. Marco internacional	39
6.2. Marco nacional	41
6.3. Obligaciones de las empresas de servicios eventuales (ESE)	42
6.4. Obligaciones de las empresas usuarias	47
6.5. Inspección de las ESE y de las empresas usuarias	50

7. LA INSPECCIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO	54
7.1. Marco internacional	54
7.2. Marco nacional	56
7.3. Inspección de las cooperativas	58
8. RESUMEN	60
9. BIBLIOGRAFÍA Y LECTURAS RECOMENDADAS	61
EJERCICIO 1	65
EJERCICIO 2	66
EJERCICIO 3	67
EJERCICIO 4	68
EJERCICIO 5	69
ANEXO I	70
ANEXO II	71
ANEXO III	72
ANEXO IV	74

1. FUNDAMENTACIÓN

1.1. Estado de la cuestión

Durante las últimas décadas se han producido importantes cambios en las modalidades de empleo, tanto a nivel nacional como mundial. En particular se advierte, luego de la debacle de muchas empresas estatales, un rápido crecimiento de la pequeña empresa y el surgimiento de contratistas, subcontratistas y trabajadores independientes (también llamados trabajadores por cuenta propia o autónomos).

Gran cantidad de empleadores subcontratan ciertas funciones que antes realizaban ellos mismos, lo que ha llevado a la proliferación de las cadenas globales de suministro, que aplican sus propios términos y condiciones contractuales a las distintas empresas de la cadena.

Como consecuencia de este fenómeno, dentro de una empresa, junto a los trabajadores dependientes de ese empleador conviven trabajadores dependientes de empresas contratistas y subcontratistas, trabajadores independientes, trabajadores de agencias de empleo temporal (en Argentina, denominadas empresas de servicios eventuales), voluntarios y otras categorías de trabajadores. Algunos de ellos podrían estar prestando servicios bajo un contrato civil o comercial, mientras que otros, en realidad, estarían empleados por un tercero que realiza trabajos o presta servicios a la empresa bajo un contrato comercial. Inclusive podría darse el caso de que el proveedor sea una cooperativa de trabajadores. Esta diversidad en la relación de trabajo es cada vez más común en todos los sectores del empleo.

1.2. Diferentes formas de relación laboral

Frente a esta nueva realidad que se impone en el mundo del trabajo, resulta necesario definir con la mayor precisión posible el concepto de *relación laboral*. Cuando hablamos de relación laboral, nos referimos a una noción jurídica de uso universal con la que se hace alusión al nexo jurídico entre el empleador y el trabajador asalariado y existe cuando este último realiza trabajos o presta servicios para el primero bajo ciertas condiciones a cambio de una remuneración. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se la haya determinado, como se crean **derechos y obligaciones recíprocas** entre el trabajador y el empleador.

En función de esta conceptualización jurídica, la relación laboral ha sido, y continúa siendo, el principal vehículo de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del Derecho del trabajo y la seguridad social, e igualmente es el punto de referencia fundamental para determinar la naturaleza y la extensión de los derechos de los empleadores, como también de sus obligaciones respecto de los trabajadores (OIT, 2005).

Sin embargo, los profundos cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, y especialmente en el mercado de trabajo, han dado lugar a nuevas formas de relaciones laborales que no siempre se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores y a que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo. En 2004, el Director General de la OIT se refirió a esta situación y al desafío que representa de la siguiente manera: “El Estado tiene que desempeñar un papel fundamental, creando un marco constitucional propicio para que, al responder a la evolución de las exigencias de la economía global, se concilie la necesidad de flexibilidad que tienen las empresas con la necesidad de seguridad que tienen los trabajadores” (OIT, 2004).

Las relaciones de trabajo se han ido diversificando, más en algunos países que en otros, y más en ciertos sectores de la actividad económica que en otros. Han pasado a ser mucho más versátiles y, junto a la mano de obra asalariada que trabaja a tiempo completo, los empleadores están recurriendo cada vez más a otras modalidades contractuales con los trabajadores. Muchas personas aceptan contratos de corta duración o convienen en trabajar solo ciertos días por semana debido a la dificultad para conseguir empleo en mejores condiciones. Otros trabajadores consideran que esas opciones son tan adecuadas para ellos como para la empresa. Recurrir a contratos de trabajo de diversos géneros es un recurso legítimo tanto para que las empresas puedan hacer frente a los desafíos que se les plantean como para que puedan atender las necesidades de mayor flexibilidad en el trabajo de ciertos asalariados.

En un primer acercamiento entonces, podemos distinguir distintas formas contractuales dentro del marco de la relación de trabajo en función del **plazo** de duración previsto:

- Contrato fijo, permanente o por tiempo indeterminado, que puede formalizarse por escrito o de otras maneras (en la legislación argentina no se requiere formalización escrita), a través del cual quedan claras para empleador y el trabajador sus respectivas obligaciones y derechos.
- Contrato temporal o por tiempo determinado, en el que las obligaciones y derechos no están tan claras y son menos onerosas que en los contratos fijos. Este puede ser el caso para el trabajo casual o de temporada, como sucede en la construcción o en la agricultura.

Cabe mencionar que todos estos tipos de contrato pueden ser a su vez de tiempo completo o de tiempo parcial de acuerdo a la jornada de trabajo pactada.¹

Situaciones poco claras

El problema se da cuando encontramos otros tipos de contrato de trabajo, de naturaleza ambigua, que en ocasiones pretenden encubrir bajo otras formas contractuales una auténtica relación laboral, con la intención de debilitar los derechos laborales del trabajador y las obligaciones del empleador. Estas relaciones de empleo indeterminadas, ambiguas o encubiertas pueden llevar a condiciones de trabajo precarias. A estas situaciones y a la forma de determinar su existencia nos referiremos con detalle más adelante.

1. En el Módulo 6 “Inspección de las condiciones de trabajo” y en el Módulo 11 “Inspección de las formas atípicas de empleo” (que también complementa el apartado siguiente, “Situaciones poco claras”) precisaremos las diferentes modalidades contractuales previstas por la legislación argentina.

DIVERSIDAD DE LAS RELACIONES DE TRABAJO. SUPERMERCADOS MODERNOS

En un supermercado de tamaño mediano podemos encontrar un buen ejemplo de la diversidad en las relaciones de trabajo. Además de los empleados regulares, el supermercado tiene trabajadores independientes a cargo de las secciones de productos lácteos, verdulería, carnes frescas y pescado; los encargados de reponer los productos en las estanterías, los promotores de productos y los empleados de limpieza y seguridad son contratados por otras compañías; y, del mismo modo, los trabajadores que se ocupan del mantenimiento y reparación de equipos también pertenecen a una empresa contratista especializada. Algunos cajeros podrían ser empleados enviados por una empresa de servicios eventuales y algunos trabajadores a cargo de tareas administrativas trabajan desde sus domicilios y se comunican con la empresa por internet.

Esta diversidad en las relaciones de trabajo está justificada sobre bases de eficiencia y efectividad, pero significa que diferentes condiciones de empleo aplicarán para diferentes grupos de trabajadores dentro de un mismo lugar de trabajo.

La situación de los trabajadores independientes, los trabajadores eventuales y los trabajadores de otras empresas no es en muchos casos tan clara como parece y sus condiciones de trabajo podrían variar considerablemente, aun si trabajan en un mismo local y aparentemente para la misma empresa. En los casos en los que una relación de trabajo esté encubierta, los trabajadores se pueden ver privados de algunos de sus derechos laborales y de la protección social que les corresponde. Por ejemplo, podría haber:

- Situaciones distintas con respecto a la negociación colectiva y a la representación sindical.
- Distintos estándares de SST y de representación a través de delegados o comités de SST.
- Distintas jornadas de trabajo, con distinto valor de las horas extraordinarias y asignación de licencias y permisos.
- Distintas disposiciones sobre seguridad social.
- Distintos grados de solvencia de sus propios empleadores, con consecuencias para la seguridad del empleo.

Una práctica común entre las empresas es contratar trabajadores sin contrato de trabajo, aun cuando estén presentes todos los elementos que, según la ley, caracterizan una relación laboral. Otra práctica frecuente es que los empleados sean considerados como trabajadores independientes, bajo un contrato mercantil o civil, a pesar de que la verdadera naturaleza de la relación jurídica sea de carácter laboral. También es posible que un empleado que esté trabajando para una empresa pertenezca en realidad a la plantilla de otra empresa y no conozca quién es realmente su empleador, cuáles son sus derechos laborales, ni quién responde por ellos.

También asistimos a la proliferación de plataformas virtuales de prestación de servicios de diversa índole –transporte, mensajería, limpieza– que descentralizan completamente su actividad productiva a través de trabajadores teóricamente autónomos que prestan sus servicios a los

clientes de la plataforma, pero cuyas condiciones de prestación de servicios podrían estar encubriendo una auténtica relación laboral.

En todos los casos en que se verifiquen estas irregularidades, los trabajadores carecerán de una adecuada y completa protección laboral, lo cual incluye, por ejemplo, falta de seguridad social para el trabajador. Esto tendrá graves repercusiones, especialmente para los trabajadores migrantes y sus familias. Del otro lado, igualmente esta situación redundará en una baja productividad y competitividad de las empresas y en el aumento del número de accidentes. Por último, afecta negativamente la sostenibilidad del sistema de seguridad social y puede dar lugar a conflictos laborales.

Relaciones de trabajo encubiertas

Según la Recomendación núm. 198 de la OIT (punto 4 b), “[se entiende que] existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”.² Esto puede ocurrir mediante el uso inapropiado de acuerdos civiles o comerciales. Perjudica los intereses de los trabajadores y los empleadores y constituye un abuso contrario al trabajo decente que no se debe tolerar.

El falso empleo independiente, la falsa prestación de servicios, la falsa subcontratación o el establecimiento de pseudocooperativas, son algunos de los medios más frecuentes que se usan para encubrir la relación laboral. Estas prácticas le niegan al trabajador la protección laboral a la que tiene derecho y tienen como uno de sus principales motivos evitar costos que podrían incluir impuestos y contribuciones a la seguridad social.

Relaciones de trabajo triangulares

Consisten en lo siguiente: un actor determinado (una empresa, una agencia, etc.) presta el trabajo o los servicios de un trabajador a un tercer actor, el usuario. Estas modalidades deben ser examinadas con mucho cuidado ya que pueden resultar en una falta de protección que perjudicaría al empleado. El mayor problema consiste en determinar quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por estos derechos. Por consiguiente, es necesario contar con mecanismos para aclarar la relación entre las distintas partes con el fin de asignar las responsabilidades a quienes correspondan. Desde ya, este tipo de relaciones de trabajo tiene mucha importancia para el sistema de inspección del trabajo.

Una de las modalidades frecuentes de la relación de trabajo triangular es la oferta de trabajo o servicios a través de empresas de servicios eventuales (ESE). En otros casos, se trata de empresas que reclutan a trabajadores para cederlos de forma irregular a una empresa usuaria.

El problema de las relaciones triangulares ha adquirido mayor importancia por el fenómeno de la subcontratación, y esto ha generado numerosos casos de protección inadecuada de los trabajadores debido a uno o varios de los siguientes factores:

2. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument [Consultado: 26-feb-2022].

- El ámbito de aplicación de la ley, o su interpretación, son demasiado limitados.
- La formulación de la ley es deficiente o ambigua, de modo que no queda claro su ámbito de aplicación.
- La relación de trabajo es encubierta.
- La relación es objetivamente ambigua, lo cual pone en duda si realmente existe o no una relación de trabajo.
- La relación de trabajo efectivamente existe, pero no queda claro quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos.
- Falta de cumplimiento y aplicación de la ley.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA OIT

Como hemos visto en el Módulo 3 y volveremos a considerar en los Módulos 7 y 8, la relación de trabajo es una cuestión fundamental del Derecho laboral. La protección laboral y social del trabajador subordinado depende de la existencia de su relación de trabajo, y del hecho de que se compruebe esta relación y se aclare su condición de trabajador subordinado.

Es así que, desde poco antes de comenzar la década de 1950, se adoptaron varias normas internacionales del trabajo sobre asuntos concernientes a la relación de trabajo,³ entre ellas:

- El Convenio núm. 94 sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) (1949) y la Recomendación núm. 84, que se refieren a los empleados de contratistas de las autoridades públicas, y protegen los derechos relativos a las condiciones de trabajo.
- El Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio (1996) y la Recomendación núm. 184, 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 núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas (1997) y la Recomendación núm. 188, que abordan el problema específico de los trabajadores de agencia.

3. Normativa internacional disponible en <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO> [Consultado: 26-feb-2022].

- La Recomendación núm. 193 sobre la promoción de las cooperativas (2002), que se refiere a la relación de trabajo encubierta que podría darse en este tipo de empresas. En el marco 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 pseudocooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas”.
- La Recomendación núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006), que estudiaremos con todo detalle en los apartados siguientes en tanto es el instrumento internacional más importante de todos.
- La Recomendación núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal (2015), que establece diferentes directrices a efectos de lograr dicha transición, esencial para alcanzar un desarrollo inclusivo y hacer efectivo el trabajo decente para todos.

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

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 en tres ocasiones diferentes la relación de trabajo, bajo títulos diferentes. En 1997 y 1998, se discutió la posible adopción de una norma sobre el trabajo en régimen de subcontratación, sin llegar a un acuerdo. En 2003, tuvo lugar una discusión general sobre el ámbito de la relación de trabajo. Por último, en 2006, se adoptó una nueva norma sobre la relación de trabajo. Esta necesidad de múltiples rondas de debate a lo largo de varios años, algo no común en la Conferencia Internacional del Trabajo, confirma la complejidad del tema y la dificultad de lograr un acuerdo tripartito internacional al respecto (OIT, 2006b, párr. 9-18). Cabe destacar que finalmente la norma adoptó la forma de Recomendación y no de Convenio, por lo que no es susceptible de ratificación por parte de los Estados.

De todos modos, la adopción de la Recomendación núm. 198 dio una nueva dimensión a la cuestión de la relación de trabajo, en tanto confirmó que se trata de una cuestión global y de un problema común compartido por países con culturas y etapas de desarrollo económico distintas. La Recomendación ofrece un planteamiento nuevo y moderno para resolver los problemas mediante la acción en el plano internacional, nacional y empresarial, y proteger así a los trabajadores dependientes de todo el mundo.

La Recomendación aborda tres aspectos generales de la relación de trabajo, que veremos con mayor detalle en los apartados siguientes:

- La necesidad de una política y una legislación nacionales de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.
- La determinación de la existencia de una relación de trabajo.
- El seguimiento, aplicación y asesoramiento.

2.2. La necesidad de políticas y legislación nacionales

Las medidas especiales aisladas son insuficientes para abordar eficazmente el problema de la falta de protección de los trabajadores dependientes vinculados por una relación de trabajo. Es precisa una acción integral enmarcada por una **política nacional**. Las ambigüedades y vacíos pueden llevar a confusión y a interpretaciones legales diferentes, así como a debilidades en la aplicación de la ley. Por eso es vital contar con una política y una legislación nacional clara e integral.

En este sentido, el primer objetivo de la Recomendación núm. 198 es dejar establecido que los Estados miembros deben “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” (punto 1).

El punto 3 de la Recomendación añade la dimensión tripartita al señalar que “la política nacional debería formularse [...] **en consulta** con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

El punto 4 de la Recomendación establece el **contenido** de dicha política, que deberá incluir, por lo menos, medidas tendentes a:

- a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;
- b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales den lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;
- c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
- d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;
- e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;
- f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación laboral;
- g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los

mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.”

Por otro lado, la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo “no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho (punto 8).”

Es importante destacar la **dimensión de género** que debería contener cualquier política nacional sobre la relación laboral. Los datos mundiales confirman la mayor participación de las mujeres en las fuerzas de trabajo, particularmente en la economía informal, donde hay una alta prevalencia de relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas. Es decir que las mujeres trabajadoras predominan en ciertas ocupaciones y sectores en los que la proporción de relaciones de trabajo encubiertas o ambiguas es relativamente alta. Así ocurre, por ejemplo, con el trabajo doméstico, la industria textil y del vestido, el sector de ventas, el trabajo en supermercados, la profesión de enfermería, y los cuidados y trabajos a domicilio. Por otro lado, las exclusiones o restricciones con relación a ciertos derechos en algunas zonas francas industriales claramente afectan de modo desproporcionado a las mujeres. Toda esta variedad de situaciones conlleva la necesidad de tener políticas más claras, una mejor aplicación de la legislación y acuerdos pertinentes en el plano nacional para poder abordar eficazmente la búsqueda de la igualdad de género en la relación laboral. En el plano internacional, el Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración (1951) y el Convenio núm. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958) se aplican claramente a todos los trabajadores; y el Convenio núm. 183 sobre protección de la maternidad (2000) especifica que se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.

Además, la política nacional debe prestar atención particular a algunas **categorías especiales de trabajadores** afectados en mayor grado por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo. Estas categorías incluyen a “los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades” (punto 5 de la Recomendación). Por consiguiente, el gobierno debe identificar los sectores y grupos de trabajadores con niveles elevados de trabajo encubierto y debe adoptar un enfoque estratégico para la aplicación de las normas, que incluya el caso de los trabajadores migrantes y también, bajo este concepto, los que trabajan en países extranjeros.

Asimismo, cabe destacar que Argentina ratificó el Convenio núm. 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Esta norma de 2019, junto a la Recomendación núm. 206 que lo acompaña, son los primeros instrumentos normativos internacionales en abordar específicamente esta problemática y en establecer el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso.

El tema se aborda exhaustivamente en el Módulo 12.

EL SISTEMA KEFALA PARA TRABAJADORES EXTRANJEROS EN PAÍSES ÁRABES

El sistema *Kefala* o “sistema de patrocinio” o “auspicio” es un sistema utilizado para monitorear trabajadores migrantes, principalmente dedicados a la industria de la construcción o tareas domésticas, en países como Líbano, Iraq, Jordania, Kuwait, Omán, Qatar, Arabia Saudita o Emiratos Árabes Unidos. Bajo este sistema, los trabajadores no calificados tienen un patrocinador o auspiciante local, generalmente su empleador, quien es responsable de su visa y estado legal. Esta práctica habilita que los empleadores tengan control absoluto sobre los trabajadores, y que los trabajadores no tengan más opción que permanecer con sus empleadores o regresar a su país de origen. Solamente si los empleadores suscriben “cartas de liberación”, los trabajadores pueden ser contratados por otros empleadores. El sistema ha recibido duras críticas por parte de organizaciones de derechos humanos. Actualmente, algunos países, como Bahrein, han abandonado el sistema y otros están considerando hacerlo (Harroff-Tavel, Nasri, 2013).

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

Muchos países han adoptado leyes nuevas o revisado las existentes para abordar este problema desde perspectivas diferentes y con una variedad de disposiciones. Veamos algunos casos:

ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES SOBRE LA RELACIÓN LABORAL

Chile establece en su Código del Trabajo algunas medidas destinadas a evitar el fraude en la relación laboral: fija una multa para el empleador que simule la contratación de trabajadores a terceros, así como para el que utilice cualquier subterfugio con el fin de disfrazar o alterar su identidad o su patrimonio en busca de eludir obligaciones laborales o previsionales. Dentro del concepto de *subterfugio* incluye cualquier alteración de mala fe realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos. Define claramente el trabajo en régimen de subcontratación, especificando que, si los servicios prestados se limitan solo a la intermediación de trabajadores, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.⁴

Continúa en la página 14.

4. Artículos 183A y 507 del Código del Trabajo y Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3.406/54 de 03.09.2014. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436&idVersion=2021-12-11&idParte=10223550> [Consultado: 26-feb-2022].

Perú ha señalado en su Ley General del Trabajo una serie de disposiciones importantes a este respecto: presume la existencia de un vínculo laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe, salvo prueba en contrario; reconoce la vigencia del principio de *primacía de la realidad*; admite la contratación o subcontratación de obras y servicios; prohíbe la simple provisión de personal; presume que en los casos de intermediación laboral los trabajadores afectados tienen relación de trabajo con la empresa usuaria o principal; regula la actividad de las empresas de servicios temporales; y, de manera expresa, extiende la aplicación de la ley a los miembros de las cooperativas.⁵

España prohíbe en su Estatuto de los Trabajadores la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, salvo que se trate de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Establece una responsabilidad solidaria entre los empresarios cedente y cesionario, en tanto considera a ambos como infractores respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social, sin perjuicio de otras responsabilidades incluso penales. Los trabajadores sometidos a este tráfico prohibido tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria.⁶ Asimismo, en 2006 se aprobó una ley sobre subcontratación en el sector de la construcción que limita los niveles de subcontratación, establece condiciones para las empresas subcontratistas y exige transparencia en la actividad constructora.⁷

Finlandia señala en su legislación laboral la obligación del empleador de informar al trabajador acerca de los principales términos de su contrato. Pero, al mismo tiempo, esto significa que el empleador debe decidir desde el inicio si el trabajador será considerado como trabajador dependiente o como independiente, ya que la obligación solo existe hacia los primeros. El trabajador que no reciba información sobre su condición de empleo y se considere empleado podrá interponer una queja ante la autoridad competente.⁸

En virtud del Código del Trabajo de **Quebec (Canadá)**, cualquier empleador que desee cambiar la condición de un empleado a la de trabajador independiente debe informar a la correspondiente asociación de asalariados, mediante notificación escrita, cuáles son los cambios que desea introducir. Si la asociación no llega a un acuerdo con el empleador sobre las consecuencias del cambio en la condición del trabajador, podrá solicitar la opinión de la Comisión de Relaciones de Trabajo.⁹

5. Artículos V y XI.6 del Título Preliminar y Artículos 35, 55, 58, 60, 61 y 76. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/texto.pdf> [Consultado: 26-feb-2022].
6. Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430> [Consultado: 26-feb-2022].
7. Ley 32/2006 del 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-18205> [Consultado: 26-feb-2022].
8. Ley sobre Contratos de Trabajo de Finlandia, Cap. 2, s. 4. Disponible en: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010055.pdf> [Consultado: 26-feb-2022].
9. Código del Trabajo, s. 20.01, modificado el 21 de junio de 2001. Disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/C-27> [Consultado: 26-feb-2022].

UNIÓN EUROPEA: RESOLUCIÓN SOBRE LA REFORMA DEL DERECHO LABORAL ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI

En 2007, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI.¹⁰ Este sería “un nuevo planteamiento del Derecho laboral que aspire a cubrir a todos los trabajadores, independientemente de su situación contractual” y señala específicamente que “es necesario 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 que promuevan la aplicación de la Recomendación núm. 198 y también se refiere a los Convenios fundamentales y al 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”.

2.3. Determinación de la existencia de una relación laboral

La relación de trabajo puede ser compleja aunque el ambiente de trabajo sea relativamente estable; pero se hace aun más complicada y hasta confusa cuando ese ambiente es cambiante. Por ejemplo, la compra de una compañía por otra, una nueva organización del trabajo o la promoción de contratos civiles o comerciales en lugar de contratos regidos por el Derecho laboral tienen repercusiones en la relación de trabajo. En estas circunstancias, los trabajadores pueden sentirse aislados y hasta verse en dificultades si solicitan a sus empleadores una protección legal adecuada. A muchos trabajadores no les quedará otra opción que aceptar la situación que se les impone.

Así, según el Artículo 12 de 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”, y añade en el Artículo siguiente que “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”.

Indicadores o indicios

La Recomendación núm. 198 contiene una serie de ejemplos de indicadores o indicios, tomados del Derecho comparado, que determinan una relación laboral y que, dada su enorme importancia, ofrecemos aquí en el siguiente cuadro:

10. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES> [Consultado: 26-feb-2022].

INDICADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO SEGÚN EL PÁRRAFO 13 DE LA RECOMENDACIÓN NÚM. 198

1. El trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona.
4. Debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
5. Se realiza dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo.
6. Es de cierta duración y tiene cierta continuidad.
7. Requiere la disponibilidad del trabajador.
8. Implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.
9. Se paga una remuneración periódica al trabajador.
10. Dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador.
11. Incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros.
12. Se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales.
13. La parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo.
14. No existen riesgos financieros para el trabajador.

Por su parte, muchos países han establecido sus propios indicadores o **indicios de laboralidad**, ya sea en una definición formal de la relación de trabajo o a través de criterios jurisprudenciales.

Con frecuencia se considera la existencia de una relación de trabajo cuando una persona trabaja para otra en condiciones de **dependencia o subordinación**, y para el **beneficio de aquella persona a quien está subordinada**. Definir o indicar una condición específica que establezca qué es una relación de trabajo resulta muy útil para distinguir entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente, así como para minimizar o simplificar los conflictos al respecto entre los trabajadores y los empleadores. Algunas autoridades centrales tienen criterios internos fijos para esto.

Sin embargo, las condiciones o los criterios siguen estando relacionados con conceptos abstractos que a su vez deben ser definidos. ¿Qué significa en la práctica trabajar bajo alguien o depender de alguien? ¿Debe ser una dependencia jurídica, económica o ambas? ¿Cuándo y cómo

se puede reconocer esta dependencia? Los jueces han dado respuestas prácticas a este tipo de preguntas, y han especificado una serie de indicios concretos que confirman la existencia de una relación de trabajo. Estos indicios son especialmente útiles para los inspectores del trabajo en su trato con empleadores y trabajadores, sea durante visitas a la empresa u otras instancias de la inspección.

Veamos, al respecto, más ejemplos de otros países que han establecido criterios para determinar si el trabajador es empleado asalariado o independiente, es decir, indicios para hacer patente una determinada relación de trabajo:

IRLANDA: LISTA DE CRITERIOS DEL CÓDIGO DE PRÁCTICAS PARA DETERMINAR LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL EMPLEADO O DEL TRABAJADOR INDEPENDIENTE ¹¹	
EMPLEADOS O ASALARIADOS	TRABAJADORES INDEPENDIENTES O POR CUENTA PROPIA
Por regla general, será considerada <i>empleada o asalariada</i> toda persona que:	Por regla general, será considerado <i>trabajador independiente o por cuenta propia</i> toda persona que:
Se halle bajo el control de otra persona a la que le incumbe dar órdenes acerca de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo un trabajo.	Sea propietaria de su propio negocio.
No esté expuesta a riesgos financieros personales al realizar el trabajo.	Esté expuesta a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad a la pauta en virtud de un contrato.
Aporte solo su trabajo y no suministre materiales para el trabajo que deba realizar.	Aporte el equipo y las máquinas necesarias para realizar 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 su propia cuenta.
Reciba un salario fijo, determinado por hora, semana o mes; trabaje horas fijas o un número determinado de horas por semana o mes.	Ejerza el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo, y determine si debe hacerlo personalmente.

Continúa en la página 18.

11. Fuente: OIT, 2006b.

EMPLEADOS O ASALARIADOS	TRABAJADORES INDEPENDIENTES O POR CUENTA PROPIA
No pueda subcontratar el trabajo. Cuando el trabajo pueda ser objeto de una subcontratación y sea remunerado por la persona que lo haya subcontratado, la relación entre empleador y empleado puede ser transferida sin más.	Tenga toda libertad para contratar más personal, con arreglo a condiciones fijadas por ella misma, para llevar adelante trabajos con cuya realización se haya comprometido.
No asuma la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa.	Asuma la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa.
No tenga la oportunidad de beneficiarse pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos que se le hayan encomendado.	Tenga la oportunidad de beneficiarse pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos que se le hayan encomendado.

SINGAPUR: CRITERIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO¹²

CONTROL

- ¿Quién decide la contratación y despido de los empleados?
- ¿Quién paga las remuneraciones de los empleados y fija las formas de pago?
- ¿Quién determina el proceso de producción, la regulación del tiempo y el método de producción?
- ¿Quién es responsable de la provisión de trabajo?

PROPIEDAD DE LOS FACTORES DE PRODUCCIÓN

- ¿Quién suministra las herramientas y los equipos?
- ¿Quién proporciona el lugar de trabajo y los materiales?

CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

- ¿Realiza el trabajo por cuenta propia o por cuenta del empleador?
- ¿Participa de alguna forma en las ganancias o asume cualquier tipo de riesgo de pérdidas?
- ¿Cómo se calculan sus ganancias y los beneficios derivados?

12. Disponible en: <https://www.mom.gov.sg/employment-practices/contract-of-service/what-is-a-contract-of-service> [Consultado: 26-feb-2022].

Primacía de los hechos o de la realidad

Como complemento de las condiciones e indicios que estamos considerando, la Recomendación núm. 198 reafirma en su Artículo 9 el principio fundamental, común en el Derecho laboral, de la primacía de los hechos o de la realidad. 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 relevante son los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador y no lo que se haya acordado en un contrato o en otro documento si esto contradice la realidad.

El principio de la primacía de los hechos es de vital importancia, puesto que en ocasiones, y según las distintas legislaciones, el trabajador puede tomar un trabajo sin un contrato escrito, o bien con un contrato aparentemente civil o comercial, preparado por el empleador y en algunos casos en un lenguaje poco comprensible para el trabajador. Por consiguiente, para garantizar la protección del trabajador, el operador jurídico que vaya a tomar una decisión acerca de la situación (incluyendo al inspector del trabajo o juez de lo laboral) debe examinar las condiciones **reales** de trabajo para determinar si existe o no una relación de trabajo, esto es, guiarse por el principio de primacía de los hechos.

Sudáfrica, por ejemplo, ha establecido la presunción basada en algunos indicios, en favor de los empleados con ingresos por debajo de un cierto nivel. Y además, el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y del Trabajo ha publicado un Código de Buenas Prácticas para determinar si un trabajador es empleado.¹³

SUDÁFRICA: PRESUNCIÓN DE LA CONDICIÓN DE EMPLEADO

El trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona.

- Su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona.
- Sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona.
- En caso de trabajar para una organización, forma parte de esa organización.
- Ha trabajado para otra persona, en promedio, no menos de 40 horas mensuales en los últimos tres meses.
- Es económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja.
- La otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio.
- Trabaja o presta servicios para una sola persona.

13. Sudáfrica, *Labour Relations Act* (Sección 200A) y *Basic Conditions of Employment Act* (Sección 83A). Disponible en: <http://www.labourguide.co.za/contracts-of-employment-68/753-who-is-an-employee-the-question-addressed-part-2> [Consultado: 26-feb-2022].

Solución de controversias

En muchos países, es una práctica común contratar trabajadores sin que exista una relación formal de trabajo, aun cuando estén presentes todos los elementos característicos de dicha relación de acuerdo con la ley. Cuando se dan estos casos, se puede cuestionar la existencia de una relación de trabajo a través de distintos mecanismos. Por este motivo, el punto 14 de la Recomendación núm. 198 señala 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 instancias de arbitraje a las cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales”. Podemos distinguir, en este sentido, las siguientes vías:

- **Tribunales del trabajo.** La primera vía es la presentación de una queja o demanda 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 la relación laboral entre las partes si hubiese suficientes factores que lo comprueben. Si esto sucede, la empresa tendrá que otorgar al trabajador todos los derechos laborales a los que debería haber accedido durante el período de trabajo.
- **Mecanismos administrativos de solución de conflictos.** Sucede con frecuencia, tanto con los trabajadores dependientes desprotegidos como incluso con los que cuentan con una protección legal, que no siempre tienen un acceso eficiente a los tribunales laborales. Aun en los países con una legislación sólida, los trabajadores tienen que esperar a que su contrato termine antes de poder presentar una demanda contra sus empleadores y no siempre pueden costear el proceso. Por eso los procedimientos administrativos de solución extrajudicial de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje) para determinar la condición de los trabajadores se vuelven servicios importantes que los Estados deben proporcionar. Estos procedimientos pueden tener competencia general o pueden estar limitados a sectores específicos de la economía.
- **Inspección del trabajo.** Sobre el rol específico de la inspección laboral, el punto 15 de la Recomendación establece que “la autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales”, y añade que “las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento”.

El rol de las inspecciones laborales en la determinación de la relación laboral será objeto de análisis en el Apartado 3 de este Módulo 5.

- **Negociación colectiva y diálogo social.** También son mencionados por la Recomendación núm. 198 como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

Información, asesoramiento y formación

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 acerca de cualquier otra que estén considerando. En muchas circunstancias, puede resultar útil saber si existe, o existirá, una relación de trabajo y si, por consiguiente, el trabajador será considerado empleado o trabajador independiente, especialmente en el caso de las empresas pequeñas o las microempresas que en la práctica no tienen acceso al asesoramiento legal.

En este sentido, cabe destacar: la información es la acción mínima que se debe emprender para luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, y consiste en explicar a la población cuáles son los elementos de una relación de trabajo, de cuántas maneras y cómo se la puede encubrir y qué se puede hacer para solucionar esta situación.

HOLANDA: SITIO WEB DEL MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES Y EMPLEO

El sitio web del Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo de Holanda informa a los trabajadores en términos muy concretos acerca de lo que constituye un contrato de trabajo y lo que se puede hacer en caso de un contrato ambiguo:

“Un contrato de trabajo es un acuerdo entre usted y su empleador. También se conoce como empleo asalariado, trabajo remunerado, o puesto remunerado. El contrato de trabajo existe cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- Usted está al servicio de un empleador. El empleador le puede dar órdenes relativas al trabajo.
- Usted recibe una remuneración por su trabajo. El pago por lo general será en dinero, pero también puede ser (una parte) en especie. El pago en especie puede incluir la provisión o el pago de comidas por el empleador, o alojamiento y alimentación. También se pueden contar como remuneración las opciones sobre acciones y las ganancias resultantes.
- Usted mismo debe realizar el trabajo, no puede permitir que otra persona lo realice en su nombre.
- Si la naturaleza de su relación de trabajo no ha sido establecida claramente, podría haber confusión sobre qué se ha acordado exactamente. Podría haber una diferencia de opinión acerca de si en realidad existe un contrato de trabajo y, de ser así, a cuántas horas semanales se aplica. Usted tiene un contrato de trabajo si trabaja para el mismo empleador todas las semanas durante tres meses o al menos veinte horas por mes. Esto significa, por ejemplo, que su empleador debe pagarle el salario mínimo y que no lo podrá despedir sin causa justificada. Si su empleador no está de acuerdo, depende de él probar que usted no tiene un acuerdo de trabajo.”

Todas las personas responsables de la solución de controversias y la aplicación de las leyes y normas nacionales relativas a la relación de trabajo deben tener un conocimiento claro de la materia. Nos referimos, en particular, a jueces, conciliadores, mediadores, árbitros, inspectores del trabajo, y también a los representantes de los empleadores y de los trabajadores. Todos estos actores deben conocer los distintos tipos de relación de trabajo y otros acuerdos contractuales entre el empleador y el empleado, entre el empleador y el trabajador independiente, entre el usuario y el proveedor, y los derechos, obligaciones y responsabilidades de cada parte. Asimismo, 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 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 los distintos aspectos de la relación de trabajo.

Finalmente cabe mencionar que el documento *La Relación de Trabajo: Una guía anotada a la Recomendación núm. 198*¹⁴ (OIT, 2007) ofrece orientación útil acerca de la aplicación práctica de la Recomendación.

2.4. Seguimiento, revisión y actualización

Los cambios continuos en las modalidades de empleo pueden hacer que las buenas políticas sobre la relación laboral tendientes a la protección de los trabajadores dependientes resulten obsoletas e ineficaces si no se las revisa y actualiza regularmente. Y de hecho, en las últimas décadas, los cambios en las modalidades de empleo han sido constantes y en ocasiones drásticos.

Esta problemática también está contemplada por la Recomendación núm. 198, que en los puntos 19 y 20 señala: “los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento. Además, se les deberá consultar con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos”. Es decir, reforzando lo que hemos expuesto en módulos anteriores, se deberá usar un mecanismo tripartito, creado para este fin, o uno ya existente, cuya pata estatal permita mediar y equilibrar pero además tenga la independencia necesaria para realizar objetivamente todos los estudios técnicos que se requieran, y así brindar un adecuado asesoramiento.

En los casos más importantes y complejos de prestación de servicios transnacionales, la Recomendación propone en su punto 22 el establecimiento de mecanismos nacionales específicos para asegurar que se pueda determinar eficazmente la existencia de relaciones de trabajo. También debe prestarse atención al desarrollo de contactos transnacionales y al intercambio de información con otros Estados, como sucede actualmente entre las autoridades laborales de toda la Unión Europea, por ejemplo.

14. Disponible en https://www.fim-musicians.org/wp-content/uploads/guia_198_es.pdf [Consultado: 26-feb-2022].

Información e investigación

La formulación de políticas basadas en evidencias necesita información, estadísticas, datos e investigaciones objetivas y actualizadas. En esta dirección, la Recomendación invita en su punto 21 a los Estados miembros a recopilar “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”. Algunas veces, las investigaciones se han realizado a escala regional, como en la Unión Europea.

INVESTIGACIÓN EUROPEA SOBRE EL TRABAJO NO DECLARADO, 2007

En 2007, la Comisión Europea, formada por los representantes de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, emprendió un estudio para medir el trabajo no declarado de un modo riguroso y comparable en el ámbito de toda la Unión Europea.¹⁵ El estudio examinó la proporción de personas que compraban bienes y servicios no declarados (esto es, que recibían a cambio de dinero prestaciones laborales no consideradas como tales sino como mercancías) y el perfil de los trabajadores que aceptaban trabajar en esas condiciones. Los hallazgos del estudio fueron muy importantes, en especial con respecto a la edad y el género de los trabajadores (62% de la mano de obra no declarada eran varones, dos tercios tenían menos de 40 años de edad y el 50% eran residentes del país). El estudio también encontró que dos de las categorías de trabajadores no declarados con mayor representación eran independientes.

INFORMALIDAD LABORAL EN ARGENTINA, 2013

A partir de la Encuesta Nacional de Protección y Seguridad Social (ENAPROSS)¹⁶ realizada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en 2011, la OIT analizó las características de la informalidad en Argentina, que alcanzaba hacia 2015 a un 42,7% de los trabajadores, de los cuales un 65% eran asalariados informales y un 32,5%, independientes. Dentro de los asalariados informales, cerca del 35% se concentraba en unidades productivas que no tenían ningún trabajador registrado y poco más del 25% de ellos desarrollaba actividades laborales en hogares. Entre los grupos más afectados por la informalidad se destacaban las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de menor nivel educativo, entre quienes las tasas de informalidad superaban el 50% o el 60%. Además, la mayor incidencia del flagelo de la informalidad se da en los sectores de la construcción y el trabajo doméstico, donde las tasas se ubican por encima del 70% (OIT, Bertranou y Casanova, 2015).

15. Disponible en <https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=37887> [Consultado: 22-feb-2022].

16. Más información disponible en: <https://www.trabajo.gob.ar/estadisticas/enapross/index.asp> [Consultado: 13-sep-2021].

La consulta, documentación e investigación nacional debe realizarse de manera apropiada para cada país, teniendo en cuenta los recursos disponibles. No es necesario que se trate de actividades demasiado complejas o costosas, pero sí deben hacer una contribución importante a la mejora y actualización sobre la situación de los trabajadores dependientes desprotegidos, sus problemas y los avances que se estén realizando para protegerlos. Las estadísticas acerca de los trabajadores dependientes y los independientes son muy útiles, aunque las cifras nacionales usualmente no incluyen información sobre las relaciones de trabajo encubiertas, y tampoco sobre los trabajadores independientes que en realidad son económicamente dependientes de uno o más empleadores. Además, la información sobre el cambio frecuente de condición de muchos trabajadores que pasan de ser independientes a ser asalariados y viceversa es insuficiente. En este sentido, la aplicación generalizada de la Recomendación resultaría de gran utilidad.

Finalmente, la información sobre la relación de trabajo triangular, a escala nacional y sectorial, y desglosada por sexo, también es muy importante para la formulación y aplicación de una política nacional, pero es muy rara e insuficiente. Los Estados deberían saber cuántas personas trabajan para empresas contratistas y subcontratistas, incluidas las agencias de empleo privadas, y deberían estar al tanto, no solo de los problemas relativos a la protección de los trabajadores que surgen de este tipo de empleo, sino también de las buenas prácticas existentes.

3. LA FUNCIÓN DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

3.1. Un contexto lleno de retos

En muchos países, tanto la aplicación como el control de la legislación por parte de las inspecciones del trabajo son deficientes. Y esto constituye un problema principalmente para los trabajadores desprotegidos. Con respecto a los motivos, en su Informe de 2003, la OIT señala que “las restricciones presupuestarias afectan en muchos países a 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”.

Y, según venimos estudiando en estos módulos, añade el Informe que “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” (OIT, 2003).

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 control eficaz 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 independiente. Algo similar puede ocurrir con las relaciones triangulares, especialmente si la legislación es vaga o no establece nada al respecto. Con frecuencia, la relación de trabajo está encubierta, no se la detecta; especialmente si la brecha entre la legislación y la realidad es amplia, las sanciones no son lo suficientemente disuasivas y la administración del trabajo, la inspección del trabajo y las instancias judiciales son débiles.

3.2. Principales funciones concernientes a la relación de trabajo

Hemos visto en los módulos anteriores que son tres las funciones principales de la inspección del trabajo. Aquí veremos cómo esas funciones deben ser consideradas en relación al problema específico de la relación de trabajo.

a) Velar por el cumplimiento de la legislación laboral

La misión primaria de cualquier sistema de inspección del trabajo es garantizar el cumplimiento de la legislación laboral, y se entiende por tal el conjunto de la normativa nacional destinada a proteger a los trabajadores.

En cuanto a la relación de trabajo, el punto 15 de la Recomendación núm. 198 establece que “la autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo [...] a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales”, y añade que “las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento”.

De aquí se infiere que los inspectores laborales pueden intervenir basados en el principio de la primacía de los hechos, es decir, la realidad de que la relación de trabajo existe, aun cuando esté encubierta bajo otras formas contractuales. En muchos países la determinación de la relación laboral solo corresponde a los jueces laborales, y los inspectores de trabajo carecen de competencias. Sin embargo, son los inspectores del trabajo los que suelen estar más cerca de los trabajadores, y éstos pueden recurrir a ellos con mayor facilidad. Así, aunque no tengan capacidad de decisión, si los inspectores pueden comprobar la existencia de la relación laboral allí donde estaba encubierta, esta información se convierte en un insumo decisivo para que el juez produzca una declaración de laboralidad. Se ve así la importancia de que los trabajadores y los empleadores tengan la opción de elegir entre varios procedimientos y mecanismos, incluida la inspección del trabajo, para solucionar este tipo de controversias.

PLAN DE LUCHA CONTRA EL EMPLEO IRREGULAR Y EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

Desde su aprobación y puesta en marcha en abril de 2012 y hasta noviembre de 2017, se han producido en este ámbito 782.889 actuaciones inspectoras, que han permitido poner en evidencia 412.930 empleos irregulares, con sus consiguientes efectos positivos en la regularización de las condiciones de trabajo y el pago de cotizaciones.

Especial interés ofrece la anulación en el citado período de 78.766 altas de *empresas ficticias*, es decir, aquéllas que se constituyen con el único objeto de proporcionar fraudulentamente a trabajadores el acceso a prestaciones mediante el pago de cantidades a su costa.

Asimismo, se han puesto en evidencia 4.930 empleos camuflados tras la fórmula del *falso autónomo*, es decir, trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena en empresas, pero que son asimilados a la empresa como trabajadores autónomos, con la consiguiente disminución de los costos laborales para el empleador y la pérdida de derechos laborales para el trabajador.

b) Información, asesoramiento, formación

La información, el asesoramiento y la formación, como vimos en detalle en este módulo, son pilares importantes de una estrategia de control del cumplimiento de la ley y, como también vimos en el Módulo 1, estas tres tareas contribuyen decisivamente a la eficiencia y eficacia de todo el sistema de administración del trabajo. Del mismo modo, las tres tareas forman parte de las obligaciones del inspector del trabajo y cumplen un papel esencial en el apoyo a los actores sociales con respecto a la problemática de la relación del trabajo. En colaboración con otros organismos y a través de los medios de comunicación, se pueden organizar campañas de sensibilización dirigidas a un público más amplio.

c) Aportes a la formulación y revisión de las políticas

Los inspectores deben estar preparados para determinar si existen relaciones de trabajo encubiertas durante sus visitas a fin de alertar a sus superiores sobre dichas prácticas. De este modo contribuyen a la formulación o actualización de la política nacional sobre el tema, o al perfeccionamiento de la legislación, tal y como señala la Recomendación.

3.3. Recursos humanos cualificados

El modo como se sostenga una relación de trabajo, considerando las responsabilidades que conlleva, repercute sistemáticamente en las relaciones laborales en general y en las condiciones

de trabajo en todos sus aspectos (cuya complejidad hemos venido destacando en detalle). Así, una parte fundamental del trabajo de los inspectores es atender a esta problemática, sin importar cuál sea su mandato y qué legislación deban aplicar. Por otra parte, como ya señalamos, estamos en momentos de fuertes cambios en las modalidades de empleo, y en pleno crecimiento de la economía informal y el trabajo no declarado: todos son retos formidables para las inspecciones del trabajo. Por consiguiente, es imprescindible que los inspectores reciban una formación exhaustiva sobre estas cuestiones y sus complejidades, de modo de ser capaces de 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 independiente del dependiente, y deben estar familiarizados con las principales maneras de encubrir la relación 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 -como, por ejemplo, material didáctico, directrices y listas de comprobación- para mejorar las cualificaciones de los inspectores y su capacidad para abordar eficazmente los problemas asociados con las relaciones de trabajo encubiertas o ambiguas.

Una forma de enriquecer la formación de los inspectores es realizar intercambios de experiencias y métodos de trabajo entre países. Para esto, las administraciones del trabajo y las inspecciones del trabajo de cada país pueden crear programas de intercambio destinados a miembros de su personal profesional. Esto sería particularmente útil entre países desarrollados y países en desarrollo.

3.4. Cooperación y colaboración

Por último, es importante que las inspecciones cooperen, según sea necesario, con otros organismos gubernamentales, en especial con las autoridades de la seguridad social y la administración tributaria, a fin de asegurar un enfoque coordinado para promover el cumplimiento de la legislación y las políticas nacionales. En el caso de los trabajadores migrantes, podría ser necesario que los inspectores trabajen con sus colegas de otros países mediante redes de contacto y mecanismos de intercambio de información. Una adecuada colaboración y cooperación nacional e internacional en este ámbito es indispensable.

Es fundamental también la colaboración de todos los actores sociales, pero especialmente la de las organizaciones de trabajadores. En primer lugar, desde ya, están cumpliendo su función de representación de los trabajadores involucrados, pero además pueden también asistir a los inspectores y ser parte de los procedimientos pertinentes, y hacerlo muy bien y con mucho provecho, dado el conocimiento profundo que tienen de la actividad que se está fiscalizando.

COLABORACIÓN DE LOS ACTORES SOCIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Un buen ejemplo de lo que señalamos en el párrafo anterior es la serie de inspecciones que la Dirección de Inspección Federal del MTEySS de Argentina comenzó a realizar durante el año 2017, a partir de denuncias proporcionadas, justamente, por representantes de los trabajadores, en este caso, la Asociación Sindical de Motociclistas, Mensajeros y Servicios.

La denuncia apuntaba a diferentes empresas y emprendimientos que en su mayoría operan a través de portales de venta en internet -principalmente en las áreas de comercio y gastronomía- y realizan las entregas de sus productos a través de cadetes motorizados. Estos trabajadores aparecen como cuentapropistas (fleteros autónomos) o directamente no cuentan con ningún tipo de registración laboral o comercial. Sin embargo, sus labores responden a todas las características del trabajo en relación de dependencia según lo hemos analizado: prestan servicios para el mismo empleador, en un horario determinado y a cambio de una retribución.

Los resultados de la labor indicaron que en las primeras 10 inspecciones se relevaron 37 trabajadores de los cuales el 80% no contaba con su vínculo laboral registrado.

En todos los casos la labor inspectora se realiza conjuntamente con delegados gremiales del Sindicato, cuyo aporte resulta determinante en tanto muchos domicilios son viviendas particulares y departamentos que no hubiesen sido detectados a través de una inspección tradicional.

4. ELEMENTOS DE LA INSPECCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN ARGENTINA

4.1. Definición legal de la relación de trabajo

Como presentamos en el Módulo 3, en nuestro país encontramos la definición de la relación de trabajo en el Artículo 22 de la Ley N° 20.744 denominada Ley de Contrato de Trabajo (LCT),¹⁷

¹⁷. Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, Artículo 22. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

según la cual “habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen”.

Dada su importancia, reiteraremos ahora con cuidado los elementos allí presentados, para entender mejor qué quiere decir la letra de la ley.

- **Dependencia:** la esencia del contrato está en la nota característica de subordinación, una vinculación jurídico-jerárquica que establece quién tiene la facultad de dirigir a otra persona dentro de los límites de un contrato. Se trata de una dependencia en la que podemos distinguir una triple dimensión:
 - **Jurídica:** El trabajador está sujeto al derecho de dirección del empleador: debe cumplir las órdenes o instrucciones que se le impartan.
 - **Económica:** Se identifica con el concepto de trabajo por cuenta ajena. Esto quiere decir que el trabajador realiza actos, ejecuta obras o presta servicios en beneficio o provecho, no de sí mismo, sino de otro: el empleador, quien asume los riesgos del negocio o la empresa.
 - **Técnica:** El trabajador debe ajustarse a los procedimientos y modalidades de ejecución de sus tareas indicadas por el empleador.
- **Voluntariedad:** la doctrina suele referirse al carácter libre de la relación laboral. Esto quiere decir que se realiza en forma voluntaria y no en régimen de esclavitud o servidumbre (Ackerman, 2007).
- **Remuneración:** A cambio de la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, el empleador paga una remuneración periódica al trabajador. Esta remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador.
- **Ajenidad:** Este término significa que los riesgos del negocio le son ajenos al trabajador.

Siempre que exista prestación de trabajo en condiciones de dependencia y voluntariedad a cambio de una remuneración, existirá una relación de trabajo. Y esto, como lo dice nuestra legislación, es indiferente de la modalidad de contratación, así como de la duración de la vinculación laboral.

4.2. Competencias en la determinación de la relación de trabajo

Es en la observación directa de los hechos, modos y formas en las que se relacionan quien trabaja y quien se beneficia con ese trabajo, que el intérprete tendrá los elementos necesarios para determinar si ese vínculo se encuentra abarcado por la protección del Derecho del trabajo. Por lo tanto, siempre y en cada caso es preciso clarificar las condiciones de contratación y esclarecer si existe una relación laboral o no, dado que de esto depende la posibilidad de aplicar o no todas las herramientas de protección del trabajador.

Cabe sin embargo destacar una vez más que la relación de trabajo puede volverse muy compleja y hasta difusa, por lo que es importante contar con indicios concretos que confirmen su existencia. Estos indicios son especialmente útiles para los inspectores del trabajo en sus tratos

con empleadores y trabajadores, sea durante visitas a la empresa o en otros momentos de la tarea de inspección. Y en tal sentido resultan de plena aplicación los indicadores establecidos en la Recomendación núm. 198 que ya mencionamos en el Apartado 2.3.

Como vimos en módulos anteriores, los inspectores cuentan con un amplio set de facultades tendientes a lograr un acabado conocimiento sobre la *realidad* del establecimiento sujeto a inspección y las relaciones que en él se desarrollan. Esto significa que el inspector, una vez verificada la prestación de servicios, no debe dar por concluida su labor investigativa, sino que su deber es indagar las reales circunstancias en las que se brinda esa prestación. Aquí es donde surge la importancia de desplegar todo su conocimiento en la visita de inspección, en la entrevista con los trabajadores y en el análisis de la documentación que se le exhiba y los registros a los que tenga acceso, e interpretarlos a la luz de las directrices e indicios señalados por la Recomendación núm. 198 y el plexo normativo argentino.

Como ya hemos analizado oportunamente en el Módulo 2, las 23 provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que integran la Nación Argentina, constituyen jurisdicciones autónomas que conviven con el sistema federal de alcance nacional. Tanto la autoridad de aplicación nacional como los Estados provinciales realizan tareas de inspección del trabajo enmarcadas en un sistema federal, bajo el principio de cooperación, y en ese marco el ministerio actúa a través de la Secretaría de Trabajo como autoridad central del sistema de inspección (en línea con lo pautado por los Convenios núm. 81 y 129). Por este motivo es al ministerio a quien corresponde garantizar la interpretación coherente de las disposiciones legales en el conjunto del país.

Señalamos esto porque esa *interpretación coherente* incluye el problema que antes mencionábamos: la verificación de una presunta relación laboral, como tarea de la inspección del trabajo. Este es un aspecto jurídico que merece ser considerado con cuidado y claridad: ni el Pacto Federal del Trabajo ratificado por Ley N° 25.212,¹⁸ ni la Ley de Contrato de Trabajo, ni ninguna otra norma nacional lo señalan expresamente, pero la inspección de las condiciones laborales y del cumplimiento de las normas de la seguridad social requieren (por una cuestión de lógica metodológica y jurídica) la previa verificación de la existencia (o no) de la relación laboral. Pensemos: las tres son tareas de la inspección del trabajo: verificar la existencia de la relación laboral, velar por que se cumplan las condiciones laborales que marca la ley y velar por el cumplimiento de las normas de seguridad social. Pero las dos últimas requieren que el inspector realice la primera: verificar la existencia de la relación de trabajo. Sin embargo, ha sido necesaria una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) para dejar claro que esta primera tarea está principalmente en manos de la inspección de trabajo. La CSJN ha sostenido y validado hace ya bastantes años que la atribución de comprobar y sancionar infracciones laborales, entre las que se incluye, claro, la infracción derivada del fraude por ocultamiento de la existencia de la relación de dependencia, implica el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del organismo administrativo que actúa como autoridad de aplicación, es decir, la inspección del trabajo, cuyas decisiones cuentan con la garantía del control posterior del tribunal de justicia, que será quien en última instancia decidirá sobre la legalidad o razonabilidad de lo decidido.¹⁹

18. Boletín Oficial del 06.01.2000. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=61876> [Consultado: 26-feb-2022].

19. S.A. CANTEGRIL INTERNACIONAL, Fallos: 298:714, 716/717C1977C; asimismo: Fallos: 261:36y296:531. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=17188> [Consultado: 26-feb-2021].

En síntesis, si bien la decisión final sobre los casos en los que haya controversia acerca de la existencia o no de una relación de trabajo corresponde al Poder Judicial, la interpretación inicial, que no puede soslayarse, es la que realiza la inspección del trabajo. Sus decisiones al respecto podrán ser revisadas por la justicia solo si la controversia subsiste.

5. LA INSPECCIÓN DE LA TERCERIZACIÓN DE EMPRESAS Y DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

5.1. Tercerización de empresas

En la economía moderna, la estrategia empresarial se ha orientado progresivamente hacia la externalización (también llamada tercerización, subcontratación, descentralización o *outsourcing*). La tercerización responde a la necesidad de las empresas de reaccionar y adaptarse rápidamente ante su propia demanda variable, en especial, de la mano de obra. Como resultado, las empresas tienden a manejar en forma directa solo el núcleo central de su actividad –el corazón–, y gestionan a través de terceros el resto de las actividades, que quedan en manos de contratistas, subcontratistas, trabajadores autónomos, proveedores, etc. Se habla de subcontratación si una empresa (empresa contratista o subcontratista) presta **servicios** o ejecuta **obras o trabajos** para otra empresa (empresa principal). La relación entre ambas se regula a través de un contrato civil o comercial.

En nuestro país no solo esto ocurre sino que tiene un marco legal: la propia Constitución Nacional reconoce en su Artículo 14²⁰ el derecho a contratar libremente y ejercer toda industria lícita. Sin embargo, la subcontratación puede generar algunas consecuencias no deseadas para el mundo del trabajo:

- Debilitamiento de la representación colectiva.
- Diferencias de condiciones laborales entre trabajadores que intervienen en un mismo proceso productivo, particularmente en materia salarial y de seguridad y salud en el trabajo.
- Dificultades para el control del cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social, particularmente cuando no está claro para quién trabajan los trabajadores.

En ese sentido, y precisamente para proteger a los trabajadores frente a posibles incumplimientos laborales y de seguridad social, el Artículo 30 de la LCT dispone que “quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o

20. Constitución Nacional Argentina, Artículo 14. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

subcontraten, cualquiera sea el acto que les dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social”.

Es decir, obliga al empleador que cede su establecimiento o que contrata o subcontrata trabajos o servicios que son para su propia actividad normal y específica a asegurarse de que sus contratistas o subcontratistas se encuentren al día en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones laborales y de seguridad social. Dicho de otro modo, el empleador principal no se hace cargo de esas obligaciones, pero sí de que quienes subcontrata las cumplan. En este sentido, el segundo párrafo del Artículo 30 establece la responsabilidad del empleador principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen sus cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios. Para cumplir con esta responsabilidad, el empleador principal tiene la obligación de exigir a sus cesionarios o subcontratistas:

- Número del Código Único de Identificación Laboral (CUIL).
- Constancia de pago de las remuneraciones de cada uno de los trabajadores.
- Copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social.
- Una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular.
- Una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal no podrá delegarse en terceros y su incumplimiento hará al empleador principal responsable solidariamente (es decir, ambos serán corresponsables) por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que contraten. Insistamos: la obligación es sobre todos los derechos laborales, e incluye su extinción (por los motivos que fueren) y las obligaciones de la seguridad social.

El Artículo 30 se refiere a dos posibles situaciones: (i) la cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a su nombre, y (ii) la contratación y subcontratación, cualquiera sea el acto que le dé origen, de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento dentro o fuera de su ámbito. Por lo tanto, las responsabilidades jurídicas que se derivan de esta norma no abarcan cualquier tipo de contratación o subcontratación sino solo aquéllas referidas a trabajos o servicios correspondientes a la actividad **normal y específica propia del establecimiento**, dentro o fuera de su ámbito.

Esto también es aplicable al régimen de solidaridad establecido en el Artículo 32 de la Ley N° 22.250 de 1980²¹ que regula la actividad de la construcción.

La jurisprudencia²² ha sostenido que, de no mediar una situación de solidaridad o conjunto empresarial, como sí sucede con el ejemplo que en seguida veremos, no se da tampoco el caso de

21. Boletín Oficial del 17.07.1980. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27238/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

22. Autos: “Rodríguez Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A y otro” CSJN. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3930> [Consultado: 26-feb-2022].

que estén siendo transferidas a terceros las responsabilidades respecto de las obligaciones con los trabajadores. Son casos en que una empresa contrata a otra, pero no a su personal.

Ahora bien, la ley también establece un régimen de responsabilidades en los supuestos de existencia de un conjunto económico, es decir, cuando dos o más empresas se encuentran interrelacionadas de modo tal que entre ambas existe un vínculo permanente, y se dan determinados puntos en común que determinan técnicamente la conformación de una misma y única empresa, más allá de encontrarnos con dos o más personas jurídicas distintas.

En este sentido, el Artículo 31 de la LCT declara la solidaridad entre empresas subordinadas o relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente en caso de haber mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria. La finalidad de esta norma es evitar la evasión de responsabilidades por intermedio de acciones fraudulentas de las empresas independientes o con personalidad jurídica propia, que en realidad están ligadas entre sí por las figuras de control. Veamos un ejemplo en el siguiente cuadro:

Actividad normal y específica

“Luna Matías Maximiliano c. Smartphone S.A y Otro s/despido”²³

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

9 de noviembre de 2011

Analiza el caso de un trabajador que se desempeñaba como vendedor de equipos celulares y líneas de teléfono e inició demanda laboral contra la agencia empleadora y contra la empresa proveedora del servicio de telefonía móvil en los términos del Artículo 30 de la LCT a fin de obtener las indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo a las que se consideró con derecho. La justicia estableció que la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil debe responder de forma solidaria en los términos del Artículo 30 de la LCT junto con la agencia empleadora, respecto de las indemnizaciones debidas a un dependiente cuya tarea consistía en la venta de equipos y líneas telefónicas, pues la actividad de la primera no puede ser concebida sin la venta realizada por la empleadora, dado que hace a la normal y específica actividad de la empresa, máxime cuando aquella era quien realizaba la activación de la líneas.

Es importante este supuesto de responsabilidad solidaria porque algunas empresas llegan a desdibujar su gestión mediante la introducción de sociedades o entidades controladas -que responden a una gestión de mando común- con una administración y patrimonio independiente, lo cual las convierte en invulnerables frente a las acciones de los acreedores.

²³. Disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/129772-Fallo-Luna-Matias-Maximiliano-c-Smartphone-SA-y-otro-s-despido> [Consultado: 26-feb-2022].

El fundamento de la solidaridad prevista en el Artículo 31 de la LCT nace del interés común que tienen las empresas que integran un conjunto económico. Y además sería injusto que el trabajador viera frustrado su crédito debido al estado de insolvencia y/o vaciamiento de la empresa en la que figura como empleado cuando el grupo en su conjunto ha sido beneficiado con sus servicios y mediaron maniobras que llevaron a la empresa a su situación de falencia o déficit.

Cabe agregar, siempre considerando la defensa de los derechos de los trabajadores, que si bien el fraude laboral es requisito esencial para que se configure la responsabilidad establecida en el Artículo 31 de la LCT, no hace falta que se pruebe el dolo (esto es, la intención de cometer un ilícito) del empleador o su intención fraudulenta: es suficiente con que la conducta del empresario denote la violación de las normas del Derecho del trabajo para que se inicien acciones legales en términos de la LCT.

5.2. Intermediación laboral

Como venimos viendo, hay que tener un especial cuidado y conocimiento para poder distinguir una verdadera subcontratación de obras o servicios de aquellos otros casos en los que en realidad se produce una intermediación laboral a través de la subcontratación de mano de obra, es decir, cuando en lugar de subcontratar obras o servicios de manera legítima, el empleador utiliza esta figura de forma fraudulenta para reclutar personal sin asumir su rol de empleador. En estos casos, recurre a los servicios de terceras personas o empresas (que no son empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente), que toman o ya tienen trabajadores bajo su dependencia y que los “prestan” para que trabajen para aquel empresario. Se trata de casos de “interposición” de personas o empresas, ya que ese tercero prestador de trabajadores se interpone en la relación material y lógica que debe mediar entre el empleador que recibe el trabajo y el trabajador dependiente que lo aporta. En palabras más sencillas, esta interposición rompe el carácter esencialmente binario y directo que debe existir entre empleador y empleado.

RECLAMOS JUDICIALES POR INTERMEDIACIÓN LABORAL EN ARGENTINA

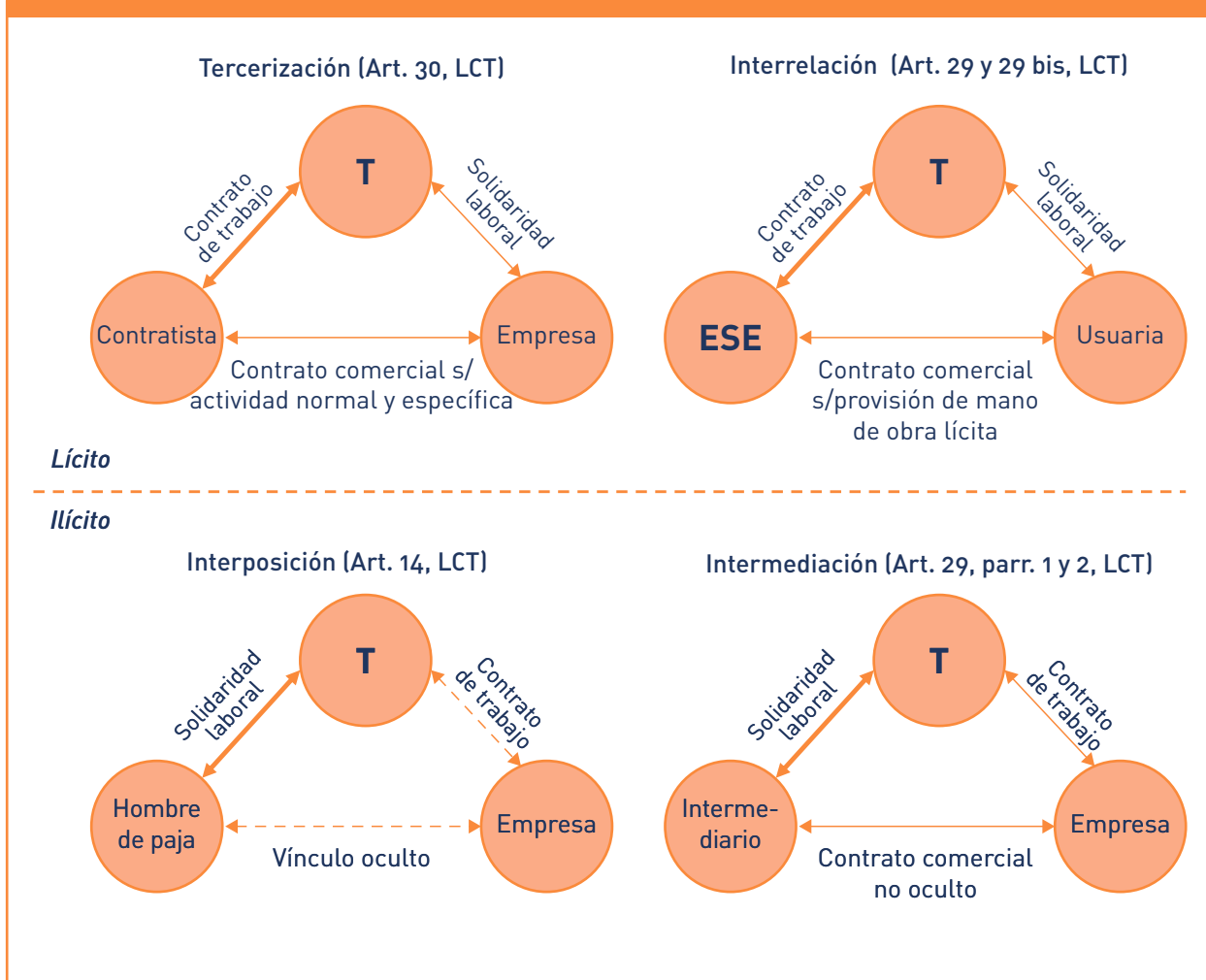
Según estadísticas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, elaboradas en conjunto con la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (AADTySS), durante el período 1995-2002, en el 71,8% de los expedientes tramitados ante la Justicia Nacional del Trabajo donde se cuestionaba la intermediación y/o se invocaba la responsabilidad del Artículo 30 de la LCT, se frustró el reclamo hacia el contratista por cuestiones de solvencia. De ese 71,8%, el 32,9% se vio afectado por el concurso o quiebra del codemandado contratista o subcontratista (Valdovinos, 2008).

En estos casos, la legislación laboral protege al trabajador frente a las maniobras evasivas y las conductas simuladas o fraudulentas de tres formas:

1. Declarando la nulidad del contrato cuando las partes actuaron con simulación y fraude y aplicando la disposición laboral (Artículo 14 de la LCT).

2. Estableciendo la relación de dependencia directa con quien se beneficia o aprovecha del trabajo (Artículo 29 de la LCT).
3. Fijando la solidaridad entre los sujetos que intervienen en el negocio (Artículos 29, 30 y 31 de la LCT).

GRÁFICO Nº 1. LA RELACIÓN DE TRABAJO TRIANGULAR



Fuente: Elaboración propia.

El gráfico muestra las diferentes formas de relación de trabajo triangular existentes en la Argentina y separa aquéllas que están dentro de la ley de aquéllas que están fuera.

Veamos ahora tres aspectos fundamentales de la intermediación laboral y algunos casos de jurisprudencia que nos permitirán comprender mejor estas complejas situaciones:

1. Con el fin de combatir actitudes abusivas de los empleadores en perjuicio del trabajador y maniobras elusivas, el Artículo 14 de la LCT sanciona con la **nulidad** todo contrato celebrado con simulación y fraude, y de este modo torna aplicable la normativa laboral. Con más precisión, declara “la nulidad de todo contrato por el cual las partes hayan procedido

con simulación o fraude laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la regla quedará regida por esta ley”.

El problema es que sí existe habitualmente un contrato, pero no es laboral sino comercial o civil. El trabajador, por falta de información o por otras razones, ha firmado con el empleador un contrato que no es laboral y se halla en realidad a continuación prestando servicios laborales para ese empleador. Aquí entra el principio de **primacía de la realidad**, sobre cuya base se puede evitar que el empleador pueda utilizar estas figuras no laborales, que buscan evadir la aplicación del Derecho del trabajo: prima la verdad de los hechos y la verdadera naturaleza de la relación sobre la apariencia, la forma o lo documentado. Si se demuestra la discordancia entre lo pactado y los hechos ejecutados, lo pactado es nulo, carece de eficacia, y es reemplazado por las normas de orden público laboral que habían sido violadas.

Intermediación laboral. Fletero

“Pellico, José L. c/Logística de Avanzada S.A. s/Despido”

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

24.04.2007

En el caso de este trabajador que se desempeña como fletero para una empresa donde presta servicios, la justicia argentina consideró que medió entre las partes un contrato de trabajo. Según lo que hemos expuesto ya en módulos anteriores, una vez que se demuestra o simplemente se verifica la prestación de servicios por cuenta de un tercero, se presume la existencia de un contrato de trabajo sin que sea necesaria la demostración de la existencia de la relación de dependencia (Artículo 23 de la LCT). Así, se sostuvo que: “Para determinar la naturaleza jurídica del trabajo prestado por los transportistas no basta establecer principios en abstracto sino que en cada caso deben tenerse en cuenta las **concretas modalidades** bajo las cuales se desenvolvía la relación”. Como vemos, el fallo invoca el principio de realidad.

También sucedió así en el caso de una empresa que se valió de la mano de obra de personal ajeno –contratado a una cooperativa– para satisfacer necesidades propias y permanentes para el cumplimiento de su objeto social, mientras formalmente aparentaba una figurada contratación a una empresa prestataria de servicios. Con esta mecánica, ambas empresas vulneraron el esquema legal laboral de contratación del trabajador en forma permanente y por tiempo indeterminado, de modo que fue posible involucrarlas en el ilícito conjuntamente, en los términos de los Artículos 14 y 29 de la LCT. En este caso, se advirtió que la cooperativa solo actuó como una mera intermediaria de mano de obra para prestar servicios en otro establecimiento, lo que constituye el caso más común de fraude (CNAT Fallo Plenario N° 31: “Mancarella, Sebastián y otros c/Viñedos y Bodegas Arizu SA” de 26.06.56).

2. El Artículo 29 de la LCT establece muy explícitamente que “los trabajadores que, habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación”. Por lo tanto, en estos casos de intermediación laboral, se garantiza la relación de dependencia directa del trabajador afectado con el empleador que se beneficia o aprovecha de su trabajo.

Añade ese Artículo, en su último párrafo, la excepción válida de las empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente, y que serán objeto de estudio más adelante.

Intermediación laboral

Autos “Scarafia, Julio Ricardo c/IBM Argentina SA y otro s/Despido”

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

28.03.2011

Si en virtud de un contrato con una empresa de contratación de personal, el actor prestó servicios para otra empresa y lo hizo incorporado a su estructura organizativa, no probándose que ese desempeño obedeciera a una necesidad eventual de dicha firma, es aplicable la regla del Artículo 29, primer párrafo de la LCT, por lo que cabe considerar a la empresa contratante como empleadora del actor, en el marco de un típico contrato de trabajo por tiempo indeterminado (Artículos 14 y 99 LCT). Para el derecho del trabajo, así como para el derecho fiscal, lo que interesa es la realidad, y esta fue que la empresa contratante se benefició con la prestación tanto de la empresa contratista, cuanto del trabajador, razón por la cual funcionó en relación con este último como el empleador, en los términos del Artículo 26 de la LCT.

“Córdoba, Rubén Omar c/Jumbo Retail Argentina SA y otro s/ Despido”

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

16.08.2012

Si el actor efectuó tareas de empaque en forma directa y a favor de Jumbo Retail Argentina S.A., aunque registrado por Servicios Buenos Aires S.A. –quien en apariencia no tenía injerencia en el desenvolvimiento de la relación– y cumplió su labor siempre inserto en la organización empresarial de la primera con el fin de cumplir su objeto social, aquella prestación mediante la interposición de Servicios Buenos Aires S.A., constituyó un fraude a la ley tendiente a ocultar su calidad de real y único empleador desde el ingreso hasta el distracto (conf. Artículo 14 y 29 de la LCT).

3. El Artículo 29 de la LCT establece en su segundo párrafo que en los casos en los que trabajadores hubieran sido contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a las empresas, “y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios **responderán solidariamente** de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social”.

Se trata de los casos que venimos describiendo: un trabajador es contratado por una empresa, pero todas sus labores las realiza para otra empresa. Cuando en términos jurídicos se habla de terceros siempre se está aludiendo a esa empresa intermediaria, porque los *primeros y segundos* son los que integran la relación de trabajo real, el empleador y el trabajador.

En estos casos de intermediación laboral, el tercero intermediario y el empleador que utilice la prestación serán solidariamente responsables por las obligaciones derivadas del contrato, pero el titular de la relación jurídica es el empleador directo (que utiliza la prestación). Ahora bien, este Artículo 29 está explicitando y estableciendo que, frente al trabajador que demandara por los incumplimientos que pudieran existir, ambas empresas deberán responder en solidaridad. Cabe aclarar que éste es un uso técnico jurídico del término *solidaridad*, y solo significa aquí *corresponsabilidad*.

Como bien podemos ya inferir de todo lo que estamos exponiendo, la complejidad que presenta en sí misma la intermediación exige de la inspección del trabajo un rol activo que permita develar la verdadera relación entre el empleador principal y el trabajador a la luz del principio de primacía de la realidad y de los indicios de la relación laboral que antes estudiamos. Con este fin, existen cuestionarios especialmente diseñados para orientar la entrevista que realiza el inspector, y que son de mucha utilidad. En el Anexo I se presenta una de estas herramientas de uso actual por los inspectores del ministerio.

6. LA INSPECCIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES (ESE)

La creciente necesidad de proveer servicios a un mercado de trabajo flexible ha generado en el mundo un incremento notorio de las denominadas agencias de empleo privadas. A partir de la década del 80, estas agencias emergieron y crecieron rápidamente, sobre todo en países en desarrollo, ante la caída de la financiación que hasta entonces se había destinado a los servicios públicos de empleo en el mercado de trabajo tradicional (González Bellini y Sánchez, 2011).

Sin embargo, la figura del suministro de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales (ESE) no ha estado exenta de polémica, ya que quiebra uno de los axiomas básicos

sobre los cuales se han construido las legislaciones laborales: en el contrato de trabajo intervienen única y exclusivamente dos partes (un empleador y un trabajador). En virtud de este axioma, no es admisible bajo ningún concepto la cesión de trabajadores por parte de una empresa ajena a la relación laboral.

A pesar de esto, actualmente se las considera catalizadoras de nuevas formas de servicios de gestión de recursos humanos, e incluso se considera que pueden contribuir a mejorar las condiciones laborales (OIT, 2008).

6.1. Marco internacional

A nivel internacional, esta materia está regulada por el Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, adoptado en 1997²⁴ –no ha sido ratificado por la Argentina– y la Recomendación núm. 188.²⁵

El Artículo 1 del Convenio define *agencia de empleo privada* como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.”

El Convenio tiene como una de sus finalidades “permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones”. Prevé además que los Estados ratificantes, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, puedan:

- Prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas para ciertas categorías de trabajadores o para ciertas ramas de actividad económica.
- Excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del Convenio, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada.

24. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C181 [Consultado: 26-feb-2022].

25. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312526:NO [Consultado: 26-feb-2022].

El Convenio obliga a los Estados a que establezcan, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones para el funcionamiento de las agencias de empleo privadas.

Respecto de los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas, el Convenio establece que los Estados deberán adoptar medidas para garantizar las siguientes condiciones:

- Una protección adecuada en materia de:
 - a) libertad sindical;
 - b) negociación colectiva;
 - c) salarios mínimos;
 - d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;
 - e) prestaciones de seguridad social obligatorias;
 - f) acceso a la formación;
 - g) seguridad y salud en el trabajo;
 - h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
 - i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;
 - j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.
- No ser objeto de discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social, edad, discapacidad o cualquier otra forma de discriminación.
- No quedar obligados a pagar, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa a la agencia.
- Una protección adecuada para que los trabajadores migrantes no sean objeto de abusos. Esto incluye considerar la posibilidad de celebrar acuerdos laborales bilaterales, cuando se trate de trabajadores reclutados en un país para trabajar en otro.

Por último, el Convenio establece que el control de la legislación sobre las agencias de empleo privadas estará a cargo de los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades públicas competentes, y que deben preverse y aplicarse medidas de corrección adecuadas y efectivas, que incluyan sanciones en los casos de infracción.

Cabe mencionar que Argentina ratificó en parte el Convenio anterior –Convenio 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949– y lo reglamentó a través del Decreto N° 489/01. Si bien no tiene aplicación en la práctica dado que el Registro Único de Agencias de Colocación no fue puesto en funcionamiento, resulta relevante a los fines de la inspección laboral, ya que sí está vigente para las agencias –en Argentina conocidas como “consultoras de búsqueda y selección”– la **prohibición de percibir por sus servicios pagos de parte de los trabajadores** (esto solo podrían hacerlo las agencias debidamente inscriptas y cumpliendo determinadas obligaciones).

6.2. Marco nacional

En la Argentina, las empresas de servicios eventuales (ESE) son las únicas empleadoras habilitadas para la provisión de personal a empresas. Su actuación está controlada por los Artículos 29 y 29 bis de la LCT, los Artículos 78 a 80 de la Ley N° 24.013 de 1991,²⁶ el Decreto N° 1.694/2006²⁷ y la Resolución MTEySS N° 1.225/2007.²⁸ Además, su habilitación está férreamente reglamentada.

Este marco normativo establece que solo pueden constituirse como intermediarias aquellas personas jurídicas constituidas con ese objeto social único, y solo podrán mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual. Con toda especificidad, el Artículo 2 del Decreto N° 1.694/2006 considera ESE a “la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas -en adelante empresas usuarias- a personal industrial, administrativo, técnico, comercial o profesional, para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato”.

Se trata de empresas que tienen por objeto cubrir necesidades de personal de otras empresas por un tiempo determinado. La relación que se origina entre ambas empresas es una relación comercial, mientras que la relación que se origina entre el trabajador y la ESE es una relación laboral de dependencia.

Asimismo está expresamente prohibida su actuación en el régimen de trabajo agrario por el Artículo 15 de la Ley 26.727,²⁹ y el ejercicio de su actividad está vedado también para las cooperativas de trabajo por el Artículo 40 de la Ley 25.877.³⁰

Tipos de eventualidades

En todo el Decreto, el eje es el concepto de **eventualidad** y se opone a permanencia. Se trata siempre de evitar las situaciones de fraude laboral que venimos describiendo hasta aquí, y a la vez habilitar la existencia legal de estas empresas de servicios eventuales. Así, por un lado, ha sido preciso establecer un criterio de proporcionalidad y justificación en la cantidad de personal eventual respecto del personal permanente de la empresa usuaria (Artículo 7) y, por otro, fue

26. Boletín Oficial del 17.12.1991. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

27. Boletín Oficial del 26.11.2006. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122396/norma.htm> [Consultado: 8-jun-2017].

28. Boletín Oficial del 27.10.2007. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/130000-134999/133868/norma.htm> [Consultado: 8-jun-2017].

29. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=192152> [Consultado: 26-feb-2022].

30. Boletín Oficial del 19/03/2004. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

preciso introducir y especificar las causas exclusivas y excluyentes de contratación de personal por parte de las empresas usuarias a través de las empresas habilitadas de servicios eventuales [Artículo 6 del Decreto N° 1.694/2006]. Solo se puede contratar personal eventual a estas empresas en estos casos:

- a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, y durante ese período.
- b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo.
- c) Cuando haya un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores.
- d) Cuando la empresa usuaria deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones.
- e) Cuando se requiera la ejecución de un trabajo de forma inaplazable, ya sea porque es urgente, por medidas de seguridad, para prevenir accidentes, o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, y siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria.
- f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas a la actividad normal y habitual de la empresa usuaria.

Fuera de estas situaciones, la empresa usuaria será responsable de la conversión del contrato de trabajo en uno por tiempo indeterminado. Al mismo tiempo, el trabajador o la entidad sindical representativa pueden accionar para reclamar la correcta registración y, eventualmente, la aplicación de la normativa persecutoria de la irregularidad registral (Artículos 7 a 17 de la Ley N° 24.013 y Artículo 1 de la Ley N° 25.323).³¹

6.3. Obligaciones de las empresas de servicios eventuales (ESE)

1. Habilitación administrativa

Las ESE deberán gestionar su habilitación e inscripción en el Registro de Empresas de Servicios Eventuales ante el ministerio, que es la autoridad exclusiva y excluyente para su habilitación y cancelación. Al tratarse de una actividad que funciona como una excepción a la regla, se impone una **serie de requisitos** a fin de garantizar la solvencia económica de estas empresas, así como

31. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64555/norma.htm> [Consultado: 26-feb-2022]. Un ejemplo de jurisprudencia sobre este tipo de situación: la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estableció, en Acuerdo Plenario N° 323 por el caso “Vázquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro” de fecha 30/06/2010, que, aun cuando la agencia intermediaria hubiera cumplido con la registración de la relación, la usuaria empleadora (que no la habría registrado) debía ser responsabilizada en los términos del Art. 8 de la Ley N° 24.013, como si la relación hubiera sido totalmente clandestina.

el cumplimiento de obligaciones impositivas, laborales y de seguridad social, tal como lo señala el Artículo 14 del Decreto N° 1.694/2006:

- a) Tener como mínimo un capital social inicial equivalente a 100 sueldos básicos mensuales del personal administrativo, categoría A, del Convenio Colectivo de Trabajo N° 130/75, para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.
- b) Presentar los documentos constitutivos de la sociedad y de la designación de administradores, directores, gerentes o responsables legales según el tipo societario de que se trate.
- c) Declarar las áreas geográficas dentro de las que se prestará el servicio a las empresas usuarias.
- d) Denunciar el domicilio de la sede central, locales, oficinas y sucursales.
- e) Acreditar las inscripciones impositivas y de la seguridad social.
- f) Acreditar la contratación del seguro de vida obligatorio.
- g) Constituir las garantías a las que se refiere el Artículo 78 de la Ley N° 24.013, a saber:
 - Garantía Principal:** Depósito en caución de dinero en efectivo, valores o títulos públicos nacionales, equivalente a 100 sueldos básicos mensuales del personal administrativo, categoría A del CCT 130/75 para empleados de comercio;
 - Garantía Accesorio:** Triple de la garantía principal constituida a través de dinero en efectivo o títulos públicos; aval bancario o póliza de seguro de caución; o constitución de un derecho real de hipoteca.
- h) Constituir domicilio en la sede de su administración que será cabeza respecto de los trabajadores, las empresas usuarias, la autoridad de aplicación y demás organismos fiscales y de la seguridad social.

Cualquier cambio o modificación de los precitados requisitos, así como también la apertura de nuevos locales, oficinas, agencias o sucursales, deberá ser comunicado a la autoridad de aplicación con una antelación de 10 días hábiles respecto de su realización.

Como bien puede verse, cualquier empresa fantasma o fraudulenta sería incapaz de cumplir todos estos requisitos. Además, son requisitos básicos que garantizan una solvencia acorde a la que se necesita para tener empleados en relación laboral de dependencia, con lo cual la transferencia ilegal o fraudulenta de este vínculo hacia la empresa usuaria se ve fuertemente desalentada.

A su vez, con el objeto de mantener la correlación entre los aumentos salariales y las garantías que la ESE debe cubrir, se requiere **actualizar anualmente** los datos de quienes son responsables por estas empresas. El Artículo 16 del Decreto N° 1.694/2006 especifica que, antes del 31 de marzo de cada año, la ESE debe presentar una declaración jurada certificada por contador público nacional con firma legalizada por el consejo profesional de ciencias económicas que corresponda. En dicha declaración deberá actualizar los datos consignados para su habilitación y registro, y hacer constar el total de las remuneraciones brutas abonadas a sus dependientes

durante el año anterior, cantidad real de trabajadores ocupados en ese período, y detallar el cálculo de actualización de garantías. Juntamente con la declaración jurada, deberá acreditarse la constitución de las garantías a valores actualizados acordes a esa declaración.

Las ESE deben presentar también ante el ministerio **un resumen bimestral de su actividad** (Artículo 9 del Decreto N° 1.694/2006) en el que conste el detalle de la nómina completa de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual, y los siguientes datos:

- a) Número de CUIL del trabajador.
- b) Datos de la empresa usuaria en la que presta o prestó tareas: número de Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) y lugar de prestación de servicios.
- c) Fecha en que el trabajador eventual comenzó su prestación de servicios en la empresa usuaria.
- d) Calificación profesional y remuneración del trabajador.
- e) La incorporación del trabajador, en caso de haber ocurrido al momento de cese de las tareas asignadas, como trabajador por tiempo indeterminado de la empresa usuaria.

Cancelación de la habilitación

Como dijimos anteriormente, la Dirección de Inspección Federal es el organismo nacional que otorga la habilitación a las ESE y también, cuando corresponda, el que decide la cancelación de esa habilitación. Esto puede ocurrir exclusivamente ante dos supuestos:

- falta de garantías suficientes y,
- como sanción por cobrarles a los trabajadores alguna suma por su inscripción o contratación, o practicarles a éstos por tales hechos otros descuentos que no sean los autorizados por ley o convenio.

Es importante recordar que se trata de empresas de objeto social único, esto es, que se pueden dedicar solo a aquello para lo que fueron creadas. Por eso, en caso de cancelación, les queda **vedado** el ejercicio de dicho objeto. Si de todos modos continúan operando, serán clausuradas.³²

A su vez, si se cancela la autorización para funcionar de una ESE, el Artículo 22 del Decreto N° 1.694/2006, señala que también se extinguen de pleno derecho:

- los contratos de trabajo que la misma hubiera celebrado para prestar servicios bajo la modalidad de trabajo eventual: en este caso, la ESE deberá abonar a los trabajadores involucrados las indemnizaciones que correspondan por despido injustificado y falta de preaviso;

32. Conforme Artículo 163 inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley N° 26.994 (Boletín Oficial del 08.10.2004). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

- los contratos de trabajo permanentes y continuos, que podrán continuar su ejecución solo por el tiempo necesario para la conclusión de las operaciones pendientes.

Y esto es así porque, recordemos nuevamente, la empresa que sostiene y establece la relación laboral es la ESE.

Como mencionamos más arriba, desde su habilitación la ESE debe mantener las garantías principal y accesoria. La disminución de alguna de ellas o de ambas por cualquier causa (por ejemplo, un embargo judicial) o la falta de ajuste al 31 de marzo de cada año (garantía actualizada, de acuerdo con el Artículo 16 del Decreto N° 1.694/2006), previa intimación por 10 días de la autoridad de aplicación, son sancionadas con la pérdida de la habilitación administrativa, la cancelación de la inscripción en el Registro Oficial y la clausura en caso de que continúe con la actividad.

2. Relaciones laborales en las ESE

Las ESE pueden sostener dos clases de relaciones laborales:

- a) Con el personal interno mantiene **un contrato de trabajo permanente continuo**.
- b) Con el personal destinado a prestar servicios eventuales para las empresas usuarias mantiene **un contrato de trabajo permanente discontinuo**.

El primer tipo posee todas las características de una relación de trabajo tradicional en la que el trabajador se desempeña exclusivamente para su empleador y desarrolla tareas propias de su actividad.

En cambio, en el segundo tipo, la naturaleza misma de la relación contempla períodos en los cuales la ESE suspende las asignaciones de prestación de servicios del trabajador bajo la modalidad eventual en las empresas usuarias. Para esto se debe determinar un doble límite temporal (de inicio y de finalización) de esa suspensión en los 45 días corridos o los 90 días, alternados en 1 año aniversario.

Los períodos de inactividad laboral surgen de la imposibilidad de la ESE de asignar al trabajador un empleo acorde con su categoría y especialidad. Durante esos períodos, cesa el deber de ocupación de la ESE y el trabajador no percibe remuneración. En caso de que dichos plazos de interrupción se vean excedidos, renacen dichos derechos del trabajador, aunque la empresa no tenga ocupación efectiva para darle.

El nuevo destino que la ESE otorgue al trabajador deberá ser notificado de manera fehaciente, y podrá comprender otra actividad o convenio colectivo sin que por esto se vean disminuidos los derechos correspondientes del trabajador. Sin embargo, la reglamentación limita las posibilidades de variación en las condiciones de trabajo de esta manera:

- a) El nuevo destino de trabajo que otorgue la ESE podrá modificar el régimen horario, pero el trabajador no estará obligado a aceptar un trabajo nocturno o insalubre, o a tiempo total o parcial cuando no lo haya aceptado anteriormente.
- b) El lugar de prestación de tareas deberá estar comprendido dentro de un radio de 30 kilómetros respecto del domicilio del trabajador.

Es decir que, como señalábamos, a pesar de que el trabajador presta servicios en diversas empresas y cambia de lugar de trabajo, sigue siendo la ESE el titular directo de la relación laboral. La empresa usuaria -beneficiaria de la prestación- es una especie de cuasi empleador: conserva las facultades y poderes del empleador, no forma parte de la relación jurídica laboral, y sí adquiere el carácter de deudor solidario con la ESE.

3. Registro de los trabajadores en los libros de la ESE

Como veremos más adelante, un mecanismo de resguardo del trabajador dependiente de una ESE es la obligación legal de un doble registro, no solo en los libros laborales del empleador (ESE) sino en los de la empresa usuaria.

Con respecto a los datos que la ESE debe volcar en su libro especial de sueldos y jornales (previsto en el Artículo 52 de la Ley N° 20.744), el Artículo 13 del Decreto N° 1.694/2006 fija los siguientes:

- a) Individualización del trabajador que preste servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual.
- b) Categoría profesional y tarea a desarrollar.
- c) Fecha de ingreso y egreso en cada destino.
- d) Remuneración.
- e) Nombre, denominación o razón social, número de CUIT y domicilio de las empresas usuarias donde fuera destinado el trabajador.

4. Salarios, condiciones de trabajo y relaciones colectivas

Los trabajadores eventuales de ESE deben ser encuadrados dentro del convenio colectivo que rige en la empresa usuaria donde prestan servicios. Por lo tanto, los montos que en concepto de sueldos y jornales paguen las ESE a los trabajadores eventuales no podrán ser inferiores a los que les correspondan por la convención colectiva de la actividad o categoría en la que efectivamente presten el servicio contratado y a los efectivamente abonados en la empresa usuaria, en relación a la jornada legal total o parcial desempeñada. Y también son igualmente válidos para el trabajador dependiente de una ESE todos los derechos de que gozan los trabajadores dependientes de la usuaria a la que han sido asignados. Esto comprende no solo la equiparación remuneratoria sin las restantes condiciones laborales (jornada, salud y seguridad en el trabajo, etc.).

En cuanto a la representación sindical, le corresponde al trabajador de una ESE aquella entidad sindical que tiene actuación en la empresa de destino (Artículo 29 bis de la LCT). Esta disposición busca evitar hechos discriminatorios entre trabajadores permanentes y eventuales, y así desalentar una imaginable especulación con los costos laborales inferiores que pudiera significar

un enmarque convencional distinto. Pero no resuelve, naturalmente, los perjuicios que se derivan de los sucesivos cambios de convenio y de representación sindical (Arese, 2008). Las propias características de este tipo de vínculos evidencian que los trabajadores eventuales padecen de cierta inestabilidad sindical. La movilidad en el destino laboral conspira contra la posibilidad de la representación y participación sindical de los trabajadores eventuales (2008).

5. Aportes y contribuciones a la seguridad social

Teniendo en cuenta que la titularidad de la relación siempre se encuentra en cabeza de las ESE, serán éstas las que abonen en forma directa a los sindicatos que corresponda las cuotas sindicales, los aportes empresariales y las retenciones a los trabajadores que resulten del convenio colectivo de trabajo que se aplique a la actividad de la empresa usuaria (Artículo 12, Decreto 1.694/2006).

6.4. Obligaciones de las empresas usuarias

A continuación, abordaremos los temas referentes a las obligaciones específicas que la legislación impone a las empresas usuarias y que definen el alcance y la especificidad de la inspección del trabajo sobre este colectivo.

1. Contratar con ESE habilitadas

Dado que la usuaria solo debe contratar con ESE habilitadas por la autoridad de aplicación, el ministerio publica periódicamente en su sitio web un listado de empresas de servicios eventuales habilitadas.³³ Allí, además de la nómina, se encuentra disponible para su descarga e impresión el denominado *diploma* en el que constan los datos más importantes de esa habilitación. Así se da cumplimiento al requisito establecido en el Artículo 14 de la Resolución MTEySS N° 1.225/2007.

Ante la eventualidad de que sea imposible acceder a la página web, bastará con que el día de la contratación una de las dos empresas (usuaria o ESE) lo solicite formalmente al ministerio a través de la oficina de la jurisdicción, la cual deberá expedirse en el término de 5 días hábiles.

33. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/fiscalizacion/diplomas> [Consultado: 26-feb-2022].

MODELO DE CONSTANCIA O DIPLOMA DE HABILITACIÓN DE EMPRESA DE SERVICIOS EVENTUALES³⁴

“2018. Año del Centenario de la Reforma Universitaria.”


*Ministerio de Trabajo,
Empleo y Seguridad Social*



HABILITACIÓN N° 1305

BUENOS AIRES, 22 de junio de 2018

LA EMPRESA DE SERVICIOS EVENTUALES:

CONSULTORES SA

HA CUMPLIDO TODOS LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL
DECRETO 1694/06 POR LO QUE SE EXTIENDE LA PRESENTE
AUTORIZACIÓN PARA SU FUNCIONAMIENTO EN EL AREA
GEOGRAFICA COMPRENDIDA POR LA JURISDICCIÓN DE LA CIUDAD
AUTONOMA DE BUENOS AIRES Y LA ZONA SUR DEL CONURBANO
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES


CPN ERICIO A. SANCHEZ
Director de Inspección Federal
MT, E y SS

2. Registro de los trabajadores provistos por ESE en el libro de sueldos

El Artículo 13 del Decreto reglamentario fija los datos que la empresa usuaria debe volcar en el libro de sueldos (establecido por el Artículo 52 de la Ley N° 20.744):

- a) Individualización del trabajador que preste servicios a través de una empresa de servicios eventuales.
- b) Categoría profesional y tareas a desarrollar.
- c) Fecha de ingreso y egreso.
- d) Remuneración denunciada por la empresa de servicios eventuales o el importe total de la facturación.

34. Disponible en el mismo sitio web de la nota inmediata anterior [Consultado: 26-feb-2022].

- e) Nombre, denominación o razón social, número de CUIT, número de habilitación y domicilio de la empresa de servicios eventuales a través de la cual fue contratado el trabajador.

Esta prescripción debe aplicarse al libro de sueldos en todos los tipos de soporte: manual, hojas móviles o microfichas.

Lo importante de este requisito para las empresas usuarias es que genera un **doblo registro** (uno por parte de la ESE, otro por parte de la usuaria) que se convierte en una herramienta de suma utilidad para la inspección del trabajo: al momento de determinar en una visita si las personas que se encuentran trabajando en un establecimiento e invocan ser dependientes de una ESE efectivamente lo son, el inspector podrá comprobarlo con esta documentación de la usuaria, en la que estos trabajadores deberían estar registrados.

E insistimos en este punto ya mencionado: el hecho de que estos trabajadores aparezcan en ese registro laboral de la usuaria no modifica la titularidad de la relación laboral, que seguirá en cabeza de la ESE.

Por otro lado, el Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales establecido como Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la Ley N° 25.212, considera la falta de registración de los trabajadores provistos por ESE en el libro de sueldos de la usuaria como una infracción grave (Artículo 3, inciso a) y conlleva la aplicación de una multa que va del treinta por ciento (30%) al doscientos por ciento (200%) del valor mensual del sueldo mínimo, vital y móvil (SMVM) por cada trabajador afectado a la infracción (Artículo 5).

Es importante mencionar una particular forma de cometer esta infracción: durante muchas inspecciones realizadas se han observado casos en que las usuarias prolijamente archivaban entre las hojas rubricadas del libro de sueldos los resúmenes de personal provistos por las ESE, pero sin hacerlos parte del libro mediante su inclusión en las hojas rubricadas. Sin embargo, la infracción existe y debe ser sancionada como acabamos de indicar.

3. Aportes y contribuciones a la seguridad social

Aquí las responsabilidades están repartidas. Las empresas usuarias que ocupen trabajadores a través de ESE tendrán a su cargo las obligaciones correspondientes a los regímenes de la seguridad social (Artículo 29 bis de la Ley N° 20.744 y Artículo 11 del Decreto N° 1.694/2006), es decir, las contribuciones patronales con destino al Sistema Único de la Seguridad Social. En cambio, las obligaciones de aportes correspondientes al Régimen de Asignaciones Familiares corren por cuenta de las ESE, así como las cuotas sindicales, los aportes empresariales y las retenciones a los trabajadores que resulten del convenio colectivo de trabajo. Conviene aclarar este último ítem: el convenio colectivo es aplicable a la actividad de la empresa usuaria, pero es abonado en forma directa por la ESE.

4. Salarios y condiciones de trabajo

Aunque la obligación del pago de los salarios corresponde a la ESE, la empresa usuaria resulta fundamental e irremplazable al momento de informar cuáles son y cómo se calculan cada uno de los ítems que conforman los haberes que efectivamente abona a su personal.

Es importante en este sentido, nuevamente, que el inspector del trabajo tenga presente, tanto en el momento de la visita como en las otras instancias de la inspección, que la empresa usuaria es responsable solidaria con la ESE por todas las obligaciones laborales (de acuerdo con el Artículo 29 bis de la Ley N° 20.744).

6.5. Inspección de las ESE y de las empresas usuarias

La inspección de todo lo referido a la calidad y condiciones de trabajo de los trabajadores vinculados por contrato permanente discontinuo, según lo reglamentado en la norma, será ejercida por la autoridad nacional.

La autoridad de aplicación es la Dirección de Inspección Federal,³⁵ que con la colaboración de las Agencias Territoriales del ministerio ejerce el contralor de la actividad en todo el territorio nacional.

Cuando la empresa usuaria o la ESE, según corresponda, no acrediten que la prestación de servicios eventuales se ajusta a los límites establecidos en la normativa que acabamos de exponer, le corresponde al servicio de inspección del trabajo efectuar los emplazamientos e intimaciones pertinentes, la imputación del incumplimiento que se constate y, si es preciso, iniciar el procedimiento sancionador.

La normativa que acabamos de estudiar faculta a la autoridad laboral a intervenir en lo referente a:

- Inscripción, registración y habilitación de las ESE.
- Baja y cancelación de la habilitación para actuar como ESE.
- Verificación y control de las obligaciones establecidas para las ESE y para las empresas usuarias.
- Fiscalización de las empresas que pretenden actuar como ESE sin contar con la habilitación pertinente y de sus correspondientes empresas clientes (intermediación laboral fraudulenta).

En cuanto a las infracciones a los límites que se fijan en los convenios colectivos de trabajo, en tanto se refieran a un exceso en la extensión temporal, se imputará solidariamente a la empresa usuaria y a la ESE. Y cuando se verifique una desproporción irrazonable e injustificada de trabajadores eventuales respecto de la cantidad de trabajadores permanentes de la empresa usuaria, se imputará como infractor a quien corresponda.

Para tener en cuenta y estar preparados acerca de qué podemos encontrar durante la inspección, veamos ahora algunas de las infracciones que han sido detectadas con mayor frecuencia en Argentina:

35. Resolución MTEySS N° 1225/07 artículo 1 Boletín Oficial del 26/10/2007. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/130000-134999/133868/norma.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

1. Infracciones en materia **salarial**:

- Los trabajadores eventuales solo perciben el salario que fija el convenio colectivo de actividad o categoría, mientras que los trabajadores propios perciben adicionales salariales (ligados, por ejemplo, con la puntualidad, el presentismo, la productividad, la especialidad, etc.), con lo cual se generan diferencias sustanciales entre los salarios brutos que perciben unos y otros.
- En varios casos se ha observado que al personal eventual se le aplica un convenio colectivo cuyas remuneraciones son inferiores a las del convenio que aplica la usuaria a su personal.
- Otra clase de discriminación ocurre cuando a los empleados propios de la empresa se les calcula el valor de las horas extras aplicando un divisor menor que el usado en el cálculo pertinente a los eventuales.

Cómo constatar estas infracciones: todas estas diferencias surgen ante el simple cotejo de los recibos de haberes de trabajadores que posean las mismas características (categoría, fecha de ingreso, lugar de trabajo), que hayan trabajado en un período determinado igual, pero que responda cada uno a un distinto empleador (la usuaria o la ESE).

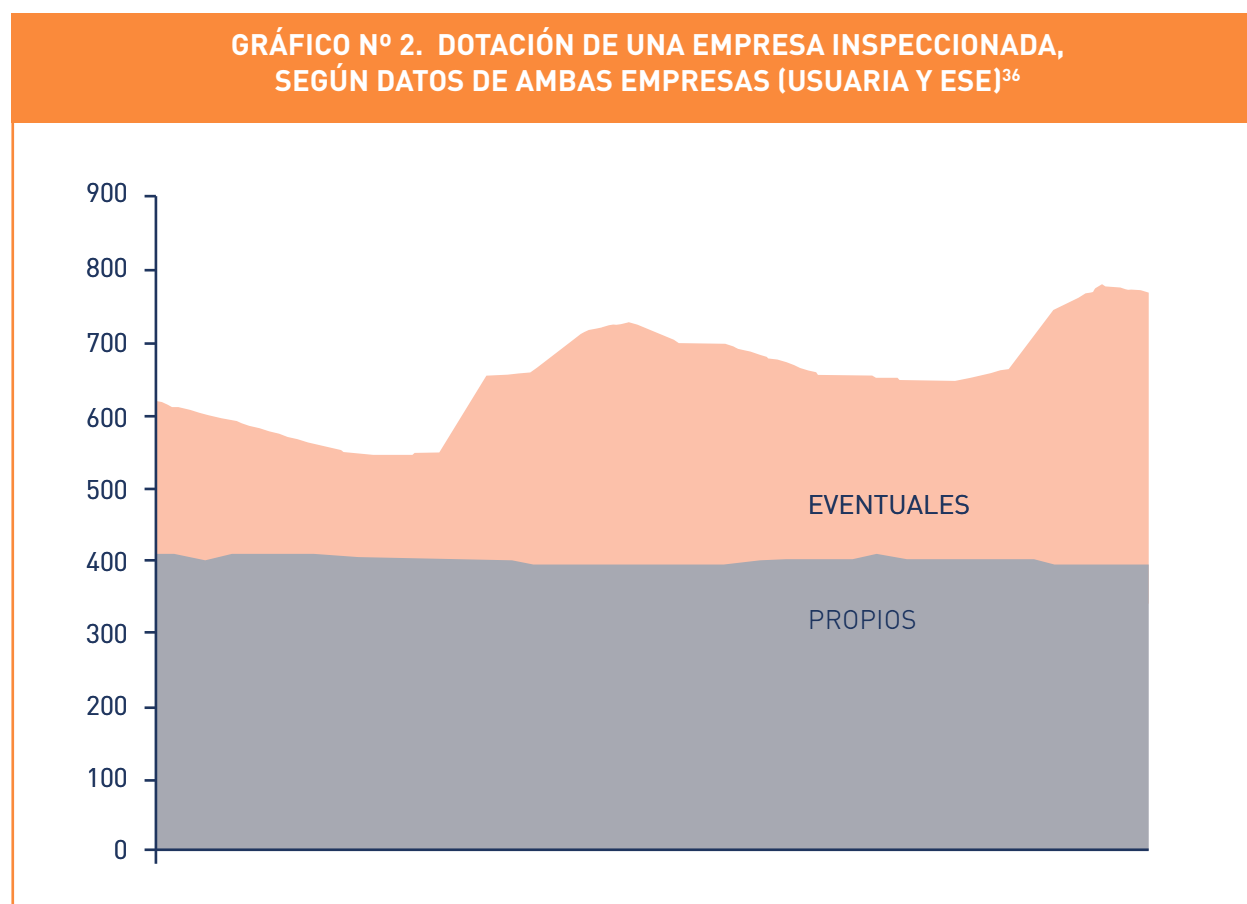
2. Otro incumplimiento está relacionado con las **causas de contratación** de personal a través de ESE.

Quizás este sea el tema más controvertido, ya que el Artículo 6 del Decreto N° 1.694/2006 tipifica los distintos motivos que justifican la contratación de personal a través de una ESE, pero la reglamentación mantiene la indeterminación en los plazos, lo cual impide hacer un cálculo certero respecto de la antigüedad que el trabajador pueda ir sumando.

Cuando la contratación se realiza para cubrir puestos por ausencia del trabajador propio –incisos a) y b)–, ya sea por licencia de vacaciones, maternidad, accidente, enfermedad o cualquier otra causa –salvo huelga, fuerza mayor, falta o disminución de trabajo– deben identificarse ambos trabajadores, esto es: debe quedar expresado con toda claridad quién está reemplazando a quién, cuál trabajador de la usuaria está siendo reemplazado por cuál trabajador de la ESE. Esta norma tiene claramente el objetivo de no permitir la contratación de una cantidad abstracta de trabajadores solo en función del número de ausentismo que esté teniendo la empresa usuaria. Debe establecerse a quién reemplaza cada trabajador eventual en tanto el relevo solamente resulta justificado durante la ausencia de quien lo originó.

Como vimos, los incisos d) y e) se refieren a actividades extraordinarias, como la organización de eventos o congresos o la ejecución de tareas para prevenir accidentes, etc., y los ítems c) y f) se refieren a situaciones o necesidades ocasionales, tales como un aumento de la actividad. En todos estos casos, los inspectores están ante una posible infracción que deben comprobar o desechar: la usuaria tiene que poder probar y acreditar que la causa de contratación invocada resulta **extraordinaria y transitoria**. Por esto se entienden aquellas exigencias del mercado que no son ordinarias dentro de la actividad que desarrolla la empresa y que por dicho motivo no pudieron preverse. La situación que da origen al contrato de trabajo debe ser transitoria, toda vez que, con el transcurso del tiempo, se pierde la excepcionalidad y se vuelve normal, es decir que deja de ser fortuito y se transforma en previsible, **pasa de eventual a permanente**.

El siguiente gráfico nos muestra la composición de la dotación de una empresa inspeccionada, a lo largo del tiempo:



Fuente: MTEySS, Dirección de Inspección Federal.

Notemos, en primer lugar, que entre los 400 y los 500 hay un colchón permanente de puestos de trabajo que son cubiertos por trabajadores eventuales. A partir de allí, si bien el gráfico muestra algunas bajas estacionales, la tendencia del personal eventual es creciente mientras que el propio se mantiene estable.

Con herramientas como ésta se puede observar, independientemente de la antigüedad de los trabajadores eventuales, la necesidad continua de la usuaria de cubrir puestos de trabajo a lo largo de un período de tiempo.

También es importante tener en cuenta a la hora de analizar los datos de una inspección de trabajo que, frente a la justificación para contratar personal eventual basada en el incremento de

36. Este gráfico se construye a partir de la información que presentan las ESE bimestralmente y en formato digital, respecto de la nómina completa de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual, y a su vez se complementa con la información declarada por la usuaria en la base del Sistema Integrado Previsional Argentino a través de los F. 931. Fuente: Dirección de Inspección Federal - MTEySS.

la actividad de la empresa usuaria, la jurisprudencia³⁷ ha aplicado por analogía un plazo máximo de duración de seis meses por año y hasta un año en un período de tres años como topes del contrato de trabajo eventual. Esto está dispuesto en el Artículo 72 de la Ley de Empleo N° 24.013.

Ahora bien, en todo el proceso de inspección se debe priorizar siempre el mantenimiento de las fuentes de trabajo. Para esto, es importante aplicar distintas acciones (intimaciones y multas progresivas) tendientes a la regularización de las infracciones verificadas, antes que disponer una suspensión de tareas o clausura de la empresa, aunque estas opciones siempre están disponibles para los inspectores.

Con toda esta información que ahora poseemos, es recomendable emprender la lectura del Anexo III, donde se resumen las actuaciones de un caso abordado en materia de servicios eventuales, de modo de sacarle mucho más provecho.

3. Las empresas usuarias pueden caer en la tentación de contratar trabajadores de empresas eventuales **para cumplir necesidades permanentes de la empresa.**

Esto quedaba ya sugerido por el gráfico que acabamos de mostrar. Bajo la excusa aparente (y falsa) de una necesidad transitoria, los trabajadores de empresas eventuales prestan servicios en la usuaria por tiempo indefinido. Incluso, en algunos casos, los trabajadores son obligados a renunciar a la ESE para ser inmediatamente contratados por otra ESE, mientras continúan prestando siempre servicios en la misma empresa usuaria.

4. Otra maniobra habitual es utilizar esta forma de contratación como mecanismo para **fraccionar la antigüedad del trabajador** (y afectar así sus derechos).

Por ejemplo, durante todo un año el trabajador, contratado por la ESE, trabaja para una misma empresa usuaria y recién cuando termina ese año es contratado directamente por la empresa usuaria “sin antigüedad”. Esta maniobra también sirve para extender el período de prueba, porque si al finalizar el período acordado el trabajador no reúne las expectativas, no es contratado por la usuaria, y debe esperar a que la ESE le asigne un nuevo destino, lo cual, en la mayoría de los casos, no acontece.

También es usual que mientras el trabajador se encuentre contratado por la ESE se aplique solo parcialmente el convenio colectivo de trabajo de la usuaria. Esto sucede porque no se respeta la remuneración o bien, más comúnmente, porque se lo hace trabajar más horas que las previstas en el convenio sin efectuar el pago de las horas extras correspondientes.

Mientras las ESE cumplan su cometido en los términos de la ley, ninguna responsabilidad puede caber a la usuaria, ya que ambos sujetos de derecho están actuando al amparo de una norma jurídica que las habilita para llevar a cabo el negocio expuesto. Pero si no se cumpliera con alguno de los requisitos, cae todo el andamiaje y se produce un verdadero fraude a la ley, dado que se utiliza el régimen del Artículo 29 de la LCT como norma de cobertura para generar una tensión entre esa norma y el orden público laboral. Mediante la manipulación de normas en tensión, las empresas usuarias pueden, con la solidaridad de las eventuales, evadir varias responsabilidades para con los trabajadores y terminar contratándolos directamente en condiciones inferiores a las que las leyes laborales garantizan.

37. Criterio sostenido en los fallos de la CNAT “Sanabria, Daniel Manuel Amilcar c/Cosméticos Avon SA y otro s/despido” del año 2010 y “García, Roxana c/AMX Argentina y otro s/despido” del año 2012. Disponibles en: https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=82319&Cl=INDEX100 (páginas 11 y 19). [Consultado: 26-feb-2022].

7. LA INSPECCIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO

Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controlada.³⁸ Las personas que se desempeñan en las cooperativas son trabajadores dueños del producto de su trabajo y de la renta que éste genera.

Para entender más claramente de qué se trata, pensemos que en la cooperativa se sustituye la persona del empresario por la de los propios miembros de la comunidad propietaria. Estos miembros son a la vez propietarios de los bienes sociales y trabajadores de la empresa. Esta doble condición implica que no cobren un salario por su trabajo sino que reciban, en tanto propietarios, un porcentaje de las ganancias. Así, se evitan ciertas consecuencias propias de la organización capitalista de la economía, ya que la organización es democrática y los trabajadores-socios dirigen el negocio y cada uno tiene un voto (Vázquez Vialard, 1982).

Siendo así, el fraude a través de cooperativas de trabajo es tal vez una de las formas más perversas de flexibilización y de precarización, no solo por la desprotección absoluta que produce en los trabajadores sometidos a esta modalidad de prestación de servicios, sino porque desvirtúa uno de los pilares de la construcción de una economía solidaria, basada en una organización democrática del trabajo. Bajo la apariencia de una cooperativa, se montan empresas de “asociados” sin otro objeto que el de proveer mano de obra a terceros.

Esto muestra una nueva faceta de los procesos de desregulación de los mercados de trabajo, dado que no es que se bajan los niveles de protección, sino que prácticamente desaparecen. La estructura “cooperativa” hace que no aplique la normativa que hemos considerado respecto de las ESE. Veamos en detalle cómo funcionan las cooperativas y cómo puede ocurrir este tipo de fraude.

7.1. Marco internacional

La Recomendación núm. 193 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas (2002)³⁹ establece entre sus objetivos alentar el desarrollo y el fortalecimiento de la identidad de las cooperativas en base a los valores cooperativos de autoayuda, ayuda mutua, responsabilidad personal, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, y destaca además la necesidad de una ética fundada

38. Conceptualización de la Alianza Cooperativa Internacional, en su Declaración sobre Identidad y Principios Cooperativos, Manchester, 1995. Disponible en: <https://www.ica.coop/es/cooperativas/identidad-alianza-cooperativa-internacional> [Consultado: 26-feb-2021].

39. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312531:NO [Consultado: 13-sep-2021].

en la honestidad, la transparencia, la responsabilidad social y el interés por los demás. Incluso contamos con los principios cooperativos elaborados por el movimiento cooperativo internacional (Ver cuadro al final de este apartado).

Asimismo, debería fomentarse la adopción de medidas especiales que capaciten a las cooperativas en tanto empresas y a la vez organizaciones inspiradas en la solidaridad, para responder a las necesidades de sus socios y de la sociedad: sobre todo, las necesidades de los grupos desfavorecidos, que a través de esta herramienta pueden lograr su inclusión social.

Ahora bien, la Recomendación se refiere también a la relación de trabajo encubierta. En el marco 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 pseudocooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas”.

EXTRACTO DE LA DECLARACIÓN SOBRE LA IDENTIDAD COOPERATIVA ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL EN 1995

Los principios cooperativos son pautas mediante las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores.

- **Adhesión voluntaria y abierta:** Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socias, sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo.
- **Gestión democrática por parte de los socios:** Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Los hombres y mujeres elegidos para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática.
- **Participación económica de los socios:** Los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital es normalmente propiedad común de la cooperativa. Habitualmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para ser socios. Los socios asignan los excedentes para todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa, por ejemplo, mediante el establecimiento de reservas, de las cuales una parte por lo menos sería no redistribuible; el beneficio de los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios.
- **Autonomía e independencia:** Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en

términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa.

- **Educación, formación e información:** Las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de las propias cooperativas. También las cooperativas informan al gran público, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, acerca de la naturaleza y los beneficios de la cooperación.
- **Cooperación entre cooperativas:** Las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.
- **Interés por la comunidad:** Las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios.

7.2. Marco nacional

En la Argentina, las cooperativas se encuentran reguladas por la Ley N° 20.337 de 1973,⁴⁰ que establece que “son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios” (Artículo 2).

Entre los rasgos que poseen estas entidades, se destacan los siguientes: tienen duración ilimitada; carecen de límite estatutario en cuanto al número de asociados y de capital; y conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales, y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital.

La norma establece los requisitos para la constitución de la cooperativa. Una vez reunidos estos requisitos, se considerará que una cooperativa está regularmente constituida a partir de la autorización para funcionar y la inscripción en el registro de la autoridad de aplicación. En la jurisdicción nacional, la fiscalización pública de las cooperativas está a cargo del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

Ahora sí podemos volver sobre el punto que señalábamos, porque sucede que una cooperativa de trabajo cuya finalidad consiste en proveer servicios a terceros es el caso más común de fraude a la ley laboral. Funciona de esta manera: los interesados recurren a la “cooperativa” como una suerte de agencia, a fin de obtener empleo. Para esto, tienen que hacerse “socios” de la cooperativa, la que los envía a terceros que les asignan un trabajo efectivo. Pero como

40. Boletín Oficial del 20.05.1973. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

son “socios” y es una “cooperativa”, no funciona como una ESE y no se hace cargo de ser quien en realidad sostiene la relación de trabajo. Pero la organización que medió en la relación no puede pretexto que no existe relación laboral ya que este socio no realizó una tarea propia de la cooperativa sino de un tercero que contrató con ella.⁴¹

Más claramente, se ha sostenido que “la creación de una cooperativa con el solo objeto de diluir la responsabilidad del verdadero empleador constituye un claro fraude a la ley laboral y una típica interposición de un tercero en la relación de trabajo y no puede sostenerse que la cooperativa esté funcionando en los términos de la Ley N° 20.337 porque, más allá de su configuración jurídica y de su aparente estatus legal, lo que interesa son los fines de la creación de la entidad y cómo se desarrollan sus actividades de acuerdo a sus principios. Es sobre [esta] base que las cooperativas de trabajo no pueden ser sujetos intermediarios ni hacer las veces de empresas de servicios eventuales”.⁴² Esto es así porque, en primer lugar, es preciso que en una cooperativa de trabajo que sea tal el que se asocia lo haga en forma libre, consciente y voluntaria; en segundo lugar, porque debe participar activamente en la gestión, en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones; así, por ejemplo, tiene derecho a elegir y ser elegido para los órganos de dirección; en tercer lugar, el asociado percibe el retorno de excedentes en proporción a las operaciones que cada asociado haya realizado; además solicita y obtiene información; y finalmente, tiene derecho a la educación y capacitación. Ninguna de estas cosas ocurre. Está claro ahora que el concepto de “asociado” que manejan las pseudocooperativas está vaciado de contenido, y quienes aparecen bajo la figura de asociados en realidad están completamente desprotegidos respecto de sus derechos laborales.

Otro tipo de fraude se verifica cuando una cooperativa lleva adelante la explotación de un establecimiento –por ejemplo, un restaurant o un frigorífico– y no cumple con sus obligaciones respecto de los asociados. Al hacerlo, se desvirtúan los principios cooperativos explicados anteriormente, y queda develada una relación laboral que se mantenía encubierta. Esta situación se denomina fraude intracooperativo.

En estos casos la falsa cooperativa, en cabeza de su administrador, es quien resulta responsable de las obligaciones laborales y de seguridad social evadidas. Durante el proceso de inspección y sobre todo en el requerimiento documental posterior a la visita es importante recabar la mayor cantidad de pruebas documentales que ayuden a demostrar la verdad material de la relación que se intenta simular. La documentación que debe recabarse y analizarse incluye:

- Acta constitutiva y estatuto.
- Registro de asociados (Art. 38.1, Ley 20.733 y Res. INAC 250/82).
- Solicitud de ingreso del asociado (s/ Acta constitutiva y estatuto).
- Constancia de suscripción de cuota social.
- Actas de asambleas (Art. 38.2, Ley 20.733).

41. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, 20.07.2001 en autos “Contreras Luis c/Cooperativa de Trabajo Horizonte Ltda”.

42. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, 22.02.2008 en autos “Córdoba Ramón Héctor c/ Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A. y otro s/ despido”. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cordoba-ramon-hector-empresa-ferrocarril-general-belgranosa-otro-despido-fa08040037-2008-02-22/123456789-730-0408-0ots-eupmocsollaf?> [Consultado: 26-feb-2022].

- Libro de asistencia a asambleas.
- Planilla de citación a asambleas y/o constancias de notificación de asamblea (Res. SAC 493/87 y Res. INACyM 1692/97).
- Actas de reunión del Consejo de Administración (Art. 38.3, Ley N° 20.733).

7.3. Inspección de las cooperativas

Según el Artículo 40 de la Ley N° 25.877 de 2004,⁴³ “los servicios de inspección del trabajo están habilitados para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio, así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral. Estos últimos serán considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social. Si durante esas inspecciones se comprobare que se ha incurrido en una desnaturalización de la figura cooperativa con el propósito de sustraerse, total o parcialmente, a la aplicación de la legislación del trabajo denunciarán, sin perjuicio del ejercicio de su facultad de constatar las infracciones a las normas laborales y proceder a su juzgamiento y sanción, esa circunstancia a la autoridad específica de fiscalización pública a los efectos del Artículo 101 y concordantes de la Ley N° 20.337. Las cooperativas de trabajo no podrán actuar como empresas de provisión de servicios eventuales, ni de temporada, ni de cualquier otro modo brindar servicios propios de las agencias de colocación”.

En este sentido, la inspección laboral tiene un doble objetivo:

- Dilucidar relaciones laborales encubiertas.
- Dejar al descubierto la cooperativa simulada.

Ambos problemas están entrelazados, pero no son el mismo. Para el primero, ya disponemos de lo aprendido en torno a los indicios que ayudan a determinar una relación laboral que se encuentra disimulada o encubierta, y para el segundo, una serie de consultas pueden ayudar a vislumbrar si el funcionamiento de la cooperativa se ajusta a las reglas democrático-participativas que debe observar. En el Anexo II se puede consultar el cuestionario específicamente diseñado por el MTEySS a efectos de verificar la participación de los supuestos asociados en la administración colectiva de la cooperativa.

Ahora bien, una vez detectado el fraude laboral, dos acciones son requeridas: en primer lugar, el personal provisto por la cooperativa será considerado empleado de quien se beneficie con su prestación y, en segundo lugar, se dará intervención al Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), organismo descentralizado dependiente del Ministerio de Desarrollo

43. Boletín Oficial del 19.03.2004. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/texact.htm> [Consultado: 26-feb-2022].

Productivo. El INAES, a través de la Dirección Nacional de Cumplimiento y Fiscalización de Cooperativas y Mutuales, cumple con tareas relativas a la fiscalización pública de las cooperativas y mutuales, y articula con los organismos provinciales que tienen competencia en la materia.

CASO DE ESTUDIO: COOPERATIVA HUENTALA

El MTEySS, en distintas actuaciones y a lo largo de 2 años, verificó que la cooperativa de trabajo Huentala LTDA:

- Proveía personal a distintas empresas.
- En muchos casos, la asociación de los trabajadores a la cooperativa se realizó el mismo día en que comenzaron a trabajar para dichas firmas.
- La mayoría de los trabajadores desconocía el domicilio de la cooperativa.
- Prácticamente ninguno fue citado a alguna reunión de asamblea.
- La organización y dirección de las tareas no estaba a cargo de la cooperativa y tanto los materiales y las herramientas como los regímenes disciplinarios aplicados eran provistos y dispuestos por las empresas contratantes.
- Los trabajadores no solo no participaban de las asambleas sino que no formaban parte del Consejo de Administración ni de la sindicatura y no conocían a las autoridades sociales.
- Los asociados no permanecían en la entidad por un período mayor a un año ya que eran trabajadores temporarios llamados “golondrinas”.

En este marco, resultaba claro que la cooperativa actuaba a través de contratos de locación de servicios firmados con distintas empresas, y así en realidad operaba como una mera intermediaria que proveía personal a terceros, una modalidad que está expresamente prohibida por la parte pertinente del Artículo 40 de la Ley N° 25.877.

Finalmente, el INAES le retiró la autorización para funcionar como cooperativa y lo resuelto fue ratificado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 2, 20.02.2012 en autos “Huentala Cooperativa de Trabajo Limitada c/ INAES – Resolución N° 4366/10 (Expte. 156/08)”.⁴⁴

Este caso de estudio es muy útil porque nos muestra todos los puntos relevantes de este tipo de fraude laboral particularmente perverso.

⁴⁴. Sumario disponible en <http://www.sajj.gob.ar/camara-nac-apelac-contencioso-administrativo-federal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-huentala-cooperativa-trabajo-limitada-inaes-resolucionn-4366-10-expte-156-08-accidente-trabajo-enfermedad-profesional-accion-civil-fa12100045-2012-02-07/123456789-540-0012-1ots-eupmocsollaf?> [Consultado: 26-feb-2022].

8. RESUMEN

La relación de trabajo es aquella en la que se crea un vínculo jurídico entre una persona, llamada el empleado, y otra persona, llamada el empleador, para la cual trabaja o presta servicios bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. Existen consecuentemente derechos y prestaciones contemplados en leyes, reglamentos y acuerdos colectivos que son específicos para los trabajadores que realizan su actividad en el ámbito de una relación de trabajo. En cambio el trabajo independiente o por cuenta propia, basado en acuerdos contractuales comerciales o civiles, está por definición fuera del ámbito de la relación de trabajo.

Ahora bien, los cambios que se están dando en la estructura del mercado de trabajo y en la organización del trabajo van generando modalidades de trabajo nuevas y más dinámicas, tanto dentro como fuera del marco de la relación de trabajo.

En varias de estas nuevas situaciones, no queda claro si el trabajador es un empleado o un verdadero trabajador independiente. Y de hecho, algunas veces, la relación de trabajo se encuentra realmente en el límite entre la dependencia y la independencia y el empleador podría, de buena fe, considerar al trabajador como dependiente o como independiente. Algo similar puede ocurrir con las relaciones triangulares, especialmente si la legislación es vaga o no expresa nada al respecto.

Sin embargo, con mucha frecuencia, la relación de trabajo existe pero está encubierta. 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 un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, y de ese modo oculta su verdadera condición jurídica. El empleo legal falso (es decir, fraudulento), la subcontratación falsa, el establecimiento de pseudocooperativas, la prestación de servicios falsa y la reestructuración falsa de la empresa están entre las formas más frecuentes que se utilizan para encubrir una relación de trabajo.

En cambio la **relación de trabajo ambigua** existe cuando el trabajo se realiza, o los servicios se prestan en condiciones que generan una duda real y genuina sobre la existencia de una relación de trabajo.

Frente a todo este panorama, los inspectores del trabajo deben volverse expertos en distinguir entre el trabajo dependiente y el independiente y estar familiarizados con los principales métodos de encubrimiento de la relación de trabajo en la forma de un contrato civil, o de una relación de trabajo bilateral en la forma de una falsa relación triangular. Cuentan con varias herramientas, tales como las que proveemos en este módulo, para determinar si existe una relación de trabajo encubierta durante sus visitas de inspección, y alertar a su oficina sobre dichas prácticas. Al hacerlo, los inspectores del trabajo no solo harán efectiva la aplicación de la ley sino que también estarán haciendo una contribución importante para la formulación o actualización de la política laboral nacional.

9. BIBLIOGRAFÍA Y LECTURAS RECOMENDADAS

Libros, publicaciones e informes

- Ackerman, M. 2007. "El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo". En: *Pensar el trabajo. Debate y actualidad. Revista de Trabajo* - Año 3 - N° 4. Enero-noviembre 2007, pág. 53-73. Disponible en: http://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/2007n04_revistaDeTrabajo.pdf [Consultado: 26-feb-2022].
- Arese, C. 2008. *Solidaridad laboral e intermediación de mano de obra. Derecho del Trabajo*. Editorial La Ley.
- Bertranou, F. y Casanova, L. 2015. *Caminos hacia la formalización laboral en Argentina*, OIT, Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_390431.pdf [Consultado: 10-mar-2022].
- CNAT - Oficina de Jurisprudencia. 2015. "Boletín Temático de Jurisprudencia: Relaciones Laborales de Configuración Dudosas". Disponible en: https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=92694&CI=INDEX100 [Consultado: 10-mar-2022].
- Comisión Europea, Eurobarómetro. 2007. *Undeclared Work in the European Union*. Disponible en: <https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=37887> [Consultado: 22-feb-2022].
- González Bellini, G. y Sánchez, I. 2011. *Inspección del Trabajo en la actividad de empresas de servicios eventuales*. ERREPAR - Doctrina Laboral N° 315.
- Harroff-Tavel, H., Nasri, A. 2013. *Tricked and trapped: human trafficking in the Middle East*, ILO. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_211214.pdf [Consultado: 10-mar-2022].
- Oficina Internacional del Trabajo (OIT). 2003. Informe V, *El ámbito de la relación de trabajo*, pág. 38-39. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf> [Consultado: 10-mar-2022].
- —.2004. *Por una globalización justa: El papel de la OIT*. Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª Reunión, OIT, págs. 18 y 19. Disponible en: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/kd00070es.pdf> [Consultado: 10-mar-2022].
- —.2006a. Informe III (Parte 1B), *Estudio general relativo a los convenios sobre la inspección del trabajo*, OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf> [Consultado: 10-mar-2022].
- —.2006b. Informe V (1), *La relación de trabajo*, OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> [Consultado: 10-mar-2022].

- —.2007. *La relación de trabajo: Una guía anotada a la Recomendación No. 198*, Documento No. 18, OIT, Ginebra. Disponible en: https://www.fim-musicians.org/wp-content/uploads/guia_198_es.pdf [Consultado: 10-mar-2022].
- —.2008. *Guía para las agencias de empleo privadas. Regulación, monitoreo y ejecución*, OIT. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/instructionalmaterial/wcms_103884.pdf [Consultado: 10-mar-2022].
- —.2009. *Las agencias de empleo privadas, los trabajadores cedidos por medio de agencias de trabajo temporal y su contribución al mercado de trabajo*, OIT. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_162742.pdf [Consultado: 10-mar-2022].
- Ojeda, R. H., et al. 2011. *Ley de contrato de trabajo. Comentada y Concordada. Segunda edición actualizada*, Tomo I, pág 282, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Ramos, S. J. 2008. "Aspectos a tener en cuenta para identificar una relación de trabajo subordinado". Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-aspectos-tener-cuenta-para-identificar-una-relacion-trabajo-subordinado-dacf080074-2008-09/123456789-0abc-defg4700-80fcanirtcod> [Consultado: 26-feb-2022].
- Valdovinos, O. et al. 2008. *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Vazquez Vialard, A. 1978. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, pág. 186.
- Vazquez Vialard, A. 1982. *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 2, p. 342.

Normas internacionales del trabajo

- Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94) y Recomendación (núm. 84). Disponible en: http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/publications/WCMS_099701/lang--es/index.htm [Consultado: 10-mar-2022].
- Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177 [Consultado: 10-mar-2022].
- Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) y Recomendación (núm. 188). Disponibles en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312326 y http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312526 [Consultado: 10-mar-2022].
- Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R193 [Consultado: 10-mar-2022].

- Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument [Consultado: 10-mar-2022].
- Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204). Disponible en: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/104/texts-adopted/WCMS_379098/lang--es/index.htm [Consultado: 10-mar-2022].

Normativas nacionales

- Constitución Nacional Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 20.337 de 1973 de cooperativas. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/textact.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 20.744 de 1974 ley de Contrato de Trabajo (LCT) Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/textact.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 22.250 de 1980 sobre la industria de la construcción. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27238/textact.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 24.013 de 1991 de regularización del empleo no registrado. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=412> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 25.212 de 1999 sobre el pacto federal del trabajo. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61876/textact.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 25.323 de 2000 sobre indemnizaciones laborales Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64555/norma.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Decreto N° 355/2002. Ley de Ministerios. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/72483/textact.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley N° 25.877 de 2004 sobre ordenamiento del régimen laboral. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/textact.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Decreto N° 1694/2006 Reglamentación de las empresas dedicadas a la prestación de servicios eventuales. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122396/norma.htm> [Consultado: 10-mar-2022].
- Resolución N° 1225/2007 sobre empresas de servicios eventuales. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/130000-134999/133868/norma.htm> [Consultado: 10-mar-2022].

Normativas nacionales de otros países

- Código del Trabajo (Chile). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley General del Trabajo (Perú) Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/texto.pdf> [Consultado: 10-mar-2022].
- Estatuto de los Trabajadores (España) Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-18205> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (España). Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-18205> [Consultado: 10-mar-2022].
- Ley sobre Contratos de Trabajo (Finlandia). Disponible en: <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2001/en20010055.pdf> [Consultado: 10-mar-2022].
- Código del Trabajo del Quebec (Canadá). Disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/C-27> [Consultado: 10-mar-2022].



EJERCICIO 1

TÍTULO	Formulación de una política nacional sobre la relación de trabajo
OBJETIVO	Razonar sobre la problemática de las relaciones laborales complejas en el país.
TAREAS	• Se formarán grupos de 4 ó 5 personas. Cada grupo hará una lista de las cinco situaciones más importantes y frecuentes de relaciones de trabajo ambiguas o encubiertas, y de relaciones triangulares que se dan en su país. Se deberán especificar los sectores, tipos de empresa y puestos de trabajo donde ocurren estas situaciones, y también la manera en que estas situaciones atañen a las mujeres trabajadoras. • El grupo deberá diseñar métodos de protección de los trabajadores que se encuentran en esas situaciones, establecer cuáles de estas situaciones son las prioritarias y qué tipo de medidas se deberían tomar para cada una de ellas. • Cada grupo elegirá a un portavoz para que presente los puntos de vista de su grupo.
TIEMPO	• 30' para el trabajo de grupo. • 5' para la presentación de cada grupo. • 15' para la discusión final.



EJERCICIO 2

TÍTULO	Indicadores o indicios de la relación laboral
OBJETIVO	Comprender los distintos elementos que permiten valorar la presencia de una relación laboral.
TAREAS	• Cada participante leerá individualmente la lista de indicadores contenida en el Artículo 13 de la Recomendación núm. 198 de la OIT. • Luego se formarán grupos de 4 ó 5 personas y cada grupo hará una lista, por orden de importancia o frecuencia, de los indicadores en su país. • A continuación, cada grupo añadirá otro indicio a la lista que no esté incluido en la Recomendación y que esté tomado de la legislación o la jurisprudencia de su país. • Cada grupo elegirá a un portavoz para que presente los puntos de vista de su grupo. • En reunión plenaria, se compararán las listas hechas por los grupos y se señalarán los indicios que sean comunes a todos ellos.
TIEMPO	• 20' para el trabajo de grupo. • 5' para la presentación de cada grupo. • 15' para la discusión final.



EJERCICIO 3

TÍTULO	Análisis jurisprudencial de relaciones laborales de configuración dudosa
OBJETIVOS	Detectar y comprender la aplicación práctica de los conceptos teóricos vistos en clase.
TAREAS	• Se formarán grupos de 4 ó 5 personas y el facilitador asignará a cada grupo un caso tratado en el Anexo IV. • Cada grupo identificará el tipo de relación laboral objeto de la sentencia, individualizando los elementos tenidos en cuenta por el tribunal para resolverlo a la luz de los conceptos incorporados en este módulo. • Cada grupo elegirá a un portavoz para que presente los puntos de vista de su grupo. • En reunión plenaria, se discutirán y compararán los casos y lo resuelto por la justicia en cada uno.
TIEMPO	• 20' para el trabajo en grupo. • 5' para la presentación de cada grupo. • 15' para la discusión plenaria.
RECURSOS	• Casos extraídos del Anexo IV “Selección de casos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y de la Cámara Federal de la Seguridad Social”.



EJERCICIO 4

TÍTULO	Visita de inspección a un supermercado
OBJETIVOS	Puesta en práctica de los conocimientos adquiridos en el módulo y aplicación en concreto de los criterios y experiencias que ya posee cada participante.
TAREAS	• Leer nuevamente el ejemplo del supermercado descrito al inicio del presente módulo. • Se formarán grupos de 4 ó 5 personas y el facilitador asignará a cada grupo alguna/s de las situaciones descriptas. • Cada grupo discutirá de qué manera el inspector debería examinar esas situaciones y proceder en cada caso. • Cada grupo elegirá a un portavoz para que presente el trabajo de su grupo.
TIEMPO	• 20' para el trabajo de grupo. • 5' para la presentación de cada grupo. • 15' para la discusión final.
RECURSOS	• Cuadro “Diversidad de las relaciones de trabajo. Supermercados modernos” (Pág. 7).



EJERCICIO 5

TÍTULO	Experiencias de campo en inspecciones a cooperativas de trabajo y empresas de servicios eventuales
OBJETIVO	Puesta en práctica de los conocimientos adquiridos en el módulo y aplicación en concreto de los criterios y experiencias que ya posee cada participante.
TAREAS	• Uno o varios inspectores del organismo en funciones presentará dos casos reales de visitas de inspección desarrolladas en cooperativas de trabajo y en empresas de servicios eventuales. • Se les pedirá que presenten exclusivamente los hechos y la documentación obtenida (sin abordar el resultado final de la inspección). • A continuación, se vinculará, primero de manera individual, cada uno de esos casos a los conceptos, normativa y problemáticas abordadas en el presente módulo. • Se formarán grupos de 4 ó 5 personas y cada grupo deberá analizar uno de los dos casos, discutirá los vínculos con el presente módulo y elaborará sus conclusiones. • Cada grupo elegirá a un portavoz para que presente las conclusiones del grupo. • En reunión plenaria, se discutirán los casos y se cotejarán las conclusiones de los grupos con los resultados reales de la inspección realizada, así como con lo resuelto por la justicia en cada uno.
TIEMPO	• 10' para presentar los dos casos • 20' para el análisis grupal • 5' para la presentación de cada grupo • 15' para discusión plenaria

ANEXO I

FORMULARIO DE ENCUESTA PARA TRABAJADORES DE TERCERAS EMPRESAS



2018 - "Año del Centenario de la Reforma Universitaria"

Buenos Aires,

En virtud de las facultades conferidas por los arts. 7° de la Ley N° 25.212 y 32 de la Ley 25.877, procede a realizar las siguientes preguntas con carácter de Declaración Jurada a la persona que se encontró realizando tareas:

Apellido y Nombre:	Doc. Tipo y Nro.:
1 ¿Cuál es el nombre de la Empresa donde presta tareas (Usuaría)?	
2 ¿Quién le paga (Empleadora)?	
3 ¿De quién son los elementos de trabajo (maquinarias, herramientas, mobiliario, indumentaria, etc.) que utiliza para realizar su tarea? Usuaría _____ Empleadora _____	
4 ¿Quién le da las ordenes en el trabajo/dirige las tareas/lo supervisa? Usuaría _____ Empleadora _____	
5 ¿En que lugar debió presentarse para conseguir este trabajo? Usuaría _____ Empleadora _____	
6 ¿Cómo se contacto con su actual empleador?	
7 ¿Quién establece/controla el horario de trabajo? Usuaría _____ Empleadora _____	
8 ¿Cuál es la tarea que realiza?	
9 ¿Hay trabajadores de la empresa usuaria que realicen la misma tarea? SI _____ NO _____	
10 Observaciones	
Firma del Trabajador (Firma, Aclaración, Doc. Identidad)	Funcionario Actante (Firma / Aclaración)

Fuente: Dirección de Inspección Federal, MTEySS.

ANEXO II

FORMULARIO DE DECLARACIÓN INDIVIDUAL DE SOCIO COOPERATIVA

	DECLARACION INDIVIDUAL SOCIO COOPERATIVA ANEXO de CONSTANCIA DE RELEVAMIENTO N°	
---	--	---

En a los días del mes de de 20, siendo las hs., el funcionario abajo firmante se constituye en el domicilio sito en.....

de esta ciudad, donde, en virtud de las facultades conferidas por los arts. 7º de la Ley Nº 25.212 y 32 de la Ley 25.877, procede a realizar las siguientes preguntas con carácter de Declaración Jurada a la persona que se encontró realizando tareas:

Apellido y Nombre del asociado:	Doc. Tipo y N°:
Declara ser socio de la cooperativa (Nombre de la Cooperativa):	
Domicilio de la Cooperativa:	

<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>1 ¿Desde qué fecha está asociado a la Cooperativa? ____/____/____</td></tr> <tr><td>2 ¿Firmó una solicitud para asociarse? SI NO</td></tr> <tr><td>3 ¿Le comunicaron que la aceptaban? SI NO</td></tr> <tr><td>4 ¿Le entregaron copia del estatuto/reglamento? SI NO</td></tr> <tr><td>5 ¿Le cobraron cuota de ingreso? SI NO</td></tr> <tr><td>6 ¿Quién le paga? La cooperativa Otro :</td></tr> <tr><td>7 ¿Qué comprobante de pago utiliza quien le paga?</td></tr> <tr><td>8 ¿Le entregan copia del comprobante de pago? SI NO</td></tr> </table>	1 ¿Desde qué fecha está asociado a la Cooperativa? ____/____/____	2 ¿Firmó una solicitud para asociarse? SI NO	3 ¿Le comunicaron que la aceptaban? SI NO	4 ¿Le entregaron copia del estatuto/reglamento? SI NO	5 ¿Le cobraron cuota de ingreso? SI NO	6 ¿Quién le paga? La cooperativa Otro :	7 ¿Qué comprobante de pago utiliza quien le paga?	8 ¿Le entregan copia del comprobante de pago? SI NO	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td>9 ¿Aporta a Autónomos / Monotributo? SI NO</td></tr> <tr><td>10 ¿Concurrió a asambleas de la cooperativa? SI NO</td></tr> <tr><td>11 ¿Lo citaron a las asambleas? SI NO</td></tr> <tr><td>¿Cómo?</td></tr> <tr><td>12 ¿Al final del año le pagan retornos (distribución proporcional de las ganancias de la cooperativa)? SI NO</td></tr> <tr><td>13 ¿De quién son los elementos de trabajo (maquinarias, herramientas, mobiliario, ect.) que utiliza para realizar su tarea?:</td></tr> <tr><td>14 ¿Para qué empresa trabajó antes de ingresar a la Cooperativa?</td></tr> </table>	9 ¿Aporta a Autónomos / Monotributo? SI NO	10 ¿Concurrió a asambleas de la cooperativa? SI NO	11 ¿Lo citaron a las asambleas? SI NO	¿Cómo?	12 ¿Al final del año le pagan retornos (distribución proporcional de las ganancias de la cooperativa)? SI NO	13 ¿De quién son los elementos de trabajo (maquinarias, herramientas, mobiliario, ect.) que utiliza para realizar su tarea?:	14 ¿Para qué empresa trabajó antes de ingresar a la Cooperativa?
1 ¿Desde qué fecha está asociado a la Cooperativa? ____/____/____																
2 ¿Firmó una solicitud para asociarse? SI NO																
3 ¿Le comunicaron que la aceptaban? SI NO																
4 ¿Le entregaron copia del estatuto/reglamento? SI NO																
5 ¿Le cobraron cuota de ingreso? SI NO																
6 ¿Quién le paga? La cooperativa Otro :																
7 ¿Qué comprobante de pago utiliza quien le paga?																
8 ¿Le entregan copia del comprobante de pago? SI NO																
9 ¿Aporta a Autónomos / Monotributo? SI NO																
10 ¿Concurrió a asambleas de la cooperativa? SI NO																
11 ¿Lo citaron a las asambleas? SI NO																
¿Cómo?																
12 ¿Al final del año le pagan retornos (distribución proporcional de las ganancias de la cooperativa)? SI NO																
13 ¿De quién son los elementos de trabajo (maquinarias, herramientas, mobiliario, ect.) que utiliza para realizar su tarea?:																
14 ¿Para qué empresa trabajó antes de ingresar a la Cooperativa?																

15 ¿Quién le da las ordenes en el trabajo/dirige las tareas/lo supervisa? ¿Pertenece a la Cooperativa?
16 ¿Quiénes son las autoridades de la Cooperativa?
17 ¿Cómo consiguió este trabajo y en qué lugar debió presentarse?
18 ¿Qué requisitos le hicieron cumplir para poder trabajar? ¿Qué tuvo que firmar?
19 Tiene algo más que agregar /OBSERVACIONES:

Firma del asociado
(Firma / Aclaración / Doc. Identidad)

Funcionario Actante
(Firma / Aclaración)

NOTA: Este ANEXO forma parte integrante de la CONSTANCIA DE RELEVAMIENTO cuyo Número consta en el encabezado del presente formulario.

ANEXO III

ANÁLISIS DE CASOS

En el año 2010 se llevó adelante, dentro de las acciones de fiscalización, un plan de inspecciones a empresas usuarias de servicios eventuales. Fueron consideradas como objetivos principales aquellas empresas que tenían una gran cantidad de trabajadores eventuales en proporción a la nómina propia, o bien una larga permanencia (antigüedad) de esos trabajadores eventuales en sus puestos de trabajo.

Una de las primeras verificaciones se realizó en una fábrica de chocolate⁴⁵ donde, al momento de la inspección, se encontró un 41% de trabajadores eventuales respecto del total de la nómina (compuesta por 278 eventuales y 399 propios) y muchos de esos trabajadores tenían más de un año de antigüedad; inclusive había un trabajador eventual con 8 años de permanencia.

La empresa manifestó que la contratación de personal eventual se justificaba, en principio, por el pico de tareas que se produce en la época invernal, así como en las fiestas y, además, por la necesidad de reemplazar a los trabajadores en uso de la licencia por vacaciones –entre 21 y 35 días que la empresa otorga cada año cuando termina la temporada alta, a comienzos de diciembre.

Luego, en ocasión del sumario, la empresa adujo que, por tratarse de alimentos perecederos, no se puede mantener una producción continua con stocks del excedente y que el lanzamiento de nuevos productos determina la posibilidad de producciones transitorias y extraordinarias.

Ahora bien, el funcionario actuante refirió que “[...] del análisis de la documentación aportada por la empresa, el relevamiento efectuado al personal en el establecimiento y la información proveniente de las bases de datos de las empresas de servicios eventuales de la Dirección de Inspección Federal del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, conjuntamente con la del Sistema Integrado Previsional Argentino surge, en forma prístina, que si bien se verifican aumentos de la demanda de personal eventual en los períodos previos a las Pascuas, al finalizar los mismos, se observa que un considerable porcentaje de esta modalidad de personal continúa y permanece trabajando en la usuaria. Asimismo, de las constancias de notificaciones de las vacaciones presentadas por la empresa surge que el personal propio goza su licencia anual ordinaria entre los meses de diciembre y febrero, y el ingreso de los trabajadores *temporarios* se produce en su mayor porcentaje fuera de los períodos mencionados, lo que resulta claramente demostrativo de la falta de correlación entre la *causal invocada* como justificativa del requerimiento de personal eventual (licencias por vacaciones del personal permanente) y la *realidad fáctica* (altas de trabajadores eventuales)”.⁴⁶

45. Omitimos la razón social por motivos de reserva de identidad y secreto fiscal.

46. Del Dictamen Acusatorio Circunstanciado que encabeza el sumario 5881/2010.

Luego, en la resolución sancionatoria se estableció que “tanto frente al requerimiento de la inspección, como al presentar descargo, no se ha individualizado y demostrado un solo caso concreto en el cual se justifique la prestación de servicios de un trabajador eventual determinado”⁴⁷ y finalmente la Dra. Cañal en su voto⁴⁸ sostuvo: “aquellas causas expresadas por la sumariada, para justificar la contratación de trabajadores eventuales, se deben al giro y riesgo mismo de la actividad empresarial. Pues, en el mercado hay ciclos estacionales en los cuales aumenta o disminuye la producción, que dependen de las fluctuaciones de la oferta y demanda. Pero que, en la especie, eran claramente previsibles: pascuas y fin de año (...) La empresa no demostró un solo caso en el que se acredite que la prestación de servicios de un trabajador eventual haya durado un tiempo determinado, que coincida con la supuesta eventualidad, y que haya sido expresado con claridad y detalladamente en el contrato. Teniendo en cuenta que no demostró las causales que justifican la eventualidad, los contratos de trabajos afectados deben ser considerados por tiempo indeterminado. Asimismo, la usuaria será considerada como la empleadora directa (conf. Arts. 90 y 27 de la Ley 24013; 14, 26 y 29 de la Ley 20.744)”.

Como ya hemos visto, estas dos resoluciones: considerar los empleos por tiempo indeterminado y considerar a la empleadora como directa significan que aquí ha habido una infracción laboral: no se han cumplido las normas de las ESE, y la empresa usuaria es corresponsable solidaria por este fraude, por lo tanto debe hacerse cargo de manera directa de esos trabajadores y, así, garantizarles todos sus derechos laborales.

En el mismo sentido, la Resolución del juez administrativo había señalado en su Artículo 2 que los trabajadores afectados por la infracción se considerarán como personal dependiente de la imputada. Esta disposición, más allá de ratificar lo normado en las leyes laborales, tiene impacto directo respecto de los trabajadores eventuales ya que se dispone que la usuaria los registre como sus propios dependientes y respete la antigüedad de cada uno de ellos.

En otro caso hay una sanción más, que expondremos a continuación dada su importancia. El fallo Plenario N° 323 “Vazquez, María Laura c/ TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y Otro s/ Despido” determinó que cuando, de acuerdo con el primer párrafo del Artículo 29 de la LCT, se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la **indemnización prevista** en el Artículo 8° de la Ley N° 24.013 ante la existencia de una incorrecta “registración” en violación a lo establecido por el Artículo 7 de la Ley N° 24.013, que establece en cabeza del verdadero empleador la obligación de registrar al trabajador.

Por último, es necesario destacar que se requiere siempre la actuación solidaria de ambos poderes del Estado: el ejecutivo y el judicial. En este sentido, la actividad desplegada por el ministerio ha sido ratificada por la justicia laboral cuando afirma que evidencia “el despliegue genuino y efectivo que el Estado debe llevar a cabo en la lucha en la que todos debemos estar comprometidos contra el fraude y la evasión”.⁴⁹

47. Resolución N°49.646 del Director de Resolución de Fiscalización del MTEySS de fecha 2 de noviembre 2010.

48. Ministerio de Trabajo c/ LDFF S.A. s/ sumario” causa N° 7176/2011 CNAT sala 3.

49. Ministerio de Trabajo c/ LDFF S.A. s/ sumario” causa N° 7176/2011 CNAT sala 3.

ANEXO IV

SELECCIÓN DE CASOS DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO⁵⁰ y DE LA CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Relación laboral. Acróbata de circo. Subordinación. Ajenidad del riesgo

La actora acreditó que realizaba tareas en forma personal como acróbata en el circo del Parque de la Costa, dentro de una organización empresarial que le era ajena, que tenía un horario, un reglamento interno que debía cumplir y que recibía instrucciones de su empleador. Además, la trabajadora percibía una suma mensual fija independiente de las resultas del espectáculo. Esta circunstancia daba la pauta de ajenidad del riesgo empresario, con lo que se demostró la prestación de servicios dependientes.

CNAT, Sala VI, Expte N° 8686/00 Sent. Def. N° 57.475 del 23/9/2004 “Mella, Marcela c/ Helvens S.A. y otros s/despido”. (Fernández Madrid - De la Fuente).

Relación laboral. Contrato de trabajo. Pasantía. Desnaturalización del instituto. Ficción legal. Telemarketer

La inserción de un pasante en el ámbito de una empresa se vincula con la oportunidad que el empresario le da de aprender; es decir que, por parte de la empresa, hay carencia de finalidad económica. Pero si el pasante efectúa trabajos típicos y corrientes de la empresa como en el caso, que la actora desempeñaba tareas propias de un *call center* bajo condiciones de contratación que la ponen en pie de igualdad con los trabajadores dependientes, sin que se respete su objetivo de formación y sin un adecuado seguimiento de la entidad educativa que ha mediado en la contratación, todo pasa a ser una ficción legal a través de la cual la empresa obtiene un beneficio injustificado, y se desnaturaliza un instituto que en sí resulta provechoso, porque se lo convierte en un instrumento que conduce, en definitiva, a la más pronunciada precarización del empleo.

CNAT, Sala II, Expte N° 4.339/08 Sent. Def. N° 100.834 del 15/08/2012 “Rebollo, Betiana c/ Atento Argentina SA y otros s/despido”. (González - Pirolo).

50. Se han seleccionado algunos casos de la publicación de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), Oficina de Jurisprudencia, 2015, *Boletín Temático de Jurisprudencia: Relaciones laborales de configuración dudosa*. Disponible en: https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=92694&CI=INDEX100 [Consultado: 26-feb-2022].

Productor de seguros. Relación de dependencia. Acreditación

Las tareas como productor de seguros pueden desempeñarse en relación de dependencia pero también de manera independiente. Por lo tanto, si de la prueba no surge que el actor haya cumplido órdenes de trabajo, tenido un horario asignado o estado sujeto a poder disciplinario alguno, cabe concluir que pese a la presunción del art. 23 LCT, no se halla acreditada la relación laboral que se invocara (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, “Dursi Ariel c/ Cía. de Seguros La Franco Argentina S.A. s/ Despido”, Sala III, de fecha 28.06.96).

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, Expte. 4927/2013. “SAN CRISTOBAL S.M.S.G. c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/ Impugnación de deuda”. 28/03/16. (Maffei - Pérez - Tognola - Chirinos).

Changarín. Relación de dependencia

La figura “changa” es ajena a nuestro derecho laboral y, por mínima que sea, alcanzaría al trabajo eventual caracterizado en la ley de contrato de trabajo. Por lo tanto, las denominadas “changas” se inscriben en el contexto del trabajo clandestino. Dicha categoría es jurídicamente inexistente, ya que hay trabajadores permanentes o eventuales, en tareas continuas o discontinuas, pero en relación de dependencia. Por ello, si el demandado reconoce la prestación de servicios por parte del actor, se torna aplicable la presunción del art. 23 LCT, aun cuando se utilice la figura del “changarín” para aludir a sus labores y en tanto por las circunstancias del caso, no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. Asimismo, en el caso, queda a cargo del demandado que reconoció la prestación de servicios probar el carácter eventual de las prestaciones, ya que el changarín es un trabajador subordinado y por lo tanto resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 99 LCT. (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, en autos “Rogna, Alfio c/ Sierra, Juan Carlos s/ despido”, de fecha 30.11.06, sent. 91929).

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, Expte. 84652/2013. “PRODECO CONSTRUCCIONES S.R.L. c/ Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social s/ Impugnación de deuda”. 18/09/15. (Fernández - Dorado - Herrero).

Relación laboral. Entrenador de vóley. Presunción art. 23 LCT

En mérito a la presunción que emana del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo y de la constatación de que el actor, entrenador de vóley, fue contratado para que realice personalmente parte de lo que la accionada tiene por objeto esencial, esto es, el desarrollo de actividades sociales y deportivas, cabe presumir que el vínculo celebrado por encima de las apariencias escritas y de las formas adoptadas tuvo naturaleza laboral, es decir que fue un contrato dependiente.

[...] La eventual falta de reclamos del accionante durante la relación no impide que se analice su posible naturaleza laboral ni puede llevar a considerar consentida la posible existencia de derechos de estirpe irrenunciable. También carece de relevancia el hecho de que el actor se

encuentre inscripto como monotributista ante la AFIP ya que ello constituye una actuación formal que no implica, por sí, que el prestador de servicios sea un trabajador autónomo o independiente. El juez laboral debe buscar la verdad material y, por el **principio de la primacía de la realidad**, verificar cuál fue la real naturaleza de la relación, prescindiendo de apariencias y formalidades que pueden ser impuestas por la parte más fuerte de la relación, hecho este que es el que da existencia y razón de ser al Derecho del trabajo (art. 21 LCT).

(...) El actor brindó sus servicios personales a favor de la demandada no de un modo libre o autónomo sino que tales actos han sido enajenados a título personal insertándose en la institución deportiva demandada, que incorporó los servicios personalmente brindados por aquél para llevar adelante su cometido. La circunstancia de que el actor haya suscripto diversos contratos no impide la conclusión a la que se arribó, pues para determinar la verdadera naturaleza de la vinculación cabe atender el principio de primacía de la realidad (arts. 21 a 25 LCT). También carece de relevancia el hecho de que el actor “facturara” por los servicios prestados percibiendo a cambio de su prestación una suma calificada como “honorarios” pues ello no demuestra por sí solo que el demandante haya poseído estructura empresarial propia ni que realizara las tareas para la demandada con libertad y autonomía.

CNAT, Sala X, Expte N° 10.245/07 Sent. Def. N° 17.389 del 19/4/2010 “De Valais, Fabián Jorge c/Club Náutico Hacoaj Asociación Civil s/ despido” (Stortini - Corach).

Primacía de la realidad

La circunstancia que el demandante emitiera facturas y estuviera inscripto como monotributista, no resulta relevante frente al denominado principio de ‘primacía de la realidad’, máxime si la numeración correlativa de aquellas y los montos en ellas consignados revelan que esa inscripción constituyó una exigencia formal de la demandada para eludir la aplicación de las normas laborales que resultan indisponibles para las partes en el marco de lo dispuesto por el art. 12 de la LCT. Dicha conclusión que se ve reforzada por el hecho que la demandada no haya logrado acreditar que el actor contara con una organización autónoma y propia, debiéndose asimismo destacar que la exclusividad no constituye un requisito esencial de la relación de dependencia” (cfr. CNAT, Sala III, Sent. de fecha 27.12.06, “Toledo, Juan Carlos c/ Asociación Atlética Argentinos Juniors”). Por lo tanto, para establecer la existencia de vínculo laboral, no es decisiva la denominación de la relación jurídica dada entre las partes, ni los alcances que éstas les otorguen, sino su contenido real, resultando determinante para la calificación, no la designación originada por las partes, sino las características que surjan de las modalidades de la prestación (cfr. arts. 21 y 22 de la LCT).

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, Expte. 45998/2016. “COOPERATIVA DE TRABAJO DE TRANSPORTE LA UNION LTDA. c/ Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social s/ Impugnación de deuda”. 10/02/17. (Chirinos - Maffei - Pérez - Tognola).

Presunción debe estar acompañada de interrogatorio

Si de la declaración que formula la trabajadora en el acta de relevamiento no surge claramente la existencia de la relación laboral, pues si bien aporta datos de su desempeño profesional, no denuncia vínculo laboral alguno con la actora, el acta de relevamiento como único elemento con que el organismo sustenta la sanción es insuficiente para que el Tribunal forme convicción acerca de un vínculo laboral, porque la sola circunstancia de encontrarse a una persona en el lugar inspeccionado resulta exigua para inferir que trabaja en el establecimiento y en relación de dependencia. (cfr. CFSS, Sala I en autos “Manuel Meijomil Álvarez c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/ Impugnación de deuda”, sent. 154156, de fecha 03.07.13).

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala III, Expte. 48251/2014. “L.A.C.I. S.R.L. c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/ Impugnación de deuda”. 10/03/16. (Poclava - Lafuente - Laclau - Fasciolo).

Insuficiencia de elementos en el acta de inspección para aplicar presunción

Corresponde, mediante el examen de los hechos cuestionados y la valoración de la prueba desentrañar la verdadera figura jurídica que prevalece en una determinada situación, atendiendo al principio de primacía de la realidad. En el caso, tal presunción se sustenta únicamente en el acta de comprobación de fs. 10/11, efectuada por los fiscalizadores del MTEySS el 21/10/05, en el establecimiento “Bigsur S. A.”, ubicado en Av. Colón Nro. 4252, Mar del Plata, pero cabe señalar que el supuesto vínculo laboral no se advierte en forma indubitable de las declaraciones formuladas por los supuestos empleados relevados.

Asimismo, se dijo que “aun cuando la situación planteada sea dudosa, dicha circunstancia no podrá redundar en perjuicio del imputado, debiendo priorizarse el principio de inocencia y en tanto no se logre demostrar plenamente la existencia de una relación laboral en la extensión y cuantía que presume el organismo, corresponde dejar sin efecto el cargo formulado”.

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala III, Expte. N °: 26783/2011 “Solla Jose c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social S/Impugnación De Deuda”.

Acta de Inspección. Instrumento Público

La actora pretende confrontar lo actuado por el funcionario público interviniente manifestando que en la fecha de relevamiento el establecimiento se encontraba “cerrado”, y que el trabajador relevado no existe por ser “indocumentado”. Pero reitero un hecho que no puedo soslayarse: hay un acta de inspección que reviste carácter de instrumento público, que da cuenta de lo contrario: que el local estaba abierto, que se impidió la fiscalización, y que el único trabajador que pudo relevarse, declaró desempeñar tareas, sin encontrarse las mismas registradas. En consecuencia, la única forma que el apelante tenía de desvirtuar la forma en que quedaron configurados los

hechos a través del Acta de Inspección labrada, lo constituía un proceso de redargución de falsedad de instrumento público en los términos previstos por el art. 989 del Cod. Civil (del voto en minoría de la Dra. Dorado).

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, Expte. N°: 109933/2011 “Amores Perros SA c/ Ministerio De Trabajo, Empleo Y Seguridad Social S/Impugnación De Deuda”.

Relación laboral. Fleteros. Plenario “Mancarella”. Cuestión de hecho y prueba

A partir de lo dispuesto en el fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que estableció que, en principio, los fleteros, portadores, acarreadores y afines, no se encuentran amparados por las disposiciones que rigen las relaciones laborales, salvo prueba en contrario (“Mancarella, S. c/Viñedos y Bodegas Arizu S.A”, del 26/6/1956), queda claro que la relación de dependencia en el caso de los fleteros es una cuestión de hecho y prueba, que debe analizarse en cada caso en particular, respetando el principio de la realidad, por cuanto la naturaleza de la relación se configura mediante el examen de las características de la misma y por los hechos, no por lo pactado o documentado.

CNAT, Sala VII, Expte N° 36.620/07, Sent. Def. N° 42.148 del 30/9/2009 “Gutiérrez, Sergio Aníbal c/ Dispromed Comercial SRL y otros s/ despido” (Ferreirós - Rodríguez - Brunengo).

Relación laboral. Fleteros. Concepto legal

La Ley 24.653 (art. 4 inc. h) establece que “fletero es el transportista que presta el servicio por cuenta de otro que actúa como principal, en cuyo caso no existe relación laboral ni dependencia con el contratante”, vale decir, [con] quien requirió sus servicios; dicho en otras palabras, se aclara definitivamente que no existe vinculación laboral con el llamado “cargador” según la descripción efectuada en el título V del Código de Comercio.

[...] Para determinar la naturaleza jurídica del trabajo prestado por “fleteros” no basta establecer principios en abstracto sino que en cada caso deben tenerse en cuenta las concretas modalidades bajo las cuales se desenvolvía cada relación considerada. En efecto, las circunstancias fácticas y las evidencias arrimadas otorgan a cada conflicto un marco que varía caso por caso, y las cuestiones de hecho y prueba adquieren en estos supuestos una relevancia particular. Ello, por cuanto la relación de dependencia en el caso de los fleteros es una cuestión de hecho y prueba, que debe analizarse en cada caso en particular. Se trata de respetar el principio de la realidad, por cuanto la naturaleza de la relación se configura mediante el examen de las características de la misma, y por los hechos, no por lo pactado o documentado. El fletero puede ser efectivamente un empresario autónomo. Puede tener o no dependientes a su cargo. Si está subordinado económica y jurídicamente a la empresa, se encuentra sometido al control de horarios, debe seguir las

instrucciones impartidas y puede ser sancionado por sus incumplimientos, el vínculo entre los fleteros y la empresa es de carácter laboral dependiente.

CNAT, Sala X, Expte N° 35.879/08 Sent. Def. N° 17.406 del 26/4/2010 "Galván, Sergio Claudio José c/ Juegos y Juguetes S.R.L. y otro s/despido" (Corach - Stortini).

Relación laboral. Fleteros. Utilización del logo de la empresa en la ropa y el vehículo del transportista

Una circunstancia fáctica adicional que refuerza la idea de que el actor no se comportó en el tiempo enajenado a favor de Parmalat como un transportista autónomo, es que exhibía en su ropa blanca reglamentaria el logo de dicha empresa así como también el vehículo portaba esa identificación. Y, si bien existe una resolución del SENASA que exige al transportista de productos lácteos el uso de ropa reglamentaria, en modo alguno esa resolución exige el uso del logotipo de una empresa comercial (Del voto del Dr. Maza, en mayoría).

CNAT, Sala II, Expte N° 26.282/03 Sent. Def. N° 95.093 del 29/6/2007 "Muriel, Rodolfo M. c/Parmalat Argentina S.A" (Maza - Pirolo - González).

Relación laboral. Fleteros. Subordinación económica y jurídica

El fletero puede ser un empresario autónomo con establecimiento propio y puede tener o no dependientes a su cargo. Pero si está subordinado económica y jurídicamente a la empresa, se encuentra sometido al control de horarios, debe seguir las instrucciones impartidas y puede ser sancionado por sus incumplimientos, el vínculo entre los fleteros y la empresa es de carácter laboral dependiente.

CNAT, Sala VII, Expte N° 36.620/07 Sent. Def. N° 42.148 del 30/9/2009 "Gutiérrez, Sergio Aníbal c/ Dispromed Comercial SRL y otros s/despido" (Ferreirós - Rodríguez - Brunengo).

Relación laboral. Fleteros. Notas de dependencia

El hecho de que la unidad de transporte sea de propiedad del actor o que éste haya asumido los costos de mantenimiento o reparación no le quita a la relación el carácter laboral que emerge de las restantes notas de dependencia (Del voto del Dr. Maza, en mayoría).

CNAT, Sala II, Expte N° 35.120/08 Sent. Def. N° 98.274 del 16/7/2010 "Pacchiani, Osvaldo c/ Organización Coordinadora Argentina S.R.L. s/despido" (Maza - Pirolo - González).

Relación laboral. Contrato de trabajo. Fleteros. Presunción art. 23 LCT. Inexistencia de relación laboral

No existe impedimento natural ni jurídico para que una empresa subcontrate la entrega de mercaderías u objetos a sus clientes con uno o con varios empresarios dedicados al transporte o a servicios de fletes. En tal contexto, cabe calificar al actor como un empresario (aun cuando fuera pequeño) dedicado a brindar servicios de transporte de mercaderías pues autoorganiza económica y jurídicamente su actividad. Máxime, cuando no ha sido probado que su prestación haya estado sujeta a facultades de dirección y organización ejercidas por la demandada y que no se aprecia configurada la típica nota de ajenidad que caracteriza a toda relación dependiente, por cuanto la circunstancia de que el transportista debiera concurrir al establecimiento o local cuando era convocado y que debiera atenerse a los itinerarios fijados por la demandada para el reparto, no es decisiva para tipificar una relación dependiente, porque todo ello es inherente a un mínimo orden de organización empresarial y es propio también de otros contratos comerciales. En virtud de ello, corresponde tener por desvirtuada la presunción que genera el art. 23 LCT y concluir, entonces, que no está acreditada la existencia del contrato de trabajo (Del voto del Dr. Pirolo, en mayoría).

CNAT, Sala II, Expte N° 16209/2010 Sent. Def. N° 101.598 del 26/03/2013 “Desimone, Juan Carlos c/ Inversora Alimenticia SA y otros s/ Despido” (Pirolo - Maza - González),

Fletero. Trabajo autónomo

Ante la ausencia de circunstancias que demuestren la existencia de una subordinación técnica, económica o jurídica en relación a la persona fiscalizada, debe concluirse que no nos encontramos ante una prestación de tareas subordinada y, en consecuencia, ella debe ser descartada, pues el contrato de trabajo no puede presumirse gratuito (art. 115 LCT). Máxime si la persona por quien se formularon los cargos, realizó una posterior declaración en oportunidad de la audiencia de descargo negando toda vinculación laboral con la actora y, aclarando que su relación con la misma en el caso es a través de su actividad de transporte automotor de cargas en calidad de fletero o transportista autónomo, hallándose registrado en la Dirección de Rentas de la Prov. de Bs. As. y como monotributista en la AFIP, situación que corroboró por medio de las copias de facturas por los servicios requeridos por la recurrente.

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala III, Expte. 61886/2013. “TRANSPORTES FURLONG S.A. c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Impugnación de deuda”. 14/08/15. (Poclava - Lafuente - Laclau).

Despido. Contrato de Trabajo. Subordinación laboral. Médicos

Cabe dejar sin efecto la sentencia que admitió la demanda entablada por los herederos de un médico anestesiólogo, contra la accionada en tanto entendió que existió un contrato de trabajo entre ambos, pues califica como jurídicamente subordinada una relación que no es dependiente

en ese sentido, confundiéndola con el control de la prestación existente en una serie de contratos de colaboración, porque quien no puede hacer algo por sí mismo, lo delega en otro y lo controla, y en los vínculos de colaboración autónomos hay una intromisión o injerencia del titular del interés sobre quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo, injerencia que difiere de la dependencia laboral, ya que esta última no se limita al objeto del encargo pues alcanza al elemento personal, al trabajador, que está jurídicamente subordinado.

(...) No resultan decisivas para determinar un genuino ejercicio del poder de dirección patronal las restricciones impuestas a la actividad profesional del médico como producto de la fijación de honorarios para la atención de pacientes, ni el sometimiento a un cierto contralor y la exigencia de cumplir con diversas reglas propias del ejercicio de la profesión pues, por las circunstancias del caso, dichas medidas pudieron haber sido consecuencia necesaria de la organización y funcionamiento del sistema médico-asistencial en que el reclamante se había incorporado sin que por ello precisamente se altere la naturaleza autónoma de los servicios comprometidos (doctrina de Fallos: 323:2314). Voto del juez Lorenzetti. (Mayoría: Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco). (El Dr. Lorenzetti con voto concurrente).

CSJN, CSJ 1468/2011 (47C) C.1468.XLVII.RHE, "Cairone, Mirta Griselda y otros c/Sociedad Argentina de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/despido". 19/02/2015. En el mismo sentido, "Pastore, Adrián c/Sociedad Argentina de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/despido" - Fallo: CSJ 843/2012 (48P) del 19/02/2015 y "Recurso Queja N° 1" - "De Aranoa, Fernando Eduardo c/Federación de Círculos Católicos de Obreros s/despido" CNT 004614/2010/1/RG001. 14/7/2015.

Relación laboral. Profesiones liberales

El caso de las profesiones liberales es claramente border, puesto que se trata de los vínculos de profesionales universitarios, a quienes generalmente, en principio, se les hace aportar como autónomos, sin que lo sean realmente. Los requisitos de toda relación de dependencia no pueden ser hoy los mismos que al tiempo de la sanción y promulgación de la ley de contratos. El tipo de subordinación requerida por la misma hoy no resulta aplicable a toda clase de vínculo, y ello es así porque las relaciones en sí ya no son iguales. El hecho de que a estos profesionales se los obligue a entregar recibos en concepto de "honorarios", y aún se los haga aportar como autónomos, no cambia las cosas. Ellos no pueden disponer libremente de su tiempo, y quedan a disposición del empleador que, de alguna manera, "ordena" su tarea. Por lo tanto la idea de "liberal" de las profesiones así denominadas ha quedado rezagada al concepto de independencia técnica únicamente.

CNAT, Sala III, Expte. N° 37.681/09 Sent. Def. N° 93.008 del 28/02/2012 "Faggiano, Paula Eliana c/SIPRO Sistema de Protección Odontológica SA y otro s/despido". [Cañal - Rodríguez - Brunengo].

Profesionales Universitarios

Los trabajadores relevados manifestaron ser profesionales universitarios (economistas Elizalde y Arraigada, abogada González Moreno), declararon percibir una remuneración neta homogénea

a lo largo del tiempo, cumplir con un horario de trabajo, así como declarar una fecha de ingreso anterior al acto inspectivo (agosto de 2006 y marzo de 2007 conforme fs. 2/3).

De las constancias de autos surge acreditada la subordinación de índole económica que liga a los profesionales relevados con el recurrente, en la medida en que la facturación presentada como prueba de la autonomía de la labor demuestra homogeneidad en el tiempo como en el monto facturado (fs. 43/45), lo que le da carácter de sueldo, más que de honorarios propiamente dichos, sin probar la asunción del riesgo económico alguno por parte de los mismos, máxime y en atención a que tampoco se les practicaba deducción alguna por el uso de las instalaciones de la empresa. En este orden de ideas, tampoco se ha demostrado que los profesionales en cuestión hubiesen facturado honorarios para algún otro cliente. Además trabajaban en actividades incluidas en el objeto social -conforme estatuto de la infraccionada que demuestra que los trabajadores se encontraban insertos dentro de la estructura empresarial.

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, Expte. N°:9173/2010 "Diligentia SA c/Ministerio De Trabajo, Empleo Y Seguridad Social S/Impugnación De Deuda".

Relación laboral. Médico pediatra. Exclusividad no convenida

Que el médico haya facturado "honorarios", que haya guardado silencio u omitido reclamos durante el transcurso de la casi treintañal relación o bien que de manera concomitante hubiese podido prestar servicios a favor de otras personas de manera independiente o realizado actividades autónomas para su propio provecho en el mismo intervalo temporal, no modifica la índole laboral del vínculo dado que la exclusividad no es una nota esencial del contrato de trabajo, mucho menos en la medicina, si no se la convino.

(...) El hecho de que la retribución hubiese podido ser fijada en porcentajes calculados sobre las sumas facturadas por las intervenciones quirúrgicas o la atención de pacientes practicadas de manera personal y directa con el hospital, no impide calificar al vínculo como laboral, pues el rendimiento en el trabajo es una de las formas posibles de cuantificación salarial (conf. art. 104 LCT).

(...) No modifica la cualidad de laboral de la relación el hecho de que no se haya configurado una subordinación técnica, dado que es impensable en estos altos niveles de profesionalidad, o bien, por la misma razón, que estuviere ausente el tradicional control horario y que, en contraste, fuese ostensible la mayor libertad en la oportunidad de la prestación.

(...) No constituye un obstáculo para caracterizar al vínculo como laboral la circunstancia de que los médicos contraten seguros para sufragar eventuales indemnizaciones por mala praxis, porque esta práctica de aseguramiento es una constante en todo profesional de la medicina, especialmente la quirúrgica, sea trabajador dependiente o autónomo, porque tanto en un caso como en el otro, junto a la responsabilidad del establecimiento de salud, concurre la del galeno.

(...) En los tiempos actuales, cualquier médico necesita estar integrado a una estructura hospitalaria para poder ejercer su profesión. Y esto es así, particularmente en especialidades como la que ejerce el actor, cirugía de infantes, dado que es esencial contar con tecnología compleja de diagnóstico y tratamiento pues, sin esa infraestructura, por regla, inalcanzable para el profesional individual en razón de sus costos, es imposible la práctica de la medicina moderna.

[...] La mera pertenencia de un profesional de excelencia al staff que promueve un establecimiento hospitalario, aunque su prestación disminuya o no se mantenga con asiduidad, sumada a la atención habitual de consultorio y siempre abierta la opción de su consulta o supervisión efectiva aún por vía telefónica, constituye en la actividad médica, la prestación de un servicio personal que no hay razón, ni jurídica ni fáctica, para presumirse mutada a independiente o autónoma, cuando a lo largo de más de dos décadas abrevó en una conexión dependiente y subordinada.

CNAT, Sala VIII, Expte N° 6.569/06 Sent. Def. N° 34.501 del 10/10/2007 "Iñon, Alberto Eduardo c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/despido" (Vázquez - Catardo).

Relación laboral. Periodista. No asunción de riesgos. Prescindencia de las formas frente a los hechos

En los casos dudosos de relación laboral corresponde ponderar si algunas circunstancias prevalecen sobre otras, y a tal efecto uno de los elementos definitorios es la asunción de riesgos, por lo que si el reclamante no tomaba a su cargo riesgo económico, no ponía capital propio para soportar las pérdidas u obtener ganancias y únicamente aportaba su trabajo sería irreal concluir que se trataba de un empresario (cfr. CNAT, SIII, SD 28/5/93 in re: "Frías, Rosario del C. s/Suárez, Ramón", DT, 1993 -B, 1096). Asimismo, cabe destacar que la circunstancia de que el actor hubiere suscripto con la demandada contratos de locación de servicios y extendido facturas por sus trabajos, no impide caracterizar la vinculación habida entre las partes como un contrato de trabajo, en virtud de que el derecho laboral prescinde de las formas frente a la evidencia incontestable de los hechos.

CNAT, Sala II, Expte N° 12.975/07 Sent. Def. N° 97.533 22/12/2009 "Tognetti, Daniel Carlos c/Cuatro Cabezas S.A. y otros s/despido" (González - Maza).

Relación laboral. Tareas de mantenimiento. Locación de obra. Trabajador autónomo

En el caso, el actor celebraba distintos contratos para trabajos comunes con el consorcio y para trabajos particulares con los propietarios y el pago era efectuado por los beneficiarios de los servicios, que en definitiva, en los trabajos particulares eran abonados por los propietarios de cada departamento y no el consorcio, que solamente pagaba los comunes. Por lo tanto, si el consorcio demandado hubiese contratado al actor, bajo relación de dependencia, para la realización de trabajos de mantenimiento en los edificios respectivos no resulta lógico que les cobre a los propietarios por servicios que en definitiva estaban incluidos en el objeto de la contratación y que se verían reflejados en las expensas. En definitiva, con la prueba arrimada se evidenció la inexistencia de periodicidad en el pago y que la vinculación materializada en los sucesivos contratos celebrados entre las partes así como el otorgamiento de garantía por los trabajos implica que ha mediado una figura de locación de obra y que el actor era un trabajador autónomo.

CNAT, Sala VI, Expte N° 34.831/09 Sent. Def. N° 62.783 de 11/4/2011 “Escotorin, Pedro Ramón c/ Consorcio de Propietarios Edificio La Rioja 1746/1170/1774/1800 s/despido” (Fernández Madrid - Raffaghellì).

Relación laboral. Remiseros. Ausencia de relación laboral con agencia de remis. Relación dependiente con la propietaria del automóvil

Cuando se organiza una empresa cuyo objeto es la prestación del servicio de transporte de personas, se necesita un “medio material”, los vehículos, y otro personal, los conductores. Si la agencia de remis requirió o aceptó el ofrecimiento de un automóvil, cuya propietaria decidió, a su vez, contratar a un conductor, alternativa posible y plenamente lícita, no es posible afirmar, en ese contexto, que el chofer se incorpora como medio personal a una empresa ajena, la agencia, en los términos del art. 5° LCT, porque los bienes de producción materiales fueron aportados por la contratante del presunto “trabajador”.

CNAT, Sala VIII, Expte N° 1.812/03 Sent. Def. N° 33.121 del 31/3/2006 “Polero, Diego Hernán c/Remis Le Coq S.R.L. y otros s/ despido” (Morando - Catardo).

Relación laboral. Contrato de trabajo. Choferes y remiseros. Relación de dependencia

La prestación personal de servicios en calidad de conductor remisero para una remisería a cambio de una remuneración, y en base a una conducta ajustada a la organización empresarial de la demandada dependencia jurídico-personal determinan la existencia de la relación de dependencia en los términos del art. 23 LCT. En nada obsta a ello que el accionante fuera el titular del vehículo con el que prestaba el servicio de remis y solventara los gastos de dicho rodado. La relación de trabajo es un contrato realidad, así llamado para indicar que lo determinante son los hechos tal como se dan y no lo que las partes quieran decir de su relación o las denominaciones o las formas que, de buena o mala fe, adoptan para poner un velo sobre lo realmente ocurrido.

CNAT, Sala VI, Expte. N° 42.331/09 Sent. Def. N° 65.661 del 26/09/2013 “Blanco, Ramón Ernesto c/ New First Class SRL y otros s/despido”. (Craig - Fernández Madrid).

Relación laboral. Contrato de Trabajo. Vigiladores. Inexistencia de acto cooperativo. Simulación. Relación de dependencia: Procedencia

La demandada funciona como una mera intermediaria proveedora de personal de vigilancia de terceros, de modo que los servicios como vigilador que el actor prestó primero en el Servicio Nacional de Rehabilitación, luego en el Conicet, y finalmente en la Comisión Nacional de Energía Atómica, no han sido la materialización de un acto cooperativo sino el cumplimiento de una

prestación laboral dependiente, por lo que éste cobró sueldo y no “retornos” o “anticipo de retornos”. Cabe concluir entonces que hubo simulación absoluta e ilícita, donde fue encubierta una relación laboral bajo la apariencia de una relación asociativa, con el fin de sustraerse a las leyes laborales.

(...) El simple cumplimiento de los recaudos formales tales como la debida inscripción de la cooperativa ante los órganos correspondientes, el hecho de que ella lleve sus registros conforme a derecho, de que cumpla las normas tributarias destinadas a este tipo de sociedades, de que sus asociados estén inscriptos como autónomos ante los organismos de recaudación y perciban sus ingresos en concepto de “anticipo de retorno” y de que periódicamente se lleven a cabo asambleas, no resulta suficiente para descartar que la verdadera naturaleza del vínculo haya sido laboral. En tales casos, la controversia debe ser dilucidada considerando fundamentalmente si el trabajador tuvo efectiva injerencia en la formación de la voluntad mediante su participación en las asambleas que correspondía convocar a tales fines, ya que ésta es una característica esencial del vínculo cooperativo que no halla su correlato en el derecho del trabajo.

CNAT, Sala I, Expte N° 28.811/07 Sent. Def. N° 86.504 del 29/03/2011 “Mennella, Rodolfo Luis c/ Cooperativa de Trabajo Fast LTDA y otro s/ Despido” (Vázquez - Vilela).

Relación laboral. Contrato de trabajo. Fraude laboral. Interposición fraudulenta de la cooperativa. Art. 14 y 29 LCT

La demandada se valió de la mano de obra de personal ajeno para satisfacer necesidades propias y permanentes para el cumplimiento de su objeto social, aunque formalmente aparentaba una figurada contratación e intervención de una empresa prestataria de servicios. Con dicha mecánica, las accionadas vulneraron el esquema legal laboral de contratación del trabajador en forma permanente y por tiempo indeterminado, circunstancia que permite involucrarlas, conjuntamente, en los términos de los arts. 14 y 29 de la LCT. En el caso, se advierte que la cooperativa solo actuó como una mera intermediaria de mano de obra para prestar servicios en otro establecimiento, lo que constituye el caso más común de fraude.

CNAT, Sala VII, Expte N° 23.412/03 Sent. Def. N° 45.234 del 24/04/2013 “Villaroel Oscar Antonio c/ Empresa Ferrocarril Gral Belgrano SA y otro s/ Cobro de salarios”. (Rodríguez - Brunengo - Ferreirós).

Relación laboral. Contrato de trabajo. Socio empleado. Cooperativas de trabajo. Utilización fraudulenta de la cooperativa

Toda vez que el actor fue inscripto como socio por una cooperativa de trabajo, siendo enviado a prestar servicios para terceros como guardia de vigilancia, se encuentra ligado a ésta por una relación laboral (art. 27 LCT), y no puede ser considerado socio. La figura del “socio” ha sido utilizada en forma fraudulenta por la cooperativa demandada, a fin de evadir sus obligaciones laborales y con los organismos de la seguridad social. Razones de orden físico ponen en evidencia que no era precisamente cooperativo el espíritu que animaba a la demandada: si los medios

escogidos para hacer conocer la realización de asambleas y el espacio destinado a las mismas no eran idóneos para lograr la genuina convocatoria de todos los socios, era porque el único objetivo era dar la imagen de que era genuina, y no consultar la voluntad de los “socios”. Frente a esta situación, no es aplicable la ley de cooperativas, sino la LCT.

CNAT, Sala III, Expte. N° 35.977/2010 Sent. Def. N° 94.128 del 22/08/2014 “Fermoselle,, Luis Claudio c/Cooperativa de Trabajo, de Seguridad y Vigilancia Dogo Argentina Ltda. y otro s/despido”. (Cañal - Rodríguez - Brunego - Pesino).

Relación laboral. Contrato de trabajo. Socio empleado. Cooperativas que proveen personal a terceros. Meras intermediarias y no verdaderas cooperativas de trabajo. Relación laboral entre quien presta servicios y quien se sirve de éstos. Fraude

El caso más común de fraude que se puede enmascarar bajo la forma de “cooperativas de trabajo” se presenta cuando la única finalidad del ente consiste en proveer servicios a terceros. Los interesados recurren a la cooperativa (una suerte de agencia) a fin de obtener empleo, deben hacerse socios de ella y ésta, en tal carácter, los envía a terceros (clientes) que les asignan trabajo efectivo. A diferencia de lo que acontece en el derecho civil (en que no hay acción entre los copartícipes de la simulación ilícita, art. 959 del Cod. Civil) en este caso, sometidas las normas del derecho común a un examen de compatibilidad con los principios especiales de derecho del trabajo, tendremos que en virtud del principio protector se impone que se considere irrelevante jurídicamente la voluntad del trabajador dirigida a la evasión de las normas de derecho laboral, de modo que siempre tendrá acción para poner en claro la simulación ilícita y beneficiarse con la aplicación de dichas normas. En este sentido la sanción del Decreto 2.015/94 consideró al margen de la naturaleza propia de la institución cooperativa a toda organización que se dirija a brindar servicios a terceros a través de la utilización por parte de éstos de la fuerza de trabajo de sus asociados, circunstancia receptada actualmente en el art. 40 de la Ley 25.877.

CNAT, Sala X, Expte. N° 36.126/2011/CA1 Sent. Def. del 12/02/2015 “Lovrinkevich, Walter Gerardo c/Cooperativa de Trabajo Solucionar Ltda. y otros s/despido”. (Brandolino - Corach).

Cooperativa de Trabajo. Fraude Laboral. Prueba

Es indudable que, salvo que se demuestre la existencia de fraude laboral, no puede hablarse de relación de trabajo entre los asociados a la cooperativa y quienes contratan sus servicios.

Esta apreciación se corrobora con lo dispuesto por la Ley 25.877, [que] en el artículo 40 se refiere expresamente a ellas y, en concreto, a la situación de fraude a la ley y sus consecuencias.

Por lo tanto, será pura y exclusivamente una cuestión de hecho y prueba demostrar que los asociados cooperativos son en realidad trabajadores de quienes contratan con la cooperativa, convirtiéndose en socios de un fraude a las leyes laborales y previsionales. Supuesto de extrema gravedad que requiere de parte de quien efectúa tal imputación el máximo de prudencia.

Los elementos aportados por el actor (copias de recibo de retiro mensual a cuenta de resultados, constancia de adhesión a monotributo, certificado de cobertura [por] accidentes personales cuyo tomador es la cooperativa de trabajo y entre los asegurados se encuentra el sujeto relevado, Munaron, Walter Omar, etc.) así como la necesidad de una mayor investigación a ésta y sus asociados, me inclinan a sostener que el organismo no ha agotado el procedimiento para dilucidar la cuestión.

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, Expte. N°: 105915/2011 “Botana Fabio Cesar c/ Ministerio De Trabajo, Empleo Y Seguridad Social S/Impugnación De Deuda”.

