

Informe especial. Relación de trabajo.

Discusión y recomendación sobre la relación de trabajo en la OIT

Se expone la información sobre la relación de trabajo (incluidas las relaciones “disfrazadas”), elaborada por la OIT, la cual fue sometida a discusión durante la 95ª reunión de la Conferencia de la OIT “, donde se adoptó una Recomendación. El tema resulta ser objeto de nuestra atención por la relación que puede tener con el artículo 15 de nuestro Código de Trabajo, el cual establece que, los casos no previstos en ese Código, *en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales de Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; y en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de derecho común.”* (Lo resaltado en negrita no es del original). De ahí la importancia de incluir en esta edición de la Revista, la Recomendación de la OIT del año 2006.

Asimismo, sobresale el Informe V-I, que describe en lo principal la evolución de las discusiones llevadas a cabo en la OIT, incluidas las discusiones sobre el «trabajo en subcontratación» de 1997 y 1998, la Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección, de 2000, y la discusión general de 2003. También se ofrece un panorama general de las tendencias y los problemas relativos a la forma en que se regulan los aspectos generales de la relación de trabajo en distintos países.

Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a
reunión, 2006
Informe V (1)

La relación de trabajo
Quinto punto del orden del día
Oficina Internacional del Trabajo Ginebra (*)

[...]

Introducción

1. La cuestión de la relación de trabajo será examinada según el procedimiento de simple discusión establecido en el artículo 38 del Reglamento de la Conferencia. A tal efecto, la Oficina ha preparado este breve informe sobre la legislación y la práctica relativas a la relación de trabajo, el cual abarca una amplia gama de legislaciones y prácticas en vigor en más de 60 Estados Miembros de la OIT de diversas regiones y diferentes tradiciones y ordenamientos jurídicos. En el informe se ofrece un análisis comparativo de los principales cambios y tendencias emergentes basado en un examen de los textos legales, de otros tipos de normativas y de la jurisprudencia. El informe va acompañado de un cuestionario redactado con miras a la preparación de una recomendación. Los gobiernos están invitados a proporcionar respuestas detalladas al cuestionario, a partir de las cuales la Oficina preparará un informe definitivo de conformidad con el párrafo 2 del artículo 38 del Reglamento. Ese informe definitivo incluirá un proyecto de recomendación para su examen por la Conferencia.

(*) Información tomada de: www.ilo.org/publns.

2. Con arreglo a las disposiciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 38 del Reglamento, el presente informe debe llegar a poder de los gobiernos 18 meses, por lo menos, antes de la apertura de la 95.^a reunión de la Conferencia en 2006. De conformidad con el párrafo 2 de dicho artículo, el informe definitivo deberá enviarse a los gobiernos cuatro meses, por lo menos, antes de la apertura de la 95.^a reunión de la Conferencia. Con el fin de que la Oficina disponga del tiempo necesario para examinar las respuestas al cuestionario y preparar el informe definitivo, se pide a los gobiernos que velen por que sus respuestas lleguen a la Oficina Internacional del Trabajo en Ginebra a más tardar el 1.º de julio de 2005, o el 1.º de agosto de ese mismo año en el caso de países federales o de países donde sea necesario traducir los cuestionarios al idioma nacional.
3. La Oficina desea señalar a la atención de los gobiernos el párrafo 1 del artículo 38 del Reglamento, en el que se les solicita que consulten a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas antes de completar sus respuestas. En sus respuestas, los gobiernos deberían reflejar el resultado de dichas consultas e indicar a qué organizaciones han consultado.
4. El informe se divide en tres capítulos, tal y como se explica a continuación. En el capítulo I se describe la evolución durante el último decenio de las discusiones llevadas a cabo en la OIT sobre la relación de trabajo, incluidas las discusiones sobre el «trabajo en subcontratación» de 1997 y 1998, la Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección, de 2000, y la discusión general de 2003. También contiene un resumen de las cuestiones más pertinentes que dimanen de los 39 estudios nacionales realizados de 1999 a 2001. En el capítulo II se ofrece un panorama general de las tendencias y los problemas relativos a la forma en que se regulan los aspectos generales de la relación de trabajo en distintos países.

El mismo se basa en un análisis comparativo de las leyes pertinentes de más de 60 Estados Miembros. La relación de trabajo 2 de la OIT. En este capítulo se elabora y complementa la información sobre la legislación y la práctica proporcionada en el informe presentado para la discusión general de la 91.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2003 ¹. El capítulo III contiene una breve explicación de los motivos que subyacen a la elaboración del cuestionario y de la estructura y el contenido del mismo.

Capítulo I

La relación de trabajo: resumen de los desafíos y oportunidades

5. La relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada «el empleado» o «el asalariado» (o, a menudo, «el trabajador»), y otra persona, denominada el «empleador», a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se la haya definido, como se crean derechos y obligaciones recíprocas entre el empleado y el empleador. La relación de trabajo fue, y continua siendo, el principal medio de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. 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.
6. 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 que no siempre se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la

1. OIT: *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.^a reunión, Ginebra, 2003.

flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, y que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo. En 2004, el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo se refirió a ese desafío 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 [...] Una estrategia dinámica para gestionar el cambio del mercado de trabajo resulta fundamental para las políticas nacionales destinadas a dar respuesta a los desafíos sociales de la globalización ¹.

7. El marco jurídico por el que se rige la relación de trabajo es un componente importante de la política nacional para que en la gestión de los cambios del mercado de trabajo se tome en cuenta la necesidad de incorporar flexibilización y seguridad a dicho mercado.
8. La cuestión de la relación de trabajo ha figurado de alguna manera en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo durante más de un decenio. A continuación se reseña la evolución de esas discusiones que culminaron en la discusión general de 2003. En este capítulo también se resumen las cuestiones más pertinentes que se plantearon en los estudios nacionales realizados entre 1999 y 2001, los cuales constituyeron la

base del informe preparado por la Oficina para la discusión general de 2003 y fueron cabalmente analizados y citados en dicho informe ².

Evolución de las discusiones llevadas a cabo en la OIT sobre la relación de trabajo

9. La OIT ha adoptado la relación de trabajo como el punto de referencia para el examen de las diversas formas de trabajo. En los últimos años, la Conferencia ha celebrado discusiones sobre trabajadores independientes, trabajadores migrantes, trabajadores a domicilio, trabajadores de agencias de empleo privadas, niños trabajadores, trabajadores de cooperativas, trabajadores de la economía informal y del sector pesquero. Asimismo, al considerar cuestiones relativas a la seguridad social y a la protección de la maternidad tuvo en cuenta la eventual relación de trabajo de los beneficiarios.
10. En 1997 y 1998 la Conferencia examinó un punto sobre «trabajo en régimen de subcontratación» La discusión emprendida por la Conferencia sobre la cuestión del «trabajo en régimen de subcontratación» tenía por objeto inicialmente lograr que mediante la adopción eventual de un convenio y una recomendación se protegieran ciertas categorías de trabajadores desprovistas de amparo laboral, pero la propuesta para adoptar un convenio y una recomendación fracasó. Sin embargo, al final de la segunda discusión de 1998, la Conferencia adoptó una resolución por la que se invitaba al Consejo de Administración de la OIT a introducir estos temas en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia con miras a la posible adopción de un convenio complementado por una recomendación si la Conferencia, de

1. OIT: *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, 92.ª reunión, Ginebra, 2004, págs. 18 y 19.

2. OIT: *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003.

3. Para consultar los informes de la Comisión del Trabajo en Subcontratación y la discusión de esos informes en sesiones plenarias de la Conferencia, véase OIT: *Actas Provisionales* núm. 18, Conferencia Internacional del Trabajo, 85.ª reunión, Ginebra, 1997, y *Actas Provisionales* núms. 16 y 21, Conferencia Internacional del Trabajo, 86.ª reunión, Ginebra, 1998. La Oficina preparó los siguientes informes para que sirvieran de base a las discusiones: OIT: *Trabajo en régimen de subcontratación*, informes VI (1) y VI (2), Conferencia Internacional del Trabajo, 85.ª reunión, Ginebra, 1997; y *Trabajo en régimen de subcontratación*, informes V (1), V (2A) y V (2B), Conferencia Internacional del Trabajo, 86.ª reunión, Ginebra, 1998.

acuerdo con los procedimientos reglamentarios, considerara necesaria la adopción. Asimismo, se invitó al Consejo de Administración a dar instrucciones al Director General para:

a. que se realicen reuniones de expertos a fin de examinar, como mínimo, las distintas cuestiones que surjan de las deliberaciones de esta Comisión, que siguen a continuación:

i) cuáles son los trabajadores que, en las situaciones que la Comisión ha comenzado a identificar, necesitan protección;

ii) los medios adecuados para la protección de dichos trabajadores, y la posibilidad de tratar separadamente las distintas situaciones, y

iii) cómo se podrían definir estos trabajadores, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos existentes y las diferencias idiomáticas⁴.

11. Merece la pena destacar que en los debates antes mencionados, los delegados de todas las regiones se refirieron, en reiteradas oportunidades, a la relación de trabajo, en sus diversos aspectos, formas y significados, como un concepto que a ninguno de ellos le era ajeno.

12. De conformidad con la resolución de 1998, en mayo de 2000 se celebró en Ginebra una Reunión tripartita de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección⁵. En la Declaración conjunta que se adoptó en dicha reunión⁶ se observó que el fenómeno mundial de las transformaciones ocurridas en la naturaleza del trabajo ha dado lugar a situaciones en las

cuales el ámbito legal de la relación de trabajo (que a su vez determina si los trabajadores tienen derecho o no a ser protegidos por la legislación del trabajo) no está en conformidad con las realidades de las relaciones de trabajo. Esto ha traído como consecuencia una tendencia según la cual los trabajadores que deberían ser protegidos por la legislación del trabajo, jurídicamente o de hecho, no reciben dicha protección⁷. El ámbito de la regulación de las relaciones de trabajo no se acomoda a la realidad, que varía de un país a otro y, dentro de cada país, de un sector a otro sector. También quedó claro que si bien algunos países habían respondido a dicha tendencia ajustando el alcance de la reglamentación jurídica de la relación de trabajo, no había sucedido lo mismo en todos los países.

13. En la Declaración conjunta se observa asimismo que varios estudios han enriquecido significativamente la información disponible acerca de la relación de trabajo y la medida en la cual los trabajadores dependientes han dejado de ser protegidos por la legislación del trabajo. En la Reunión se convino en que los países deberían adoptar o continuar una política nacional de acuerdo con la cual se debería revisar a intervalos apropiados y, si fuere pertinente, clarificar o adaptar el alcance de la regulación de la relación de trabajo en la legislación del país de acuerdo con la realidad del empleo. Dicha revisión debería ser realizada de una manera transparente con participación de los interlocutores sociales. Asimismo, los Expertos estuvieron de acuerdo en que la OIT debería desempeñar un papel importante en asistir a los países para que desarrollen políticas tendientes a que la legislación que regula la relación de

4. Actas Provisionales núm. 16 (86.ª reunión), op. cit., pág. 16/77.

5. La Oficina preparó el siguiente documento para que sirviera como base de las discusiones de la Reunión: *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (La relación de trabajo: ámbito personal)*, documento técnico de base MEWNP/2000. Puede consultarse en <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/index.htm>. El informe de la Reunión figura en OIT: *Informe de la Reunión de expertos sobre trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección*, documento MEWNP/2000/4 (Rev.), anexo al documento GB.279/2. Véase en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb279/pdf/gb-2.pdf>.

6. *Ibid.*, párrafo 107.

7. Los expertos trabajadores y gubernamentales consideraron que ésta era una tendencia creciente, pero los expertos empleadores estimaban que los alcances de dicha tendencia no habían sido probados.

trabajo abarque a los trabajadores que necesitan protección.

14. A raíz de la resolución que la Conferencia adoptó en 1998, la Oficina realizó una serie de estudios nacionales⁸. El objetivo de esos estudios nacionales era ayudar a señalar y describir las situaciones más frecuentes en las que los trabajadores no cuentan con protección adecuada, como también los problemas provocados por la falta de protección o por una protección inadecuada, y sugerir medidas para poner remedio a esas situaciones.
15. Las investigaciones realizadas han confirmado la importancia de la idea de la relación de trabajo, sobre la cual reposan sustancialmente los sistemas de protección laboral; han puesto de relieve las carencias de que adolece la regulación del ámbito personal de dicha relación, y confirmado la magnitud y las repercusiones de los problemas relacionados con la falta de protección para los trabajadores.
16. En la 91ª reunión de la Conferencia que tuvo lugar en junio de 2003, se llevó a cabo una discusión general sobre el ámbito de la relación de trabajo. Durante la discusión, muchos delegados hicieron hincapié en que el concepto de relación de trabajo es común a todas las tradiciones y sistemas jurídicos del mundo. Existen derechos y prestaciones contemplados en leyes,

reglamentaciones y convenios colectivos que son propios de los trabajadores enmarcados en una relación de trabajo o que guardan relación con los mismos. Una de las consecuencias asociadas a los cambios de estructura del mercado de trabajo, la organización del trabajo y la aplicación deficiente de la ley es el fenómeno cada vez más frecuente de trabajadores que en realidad son empleados pero que no cuentan con la protección que ofrece una relación de trabajo. Existía un interés común entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores en garantizar que la legislación del trabajo se aplique a quienes sean parte de una relación de trabajo y que la gran variedad de arreglos según los cuales un trabajador puede prestar sus servicios se encauce en un marco jurídico apropiado⁹.

17. La Conferencia también reconoció que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la OIT. En el marco del Programa de Trabajo Decente, todo trabajador, independientemente de su situación en el empleo, debería desempeñar sus funciones en condiciones de dignidad y de respeto.
18. La Conferencia observó que la OIT debería prever la adopción de una respuesta internacional sobre este tema. Se consideró que una recomendación sería una respuesta adecuada. La recomendación debería centrarse en las relaciones de trabajo

8 Una primera serie de estudios es la que abarca los 29 realizados en 1999, con base en un mismo esquema. A continuación se enumeran los países estudiados y los autores de cada estudio: *Alemania* (Rolf Wank); *Argentina* (Adrián Goldín y Silvio Feldman); *Australia* (Alan Clayton y Richard Mitchell); *Brasil* (José Francisco Siqueira Neto); *Camerún* (Paul Gérard Pougoué); *República Checa* (Marcela Kubincová); *Chile* (María Ester Feres, Helia Henríquez y José Luis Ugarte); *República de Corea* (Park Jong-Hee); *Eslovenia* (Polonca Kontar); *Estados Unidos* (Alan Hyde); *Francia* (Françoise Larré y Vincent Wauquier); *Filipinas* (Bach Macaraya); *Hungría* (Lajos Héthy); *India* (Rajasi Clerck y B. B. Patel); *República Islámica del Irán* (Kgeshavad Monshizadeh); *Italia* (Stefano Liebman); *Japón* (Mutsuko Asakura); *Marruecos* (Mohamed Korri Youssef); *México* (Carlos Reynoso Castillo); *Nigeria* (Femi Falana); *Pakistán* (Iftikhar Ahmad y Nausheen Ahmad); *Perú* (Marta Tostes Vieira y Alfredo Villavicencio); *Polonia* (Marek Pliszkiwicz); *Reino Unido* (Mark Freedland); *Federación de Rusia* (Janna Gorbacheva); *Sudáfrica* (Halton Cheadle y Marlea Clarke); *Trinidad y Tabago* (Roodal Moonilal); *Uruguay* (Antonio Grzetich y Hugo Fernández Brignoni), y *Venezuela* (Oscar Hernández Álvarez y Jaqueline Richter Duprat). Cuando se inscribió la cuestión de la relación de trabajo en el orden del día de la Conferencia, para discusión general, en 2000-2001 se llevaron a cabo nuevos estudios por países, preparados conforme a un esquema similar al que se utilizó en la primera ronda. Se trata de los siguientes países y autores: *Bulgaria* (Ivan Neykov); *Costa Rica* (Fernando Bolaños Céspedes); *El Salvador* (Carolina Quinteros y Dulceamor Navarrete); *Finlandia* (Mari Leisti, en colaboración con Heli Ahokas y Jorma Saloheimo); *Irlanda* (Ivana Bacik); *Jamaica* (Orville W. Taylor); *Panamá* (Rolando Murgas Torrazza y Vasco Torres de León); *Sri Lanka* (R. K. Suresh Chandra); *Sudáfrica* (Marlea Clarke, con Shane Godfrey y Jan Theron), y *Tailandia* (Charit Meesit). La mayoría de esos estudios pueden consultarse en http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/II/er_back.htm. En el presente informe todas las remisiones a esos estudios se harán por el nombre del país de que se trate, en cursiva, seguido del número de la página o las páginas pertinentes del estudio en cuestión. En el caso de Sudáfrica, país sobre el que se prepararon dos estudios, toda referencia al segundo de ellos será Sudáfrica 2002.

9 «Conclusiones relativas a la relación de trabajo», en OIT: Actas Provisionales núm. 21, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003, págs. 21/57-63.

encubiertas y en la necesidad de contar con mecanismos para garantizar que las personas que son parte de una relación de trabajo tengan acceso a la protección que les corresponde en el plano nacional. Dicha recomendación debería brindar orientación a los Estados Miembros, sin definir universalmente la esencia de la relación de trabajo. Debería ser lo suficientemente flexible para tener en cuenta las diferentes tradiciones económicas, sociales, jurídicas y de relaciones laborales, y abordar los problemas de género. Esta recomendación no debería interferir con los auténticos contratos comerciales y arreglos contractuales con los trabajadores independientes. Debería promover la negociación colectiva y el diálogo social como vías para encontrar soluciones al problema en la esfera nacional y tomar en consideración la evolución reciente de las relaciones de trabajo.

La relación de trabajo y la ley

19. La *relación de trabajo* es un concepto jurídico subyacente al funcionamiento del mercado de trabajo en muchos países. Esto fue confirmado, en particular, en las discusiones sobre el «trabajo en régimen de subcontratación» en la Conferencia Internacional del Trabajo en 1997 y 1998, discusiones que precedieron a la adopción del Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), los estudios nacionales llevados a cabo por la OIT, la Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección y la discusión general de la Conferencia de 2003 sobre el ámbito de la relación laboral. También se refleja en una gran cantidad de normas internacionales del trabajo: algunos de los convenios y recomendaciones de la OIT se aplican a todos los trabajadores sin distinción alguna, mientras que otros hacen referencia específicamente a los trabajadores independientes o trabajadores por cuenta propia,

y otros se aplican sólo a las personas vinculadas por una relación de trabajo.

20. La prestación de servicios en el marco de una relación de trabajo es la que caracteriza de manera predominante la situación de muchos países¹⁰. Además, en un estudio publicado en 2000 se ha constatado que en los países industrializados la relación de trabajo no sólo predomina sino que también sigue siendo duradera, contrariamente a informaciones persistentes según las cuales se habían producido tan grandes transformaciones que había disminuido la estabilidad en el empleo y aumentado la flexibilidad numérica ¹¹. Otro estudio publicado en 2001 arrojó similares resultados respecto de seis países en transición ¹².
21. Desde luego, la situación respecto de la relación de trabajo no es la misma en todos los países. Cuando el sector estructurado de la economía apenas abarca una proporción bastante limitada de la población y es tal el desempleo que se engrosan las filas del trabajo independiente, la realidad tiende a ser distinta. No obstante, aún en esos casos los asalariados representan una proporción significativa de la fuerza de trabajo en términos cuantitativos.
22. En el marco de los cambios producidos en la organización del trabajo y las modalidades de contratación, con frecuencia se hace referencia a la amplia difusión de nuevas formas de empleo. Esa expresión, sin embargo, puede ser comprendida de diversas maneras y significar cosas distintas, en especial por lo que se refiere a sus efectos jurídicos; por esta razón, es importante hacer la distinción siguiente.
23. Toda persona puede ofrecer sus servicios en virtud de una relación de trabajo bajo las órdenes de un empleador y por una remuneración o en virtud de una relación independiente de índole civil o comercial y mediante un pago. Cada una de esas modalidades responde a ciertas características

10 Véase el anexo 3.

11 P. Auer y S. Cazes: «Fortaleza de la relación de trabajo duradera en los países industrializados», en *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 119, 2000, núm. 4, págs. 419-450.

12 S. Cazes y A. Nesporova: «¿Es excesiva la inestabilidad del trabajo en las economías en transición?», en *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 120, 2001, núm. 3, págs. 341-379, en especial págs. 355 y 356 y cuadro 4.

que varían de un país a otro, con base en las cuales es posible determinar si la prestación de un servicio se realiza según una relación de trabajo o una relación civil o comercial.

24. Las relaciones de trabajo se han ido diversificando, más en algunos países y sectores de 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, cada vez más están contratando a trabajadores en virtud de otras modalidades, lo que les permite utilizar sus servicios del modo más eficiente posible. Mucha gente acepta contratos de corta duración o conviene en trabajar sólo ciertos días por semana debido a la escasez de mejores oportunidades de conseguir empleo. Otros trabajadores consideran que esas opciones son adecuadas para ellos tanto 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. Todas estas formas contractuales existen *dentro* del marco de la relación de trabajo.

25. Existen a la vez relaciones contractuales civiles o comerciales en virtud de las cuales las empresas pueden procurarse los servicios de trabajadores independientes conforme a arreglos y condiciones que no son los de una relación de trabajo. Desde hace algunos años, es cada vez más frecuente la utilización de trabajadores según esas modalidades contractuales. Desde un punto de vista jurídico, esas modalidades operan *fuera* del marco de la relación de trabajo.

26. Para verificar si existe o no existe una relación de trabajo es necesario guiarse por los *hechos*, y no por la denominación o forma que las partes

le hayan dado. Por eso se dice que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas, y no de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas. En otras palabras, lo que cuenta es aquello que se conoce en derecho como el principio de la *primacía de la realidad*, que a veces es enunciado expresamente en algunos sistemas jurídicos nacionales. Los tribunales también aplican con frecuencia este principio en ausencia de una norma expresa.

27. En muchos países se utilizan varios *factores*¹³ para determinar si existe una relación de trabajo. Si bien esos factores varían, entre los factores más utilizados figuran el nivel de subordinación a un empleador, si se trabaja por cuenta de otra persona, y si la prestación del servicio se lleva a cabo en virtud de instrucciones recibidas. En algunos casos, la ley va más allá y determina que serán considerados asalariados algunos trabajadores cuya situación pueda ser ambigua, o presume que están ligados por una relación de trabajo. Otras leyes prescriben que ciertas formas de empleo no representan una relación de trabajo.

28. En algunos sistemas jurídicos se recurre a determinados *indicadores* para averiguar si existen o no los *factores* pertinentes que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos *indicadores* figuran el grado de integración en una organización, quién supervisa las condiciones de trabajo, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria, el dictado de cursos y si la remuneración se paga en forma periódica y si constituye una proporción importante de los ingresos del trabajador. En países donde se aplica el derecho consuetudinario, los jueces basan su decisión en ciertos *criterios*, entre ellos los llamados criterios de control, integración en la empresa, realidad económica

13 En muchos países se utilizan las palabras *factores*, *indicadores* y *criterios* indistintamente sin ningún tipo de diferencia entre tales conceptos. A los efectos del presente informe, la palabra *factores* se utiliza para hacer referencia a los elementos cualitativos que puedan probar la existencia de una relación de trabajo. La palabra *indicadores* hace referencia a las circunstancias que pueden contribuir a verificar la existencia, en cada caso concreto, de los *factores* mencionados *supra*. Esta distinción que se realiza en el presente informe responde solamente a razones metodológicas y se refleja en el cuestionario adjunto.

y obligaciones mutuas. En todos los sistemas incumbe normalmente al juez decidir con base en los hechos, sean cuales sean las apariencias o el modo en que las partes hayan definido determinada relación contractual.

29. La existencia de un marco jurídico que reglamente la prestación de servicios no impide, como es natural, que se produzcan desacuerdos al examinar casos específicos en los que haya que determinar si existe una relación de trabajo. De hecho, esto ocurre con bastante frecuencia debido a la proliferación y gran diversidad de situaciones en que se carece de certeza acerca del Estatuto de los Trabajadores.

La relación de trabajo y la protección de los trabajadores

Contexto de la desprotección

30. Como se mencionó precedentemente, la Reunión de expertos de mayo de 2000 puso de relieve la desprotección de los trabajadores en determinadas situaciones en las que el ámbito legal de la relación de trabajo no está en conformidad con las realidades de las relaciones de trabajo. Varía bastante de una región a otra y de un país a otro el contexto en que se ha ido planteando el problema de la falta de protección, pero en todas partes del mundo se ha podido observar que el fenómeno está ligado a cambios significativos en la estructura del empleo. Algunos de esos cambios están vinculados con la globalización¹⁴,

el cambio tecnológico y la transformación de la organización y el funcionamiento de empresas, a los que se añade la frecuencia con que se procede a la reestructuración de empresas en un entorno económico sumamente competitivo. La Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización ha declarado que «la llobalización ha puesto en marcha un proceso de cambio de gran alcance que afecta a todos»¹⁵. Las repercusiones de estos cambios han sido muy distintas respecto de las ventajas que han significado para los países, las industrias y las empresas¹⁶.

31. Los cambios que se producen en la condición de los trabajadores y los despidos en masa de mano de obra, especialmente en países en desarrollo y en economías en transición, se atribuyen frecuentemente a serias crisis financieras, la deuda externa, los programas de ajuste estructural y las privatizaciones. La realidad que reflejan esas situaciones se traduce en una reducción drástica de la capacidad financiera de esos países y el deterioro de las condiciones de empleo y de trabajo de la mano de obra. En este contexto, el crecimiento de la economía informal y del trabajo no declarado son muy significativos.
32. En relación con los problemas que acaban de mencionarse, se han acentuado cambios en la estructura de la fuerza de trabajo como consecuencia de las migraciones, tanto de un país a otro como de un sector a otro de la economía nacional¹⁷. Influyen también el crecimiento del sector terciario, el mayor grado de participación

14 La Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización ha definido las características fundamentales de la globalización como «la liberalización del comercio internacional, la expansión de la inversión extranjera directa y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos». Véase OIT: *Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos*, informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, 2004, pág. 27.

15 *Ibid.*, resumen, p. x.

16 Sobre los distintos efectos de estos cambios en diferentes regiones, véase *Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos*, op. cit., págs. 38-54; D. Dollar, y A. Kraay: *Trade, growth and poverty* (Banco Mundial, World Bank Policy Research Department Working Paper No. 2615, Washington, DC, 2001); K. Watkins: «Making globalization work for the poor», en *Finance and Development*, vol. 39, núm. 1, marzo de 2002; P. Warr: *Poverty incidence and sectoral growth: Evidence from Southeast Asia*, WIDER Discussion paper núm. 2002/20 (Helsinki, United Nations University, World Institute for Development Economics Research, febrero de 2002); E. Lee: *La crisis financiera asiática: el reto para la política social* (OIT, Ginebra, 2000); T. Ademola Oyejide: «Globalization and its economic impact: An African perspective», en J. Semboja; J. Mwapachu y E. Jansen (publicado bajo la dirección de): *Local perspectives on globalisation: The African case* (Dar es Salaam, Mkuki na Nyota Publishers, 2002), y S. da Silva: *Is globalization the reason for national socioeconomic problems?* (OIT, Oficina de Actividades para los Empleadores, 2001).

17 El tema de los trabajadores migrantes fue objeto de una discusión general en la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2004. Véase OIT: En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, Ginebra, 2004.

de mujeres en la fuerza de trabajo, las mejores calificaciones profesionales de que disponen los jóvenes trabajadores en ciertos países y el grado en que en otros países los trabajadores han ido empobreciendo sus conocimientos y experiencia profesionales. Los cambios registrados en el estilo de vida, los niveles educativos y expectativas también dieron lugar a demandas de mayor flexibilidad. Tales cambios influyen inevitablemente en las actitudes de los trabajadores y en la manera en que perciben el problema de encontrar empleo y poder conservarlo.

33. Muchas empresas, por su parte, han organizado sus actividades de modo que puedan utilizar a su personal en trabajos cada vez más diversificados y de manera más selectiva, que incluyen el recurso a contratos de diversos tipos, la descentralización de parte de la producción u otra actividad a manos de contratistas o trabajadores independientes, o el recurso a agencias de empleo. El fomento de esas prácticas ha sido estimulado por el rápido desarrollo de la tecnología y de nuevos métodos de gestión de empresas en respuesta a las crecientes exigencias de la competencia. La flexibilidad lograda por estos medios frecuentemente fue precedida de reformas institucionales o de la legislación adoptadas algo antes o casi simultáneamente con miras a aumentar la oferta y la demanda de mano de obra y promover el empleo por cuenta propia como medio de estimular la creación de empleo.

Repercusiones de la desprotección

34. La falta de protección laboral tiene consecuencias adversas sobre todo para los trabajadores y sus familias. Al mismo tiempo, la inexistencia de derechos y garantías puede tener efectos contraproducentes en las empresas y acarrear resultados negativos para la sociedad en general. Además, algunos indicios sugieren que

los cambios afectan más a las mujeres que a los hombres. Los trabajadores perjudicados no sólo pierden los derechos que les conferían las leyes de trabajo, sino que también tropiezan con dificultades para conseguir que los inspectores del trabajo intervengan en su favor o tener acceso a los tribunales de trabajo. En muchos países, esos trabajadores quedan relegados al margen del sistema de seguridad social o reciben prestaciones mucho menos favorables que las que pueden obtener los trabajadores a quienes se reconoce la condición de empleados.

35. Que los trabajadores carezcan de protección laboral también puede acarrear consecuencias para los empleadores, en la medida en que ello socava la productividad y distorsiona la competencia entre las empresas, tanto a nivel nacional o sectorial como en el ámbito internacional, a menudo en detrimento de aquellas empresas que cumplen la ley¹⁸. La falta de seguridad jurídica puede redundar en la adopción de decisiones judiciales en virtud de las cuales se dé la calificación de asalariados a trabajadores contratados como independientes, con considerables consecuencias económicas imprevistas para las empresas. Al mismo tiempo, enfrentados a la realidad de su condición, los trabajadores desprovistos de toda posibilidad de estabilidad o ascenso pueden manifestar desapego por la empresa y contribuir a que aumente una creciente y costosa rotación de mano de obra.

36. Otro aspecto de la desprotección es que se descuida la formación, incluso aquella que es necesaria por razones de seguridad en lugares de trabajo que comportan riesgos. Las empresas pueden ser reacias a invertir fondos en la formación de trabajadores que probablemente no permanecerán a su servicio durante mucho tiempo. La empresa usuaria de los servicios

18 El tema de la competencia figura explícitamente en el acuerdo marco incluido en el primer contrato colectivo nacional firmado en Italia para reglamentar las relaciones de trabajo no subordinado en el sector de estudios de mercado (diciembre de 2000). Las partes se propusieron asegurar la gestión correcta de la competencia y previeron el establecimiento de las primeras garantías regulatorias indispensables para los trabajadores y las empresas, con miras a «proteger a los trabajadores y desalentar la utilización ilícita de mano de obra que distorsiona la competencia». Véase «Agreement signed for atypical workers in market research», European Industrial Relations Observatory On-line [Observatorio Europeo de Relaciones Laborales], en <http://www.eiro.eurofound.ie/2001/01/inbrief/IT0101171N.html>.

de una empresa contratista difícilmente querrá dedicarse a formar al personal suministrado por ésta, salvo cuando esto sea necesario por razones especiales¹⁹. Y es sabido que los trabajadores que no han recibido una formación están más expuestos a accidentes de trabajo, y pueden comprometer la competitividad de la empresa que los emplea. Además, la falta de inversión en formación puede afectar a la competitividad nacional. Agréguese a estas consideraciones el hecho de que en algunos sectores de actividad, que emplean gran número de trabajadores desprotegidos, la imagen negativa de las empresas correspondientes puede provocar graves problemas de reclutamiento y retención de trabajadores. La industria de la construcción es uno de esos sectores.

37. La ausencia de medidas de protección laboral puede tener consecuencias indeseables para la salud y la seguridad de terceros y de la sociedad en general. Algunos accidentes, por ejemplo los que pueden provocar camiones de transporte pesado²⁰ o los accidentes mayores ocurridos en instalaciones industriales, pueden destruir o dañar el medio ambiente y producir víctimas inocentes. El nexo entre los riesgos y la desprotección laboral

de los trabajadores puede observarse también cuando hay un uso extensivo de subcontratación de actividades²¹. El problema no es la subcontratación en sí, sino más bien su utilización incorrecta, la cual puede crear o agravar riesgos.

38. La desprotección también puede acarrear notables efectos financieros por la falta de pago de las cotizaciones a la seguridad social o de los impuestos²². En los Estados Unidos, por ejemplo, las estimaciones hechas por el Departamento del Tesoro revelan que a raíz de la clasificación incorrecta de trabajadores dependientes (empleados) en calidad de trabajadores independientes se registraron pérdidas por valor de 2.600 millones de dólares anuales respecto de la recaudación de cotizaciones de seguridad social, el sistema MEDICARE de atención de la salud y el régimen federal de seguro de desempleo, así como una pérdida de 1.600 millones de dólares anuales en impuestos a la renta no pagados. En consecuencia, la protección es necesaria no sólo en provecho de los trabajadores y de las empresas, sino porque con esa protección también se amparan bienes públicos.

19 Las dificultades con que tropiezan los trabajadores al servicio de contratistas y de pequeñas empresas de construcción para acceder a posibilidades de formación, y algunas posibles soluciones son mencionadas en OIT:

La industria de la construcción en el siglo XXI: su imagen, perspectivas de empleo y necesidades en materia de calificaciones, informe TMCIT/2001. Programa de Actividades Sectoriales, Reunión tripartita sobre la industria de la construcción, Ginebra, 10-14 de diciembre de 2001. Véase en <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmcit01/tmcitr.pdf>.

20 Por ejemplo, el estudio sobre Australia (págs. 51-52), menciona una colisión que se produjo entre un camión acoplado con remolque y dos automóviles, en 1999, en la cual murieron seis personas. La causa del accidente fue la extrema fatiga del conductor del camión, quien había estado manejando bajo la influencia de estimulantes provistos por su empleador y por el acompañante. Además, trabajar por períodos muy largos, en exceso de lo permitido por los reglamentos en vigor, era parte de la política de la empresa. La inobservancia de las leyes también fue citada en relación con el accidente causado por un camión en el túnel de San Gotardo, Suiza, el 24 de octubre de 2001. Véase el comunicado de prensa núm. 625, publicado por la Federación Internacional de Obreros del Transporte (IRU) el 30 de octubre de 2001, y «Gothard: les camionneurs européens dénoncent leurs moutons noirs», en *Le Temps* (Ginebra), 31 de octubre de 2001.

21 En el caso de la explosión que se produjo el 21 de septiembre de 2001 en la empresa química AZF de la ciudad de Toulouse, en Francia, la cual mató a 30 personas e hirió a centenares, con miles de hogares devastados, una encuesta parlamentaria señaló que la subcontratación «en cascada» (el uso de empresas contratistas por otras contratistas) agravaba considerablemente los riesgos de accidente industrial mayor. Entre otras recomendaciones, la comisión parlamentaria propuso que esa práctica se prohibiera en todos los conglomerados industriales de alto riesgo y que se mejoraran las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores de empresas subcontratadas. Véase *Assemblée Nationale: Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur* [informe de la Comisión de encuesta acerca de la seguridad de las instalaciones industriales y de los centros de investigación y la protección de las personas y el medio ambiente en caso de accidentes industriales mayores], núm. 3559, de 29 de enero de 2002, vol. I, págs. 9-11, 34 y 46, en <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-enq/r3559/r3559-01.asp>. En reacción al accidente, se adoptó en 2003 una Ley sobre Prevención y Compensación de Riesgos Tecnológicos y Naturales (núm. 2003-699 de 30 de junio de 2000), que modifica el Código del Trabajo.

22 A este respecto, véase también United States General Accounting Office: *Contingent workers: Incomes and benefits lag behind those of the rest of the workforce*, documento GAO/HEHS-00-76, junio de 2002, en <http://www.gao.gov/new.items/ne00076.pdf>.

Incertidumbres respecto de la ley

39. Son cada vez más frecuentes las controversias acerca de la naturaleza jurídica de una relación en virtud de la cual se prevé la prestación de un servicio. Una relación de trabajo puede ser disfrazada o puede ser objetivamente ambigua. En ambos casos surge la incertidumbre respecto de cuál es el alcance de la ley, de modo que puede suceder que la protección que ésta ofrece sea neutralizada.
40. Los problemas a los que se ven confrontados los trabajadores implicados en relaciones de trabajo «triangulares» dan lugar a cuestiones jurídicas diferentes. Se trata de trabajadores contratados por una empresa (la «proveedora») que prestan servicios a una tercera persona (el «usuario») a quien su empleador le provee mano de obra o le presta un servicio. Para estos empleados no existen dudas respecto de su situación laboral, pero, a menudo, encuentran dificultades para saber quién es su empleador, cuáles son sus derechos y quién o quiénes deben responder por ellos.
41. Los cambios, reales o aparentes, en la condición jurídica de determinados trabajadores, parecen un signo de los tiempos y es frecuente observar cómo tales cambios se introducen en sectores tradicionales, como el transporte (camioneros, taxistas), la construcción y el vestido, y también en nuevas áreas, como el personal de venta de grandes almacenes, o ciertos trabajos de distribución al por mayor, o compañías privadas de seguridad, aun cuando puede haber considerables diferencias de un país a otro y de una región a otra.

Ambigüedad objetiva de la relación de trabajo

42. En una típica relación de trabajo por lo general no se pone en duda la condición del trabajador. Dicho esto, puede ocurrir que se haya concedido al trabajador un amplio margen de autonomía y ese solo factor puede generar un elemento de duda acerca de cuál es el verdadero estatuto del empleado. Como en las situaciones relativas a

la relación de trabajo disfrazada, descritas en lo que antecede, hay casos en que los principales factores que caracterizan esa relación no saltan a la vista con claridad. En esos casos no ha habido una intención deliberada de disimular la realidad, sino que más bien puede haber la duda genuina acerca de si hay o no una relación de trabajo. Esto puede ocurrir como consecuencia de una forma compleja de relación de los trabajadores con las personas a quienes proporcionan su trabajo, o debido a la forma en que evolucionó con el tiempo esa relación. Tales situaciones pueden producirse con personas que normalmente son trabajadores autónomos, como por ejemplo los electricistas, plomeros o programadores de informática, y que gradualmente llegan a tener un arreglo permanente con un solo cliente.

43. En otros casos, sobre todo en centros de trabajo sujetos a grandes transformaciones, es posible y hasta necesario que haya que recurrir a una serie de acuerdos de empleo más flexibles y dinámicos, difíciles de encajar en los esquemas tradicionales de una relación de trabajo. Por ejemplo, una persona puede ser contratada a distancia para que realice determinado trabajo también a distancia, sin horarios o días de trabajo determinados, con formas especiales de remuneración y plena autonomía en cuanto a la organización del trabajo. Es posible que en tales casos los trabajadores así asignados no hayan entrado jamás en la empresa que los emplea, como puede ocurrir cuando han sido reclutados y trabajan por conducto de Internet, y sean pagados a través de un banco. Sin embargo, acaso porque utilizan materiales, equipo o herramientas proporcionados por la empresa cliente, deben cumplir instrucciones y están sujetos a un control por parte de ella que no por ser distinto de lo habitual deja de ser severo, es posible que la empresa considere que tales trabajadores son empleados suyos. El surgimiento de los «e-lancers» (trabajadores independientes en línea) es otro fenómeno que está presentando un desafío a la estructura del empleo tradicional²³.

23 Véase L. Karoly y C. Panis: *The 21st century at work: Forces shaping the future workforce and workplace in the United States* (Santa Mónica, California, RAND, 2004).

44. A esto hay que añadir el fenómeno del trabajo «económicamente dependiente», que se sitúa a medio camino entre el trabajo independiente y el dependiente. Los trabajadores son formalmente independientes pero su ingreso depende de unos pocos «clientes» o de uno solo. No es fácil describir o cuantificar este fenómeno en vista de la heterogeneidad de situaciones que comprende, la ausencia de una definición y la falta de datos estadísticos.
45. En los casos en que exista claramente la intención de contratar a un trabajador independiente, al empleador debe interesarle asegurarse de que el trabajador no ha sido calificado como tal erróneamente, pues puede ser declarado financieramente responsable si las autoridades consideran que ese trabajador es en realidad un empleado ²⁴.

La relación de trabajo disfrazada o encubierta

46. Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta. Una relación de trabajo encubierta también puede servir para ocultar la *identidad del empleador*, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal.
47. El encubrimiento más radical consiste en hacer aparecer una relación de trabajo con el aspecto de una relación de *naturaleza jurídica* diferente, sea civil, comercial, cooperativa, de base

familiar o cualquier otra. Algunos de los arreglos contractuales de uso más frecuente para disfrazar la relación de trabajo incluyen una amplia variedad de contratos civiles y comerciales que hacen creer que se está realizando un trabajo en forma independiente.

48. El encubrimiento puede versar no ya sobre la naturaleza jurídica de la relación, sino sobre la *modalidad* utilizada para establecerla. No desaparece la relación de trabajo, pero deforma su naturaleza la forma que se le da. El contrato será entonces manipulado de modo que prive a los trabajadores dependientes de ciertos derechos y prestaciones. A los fines del presente informe, este género de manipulación se presta a la creación de otro tipo de relación de trabajo encubierta cuyo resultado es la privación de protección. Es lo que sucede cuando el contrato de trabajo es aparentemente convenido por un período determinado, o para realizar una tarea precisa, pero luego es renovado repetidas veces, en forma sucesiva o no. A raíz de esto, el trabajador no puede beneficiarse de ciertas ventajas previstas por la ley de trabajo o el contrato colectivo.
49. La tendencia reciente a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza con miras a evadir la protección que dispensa el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) ²⁵, fue señalada en 1995 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Relación de trabajo «triangular»

50. Como fue indicado anteriormente, una relación de trabajo «triangular» surge del hecho de que los trabajadores de una persona (el «proveedor» o «suministrador») trabajan para una tercera persona (el «utilizador» o «usuario»). Son muchas las formas de contrato que pueden utilizarse

²⁴ Véase, por ejemplo, S. Fishman: Hiring an independent contractor: The employer's legal guide, cuarta edición (Berkeley, Nolo, 2003).

²⁵ Véase OIT: Protección contra el despido injustificado, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, Ginebra, 1995, párrafo 56.

para formalizar un acuerdo en virtud del cual se proveerá determinado trabajo o servicio. Tales contratos pueden tener efectos beneficiosos para los trabajadores de la empresa proveedora en términos de oportunidades de empleo y posibilidades de adquirir experiencia o demostrar competencia profesional. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, tales contratos pueden crear una dificultad de orden técnico dado que los trabajadores interesados podrían hallarse ante dos (o más) interlocutores, cada uno de los cuales asumiría ciertas funciones que tradicionalmente competen a un empleador.

51. Los casos de relación «triangular» pueden comprender, por supuesto, situaciones de encubrimiento o de ambigüedad objetiva. Una relación «triangular» presupone, por lo general, la existencia de un contrato civil o comercial entre el proveedor o suministrador y el usuario. Sin embargo, es posible que no haya tal contrato y que el suministrador no sea una empresa propiamente dicha, sino un *intermediario* del usuario que está encubriendo la identidad del verdadero empleador

52. Las relaciones de trabajo «triangulares» siempre han existido; lo que es novedoso es su grado de difusión en la actualidad. En los estudios por países se señala que las empresas de una mayoría de países tienden a operar por conducto de otras empresas o con su concurso. En tales situaciones se observa que el personal suministrado por diferentes empresas actúa o trabaja en las instalaciones del beneficiario o aun fuera de ellas, o incluso en otro país.

53. Las relaciones de trabajo «triangulares» se originan de diversas maneras. Las más conocidas y usuales acaecen a raíz del recurso a contratistas y a agencias de empleo. Otra modalidad muy en boga, auspiciada por una activa estrategia comercial internacional, es la franquicia. En este caso una empresa concede a otra la posibilidad de explotar una marca o un producto, en principio de manera independiente. Sin embargo, a diferencia de la situación del contratista o de la agencia de empleo, la empresa beneficiaria de la franquicia

tiene obligaciones financieras hacia su socia, la cual ejerce además un control del negocio, incluso sobre su personal.

54. En una relación de trabajo, la identificación del empleador por lo general está fuera de duda cuando el trabajador sólo tiene trato con una persona o su representante. Esa persona es la misma que lo contrató, como a sus compañeros de labores, y que ejerce todas las funciones propias de un empleador: asigna tareas, suministra lo necesario para realizarlas, da instrucciones y controla su ejecución, remunera al trabajador, asume los riesgos inherentes a la calidad de empleador, percibe los beneficios y puede poner término a la relación de trabajo. Distinta puede ser la situación, en cambio, en una relación «triangular», cuando varias personas asumen esos papeles y funciones en forma separada o conjunta y pueden ser percibidas como el empleador, en cuyo caso el trabajador puede razonablemente entrar en dudas y hacerse la siguiente pregunta: ¿quién es mi empleador? En particular, los trabajadores pueden no saber exactamente a quién deben reclamar, por ejemplo, el pago de su remuneración o de una indemnización por accidente de trabajo, o si podrán presentar reclamos al usuario o beneficiario de su trabajo en caso de que el empleador directo haya desaparecido o sea insolvente. Las dudas que se tengan respecto de la identidad del empleador, o de la participación del usuario en la relación de trabajo, darán lugar a que se planteen las siguientes preguntas clave para el caso de relaciones «triangulares»: ¿cuáles son los derechos de los trabajadores? ¿Son esos los derechos convenidos entre el trabajador y su empleador (el suministrador), o son los derechos de los trabajadores contratados por el usuario, o una combinación de ambos?

55. Los trabajadores pueden interrogarse, finalmente, acerca de la identidad del responsable de sus derechos. La respuesta lógica, usualmente conforme a las normas legales, es que el primer responsable es el empleador directo, sea una empresa contratista, una agencia de empleo, una cooperativa o alguna otra empresa o ente

empleador. Sin embargo, el papel del usuario puede ser crucial cuando haya que asegurar el cumplimiento de tales derechos (por ejemplo, en cuanto a la limitación de las horas de trabajo o la concesión de períodos o pausas de descanso y de vacaciones pagadas, etc.). Hay leyes que en ciertas circunstancias determinan el grado de la responsabilidad del usuario, como la persona que se beneficia directamente de los servicios del trabajador y que muchas veces reviste la apariencia de un empleador o de un personaje semejante. Según los casos y la legislación nacional de que se trate, la responsabilidad del empleador (la empresa proveedora) y de la empresa utilizadora o usuaria es conjunta y solidaria, por lo cual el trabajador puede dirigir sus reclamaciones contra ambos o contra uno de ellos, indistintamente. En otras circunstancias, la responsabilidad del usuario es subsidiaria, en el sentido de que puede serle dirigida una reclamación sólo cuando el primer responsable no cumpla. Varios instrumentos de la OIT también abordan este tema ²⁶.

56. La determinación de la identidad del empleador y otras partes posibles en las relaciones de trabajo «triangulares», de los derechos del trabajador y de las personas responsables del cumplimiento de esos derechos plantea cuestiones jurídicas difíciles de resolver. Sin embargo, el mayor reto estriba en lograr que los trabajadores abarcados en tal relación gocen del mismo nivel de protección que la ley tradicionalmente prevé para el trabajador en una relación puramente bilateral, sin por ello poner trabas a iniciativas empresariales legítimas, tanto públicas como privadas.

57. En resumen, en los casos de relación de trabajo «triangular», los trabajadores frecuentemente se hallan ante varios interlocutores. En tales circunstancias, resulta indispensable que sepan quién es su empleador, cuáles son sus derechos y quién responde por ellos. Es igualmente ineludible determinar cuál es la posición del usuario frente a los trabajadores de la empresa suministradora. Para que la cuestión sea abordada de manera equilibrada y constructiva deberían tomarse en consideración las dificultades jurídicas que entraña, así como los legítimos intereses en presencia.

Brecha entre la ley y la realidad

58. Debido a la brecha creciente que se ha abierto entre la ley y la realidad de la relación de trabajo, es indudable la necesidad de adoptar medidas para corregir ese hiato. El objetivo debería ser la actualización y clarificación del ámbito de aplicación de la ley relativa a la relación de trabajo, con miras a que se pueda reconocer con mayor facilidad toda relación de trabajo existente, así como desalentar los intentos de disfrazarla. Habida cuenta de cómo proliferan los casos de encubrimiento o de ambigüedad objetiva y el incremento de las relaciones «triangulares», los Estados Miembros de la OIT, con la participación de los interlocutores sociales, podrían pasar revista a su legislación y examinarla con objeto de identificar deficiencias en las leyes, en relación con problemas específicos y a la luz del derecho comparado. Este ejercicio les permitiría determinar la amplitud y la naturaleza precisa de las medidas que sea necesario

26 Por ejemplo, el Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94), establece una serie de garantías para los trabajadores empleados por contratistas al servicio de dichas autoridades. El Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162), prevé que, en caso de que varios empleadores deban actuar en un mismo lugar de trabajo, cooperen entre ellos para dar cumplimiento a las medidas de protección, sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador por la salud y seguridad de los trabajadores que él emplee. El Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167), establece una obligación semejante, pero además atribuye obligaciones y responsabilidades entre los empleadores y define el término «empleador» (el cual comprende al contratista principal, al contratista y al subcontratista). Disposiciones análogas existen en el Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148), en el Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (núm. 152), en el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), y en el Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (núm. 176). Por otra parte, el Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177), se refiere a las responsabilidades respectivas de empleadores e intermediarios, mientras que el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), trata de las responsabilidades de dichas empresas y de las empresas usuarias respecto de los trabajadores.

introducir. Además, esa práctica podría dar lugar a la actualización continua del campo de aplicación de las leyes relativas a la relación de trabajo, como parte de un enfoque progresivo y dinámico.

Clarificación del campo de aplicación de la ley

59. La primera parte de la estrategia sugerida podría tener por meta esclarecer el campo de aplicación de la ley, completarlo y precisarlo. En esa tarea sería útil examinar las formas más comunes de encubrimiento de la relación de trabajo y los casos en que resulta más difícil determinar si lo que existe es un contrato de trabajo o un contrato civil o comercial. Se trataría de corregir las deficiencias de orden técnico que contengan las disposiciones legales con miras a prever el modo de considerar los casos de ambigüedad objetiva y atacar el fenómeno del encubrimiento de la relación de trabajo. Respecto de las relaciones «triangulares», el objetivo sería precisar el campo de aplicación de la ley para que los empleados sepan quién es el empleador, cuáles son sus derechos y quiénes deben responder por ellos.

60. El derecho comparado contiene un repertorio muy extenso de nociones y conceptos jurídicos acerca de qué se entiende por relación de trabajo, así como una serie de factores e indicadores mediante los cuales se puede determinar si existe o no existe esa relación. Además, hay mecanismos e instituciones para la aplicación de la ley y para garantizar los derechos de los trabajadores. Gracias a ellos la regulación de la relación de trabajo tiende a operar pacíficamente y la condición del trabajador usualmente puede ser establecida con claridad. Sin embargo, la ley no siempre cubre de la misma manera ni con el mismo grado de precisión y eficacia todos los aspectos pertinentes en todos los países (véase el capítulo II).

Reajuste de los límites de la legislación

61. Para regular adecuadamente los casos que no caen dentro de las fronteras delimitadas por las

leyes actuales, quizá no baste el esfuerzo de clarificación a que acaba de hacerse mención. Habrá que plantearse la necesidad de ajustar los límites de la legislación, lo cual puede ser hecho de varias maneras. En primer término, en el caso de la relación de trabajo objetivamente ambigua, donde los elementos de la relación de trabajo, o algunos de ellos, son poco claros o inexistentes, es preciso modificar la ley con miras a que permita una identificación más clara de la relación de trabajo, toda vez que esa relación exista. En segundo término, la legislación puede ser extendida de modo que pueda abarcar categorías de asalariados o sectores hasta ahora excluidos, expresa o implícitamente, de su campo de aplicación. Tales exclusiones se aplican a menudo a los empleados de pequeñas empresas o microempresas y a algunas zonas francas industriales. Además, en algunos países las leyes de trabajo no tienen un alcance general, sino que sólo se aplican a determinadas categorías de trabajadores. En esas condiciones, convendría dar pasos para lograr progresivamente una más amplia aplicación general de la legislación de que se trate. En tercer término, puede que el campo de aplicación de la ley sea adecuado, pero que los tribunales lo interpreten restrictivamente. El desarrollo de factores e indicadores para la determinación de la existencia de una relación de trabajo puede fomentar la coherencia y previsibilidad de las decisiones judiciales.

Equilibrio entre equidad y adaptabilidad

62. Finalmente, la ausencia de protección laboral plantea cuestiones de equidad, por un lado, y de flexibilidad o adaptabilidad, por otro. Se debe buscar un equilibrio entre ambas mediante un diálogo social destinado a lograr un consenso básico. Los empleadores están enfrentados siempre al desafío de sobrevivir en una economía globalizada y competitiva, y legítimamente buscan soluciones viables entre las opciones brindadas por diversas formas de empleo. Pero dicho esto, cabe recordar que las empresas no pueden mejorar su productividad si disponen de una fuerza

de trabajo mal formada, desprovista de motivación y, además, constantemente sujeta a cambios en su composición.

63. Conciliar la equidad con la adaptabilidad es una preocupación central del Programa de Trabajo Decente, el cual brinda el marco necesario para armonizar los diversos intereses y llegar a un consenso gracias al diálogo social. Los países han hallado diferentes soluciones institucionales y políticas para conciliar esos intereses divergentes. Por ejemplo, algunos países europeos han optado por alejarse de una situación en la que la flexibilidad creaba inseguridad en favor de otra en la que la seguridad fomenta la flexibilidad ²⁷.

Garantizar el acatamiento y la aplicación

64. El problema de la relación de trabajo encubierta u objetivamente ambigua no se suscita exclusivamente a causa de la falta de claridad de la ley o la estrechez de su ámbito de aplicación. Otra causa que en algunos países es de especial importancia es el hecho de que la ley no se cumpla y de que tampoco se vele por hacerla acatar.
65. Este fenómeno de incumplimiento de la ley se ha difundido mucho en los países en desarrollo, aunque también se observa en países industrializados. Los estudios realizados sobre este aspecto confirman la opinión bastante generalizada de que los medios tradicionales de que se dispone para hacer ejecutar las leyes del trabajo no se usan como es debido. Por de pronto, no son suficientes los mecanismos y procedimientos mediante los cuales se puede determinar la existencia de una relación de trabajo y establecer la identidad de las personas involucradas y, en tales condiciones, es difícil evitar las infracciones de la ley del trabajo o proteger los derechos de los trabajadores. Los problemas de incumplimiento y de falta de aplicación de la ley son mucho más agudos en la economía informal.

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

67. La inspección del trabajo comporta, a menudo, 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.

68. En principio, todos los trabajadores tienen acceso a los tribunales. En la práctica, sin embargo, hay países donde ese acceso está restringido considerablemente y son pocos los trabajadores que pueden permitirse intentar acciones judiciales que serán largas, costosas e inevitablemente de resultados inciertos. Menos todavía son los trabajadores que, teniendo empleo, recurran a los tribunales para que se emita una decisión que determine cuál es su situación laboral.

69. Para mejorar la protección de los trabajadores en su relación de trabajo es necesario que funcionen eficazmente los mecanismos e instituciones que existen para hacer cumplir la legislación del trabajo. En cada país, según cuáles sean las insuficiencias de su sistema jurídico y de la organización y funcionamiento de las instituciones laborales, podría considerarse la posibilidad de simplificar la inspección del trabajo y hacerla más eficaz, dándole facultades consultivas y ejecutivas adecuadas a las circunstancias de hoy día.

²⁷ P. Auer: La recuperación del empleo en Europa: el ejemplo de Austria, Dinamarca, Irlanda y los Países Bajos (Ginebra, OIT, 2000).

Capítulo II

Tendencias y problemas en la regulación: análisis comparativo

70. Este capítulo ofrece un panorama de la regulación de los aspectos generales de la relación de trabajo, vinculados particularmente con su campo de aplicación, en distintos países. El mismo está basado en el examen de la legislación pertinente en más de 60 Estados Miembros de la OIT¹. Este análisis comparativo elabora con más detenimiento y complementa la información suministrada en el informe presentado a la 91.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 2003². Además de mencionar la legislación pertinente y decisiones de jurisprudencia en diferentes países, este capítulo suministra otras informaciones útiles acerca de la clase de medidas normativas que los Estados Miembros podrían adoptar a la hora de formular y poner en práctica una política sobre la relación de trabajo.

La ley y la relación de trabajo

71. Muchas leyes nacionales contienen disposiciones sobre la relación de trabajo, en especial sobre su ámbito de aplicación. Sin embargo, a pesar de ciertas semejanzas, no todas las legislaciones del trabajo contienen un tratamiento exhaustivo o de la misma amplitud sobre el tema. Algunas disposiciones se refieren a la regulación del contrato de trabajo como un contrato específico, su definición, los sujetos y sus respectivas obligaciones. Otras disposiciones tienden a facilitar el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo y se refieren también a los mecanismos administrativos y judiciales para vigilar el cumplimiento de las leyes y lograr su aplicación.

72. En términos generales, la relación de trabajo establece un vínculo jurídico entre una persona que realiza un trabajo y la persona en cuyo beneficio es realizado ese trabajo a cambio de una remuneración, bajo ciertas condiciones establecidas en la legislación y la práctica nacionales.

73. Algunas leyes definen el contrato de trabajo como el marco de la relación de trabajo y también definen al empleado y al empleador³. La definición de empleador puede abarcar igualmente al contratista o a la agencia de empleo, y la ley puede imponer ciertas obligaciones al usuario del contratista o de la agencia de empleo.

74. En muchos países, la ley contiene una definición sustantiva del contrato de trabajo formulada de manera tal que establece los factores que constituyen dicho contrato y por ello mismo que pueden diferenciarlo de contratos análogos. En cambio, en otros países la legislación es más escueta, por lo cual la tarea de precisar cuándo existe un contrato de trabajo corresponde en mayor medida a la jurisprudencia.

Definiciones sustantivas

75. Básicamente, las legislaciones con definiciones sustantivas dicen que el contrato de trabajo es un acuerdo mediante el cual una persona se ofrece a realizar un trabajo para otra persona a cambio de una remuneración, bajo determinadas condiciones. Algunos *factores* son utilizados para establecer si un contrato es o no un contrato de trabajo. La descripción de tales *factores* es formulada con variantes, y con distinto grado de amplitud de un país a otro.

76. Así, por ejemplo, en Argentina y El Salvador la ley estipula que el trabajo se realiza en

-
1. La lista de la legislación examinada figura en el anexo 4 de este informe. Los diferentes textos son citados en las notas de este capítulo únicamente con el nombre del país correspondiente; respecto de los países con más de una ley mencionada en el anexo, se indica el título completo o abreviado de la ley de que se trate.
 2. OIT: El ámbito de la relación de trabajo, op. cit.
 3. Por ejemplo, véanse los siguientes estudios nacionales, los cuales pueden ser consultados en: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/III/er_back.htm: Argentina (pág. 2), Brasil (págs. 16-17), Camerún (pág. 11), Chile (pág. 9), Costa Rica (págs. 2, 7-9, 45), República Checa (pág. 4), El Salvador (págs. 6-7), India (págs. 6-8, 10-14, 19), República Islámica del Irán (pág. 7), Italia (pág. 2), Jamaica (págs. 8-9), República de Corea (págs. 3-6), México (pág. 9), Marruecos (págs. 2-5), Nigeria (pág. 7), Panamá (págs. 6-8, 17-19), Perú (págs. 6-12), Polonia (págs. 2-11), Federación de Rusia (págs. 2, 12), Sudáfrica (págs. 10-13), Trinidad y Tabago (págs. 15-17, 27-30), Reino Unido (pág. 9), Venezuela (págs. 6-12).

condiciones de *dependencia* del empleador; en Chile los términos utilizados son *dependencia* y *subordinación*; en Colombia, *continuada dependencia* o *subordinación*; en Costa Rica, *dependencia permanente* y *dirección inmediata o delegada*; en Nicaragua, *subordinación a un empleador*; en México y Perú, *trabajo subordinado*, y en Venezuela, *trabajo por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra persona*⁴. En Francia la jurisprudencia ha considerado que hay contrato de trabajo cuando el trabajo es realizado en *condiciones de subordinación a un empleador*⁵. Otras leyes se refieren al trabajo realizado de acuerdo con regulaciones internas o bajo la guía del empleador⁶.

77. Las leyes de Benin, Burkina Faso, Congo, Gabón, Níger y Rwanda, entre otros países, como también el Código del Trabajo de Portugal, establecen que el trabajo realizado en el marco del contrato de trabajo se hace bajo la *dirección y autoridad* del empleador. Otras variantes de estos *factores* figuran en Finlandia, donde la ley se refiere al trabajo realizado bajo la *dirección y supervisión* del empleador; en Bahrein y Qatar, bajo la *dirección o supervisión* del empleador; en Túnez, bajo la *dirección y control* del empleador, y en Marruecos, bajo la *dirección* del empleador. En Angola y Botswana se dice que hay contrato de trabajo cuando el trabajo es realizado bajo las *órdenes* del empleador; en Eslovenia, *de acuerdo con las instrucciones y bajo el control* del empleador⁷.

78. Los *factores* más usuales para calificar la prestación del trabajador en el marco del contrato de trabajo son, por tanto, *dependencia y subordinación* o trabajo realizado bajo la *dirección, autoridad,*

supervisión o control del empleador, o bajo las *órdenes o instrucciones del empleador*, o *dadas* por cuenta de éste. En algunas legislaciones se usan los términos dependencia o subordinación de manera alternativa y en otras se emplean las dos con distinto significado o bien como sinónimos.

79. En Panamá, por ejemplo, la ley atribuye una distinta significación a ambos términos y los califica de diferente manera: *subordinación jurídica* y *dependencia económica*. La *subordinación jurídica* es entendida como la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución del trabajo. Se dice, en cambio, que hay *dependencia económica* cuando las sumas que percibe el trabajador son su única o principal fuente de ingresos, cuando esas sumas provienen de una persona o empresa, como consecuencia de la actividad del trabajador, y cuando éste no goza de autonomía económica y se encuentra vinculado económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que puede considerarse como empleador. Es interesante observar que en caso de duda la *dependencia económica* puede ser utilizada como un *factor* para establecer que existe una relación de trabajo⁸.

80. En Costa Rica y Panamá la ley da cabida para suponer que puede haber grados de subordinación, pues admite que puede haber relación de trabajo aún con una subordinación «mínima» o «atenuada»⁹.

81. Las legislaciones del trabajo de algunos países definen no sólo el contrato sino también la relación de trabajo, entendiendo por ésta el hecho mismo de la prestación de servicios, independientemente

4. Véase Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 21; El Salvador, artículo 17; Chile, artículo 7; Colombia, artículos 22, 1), 23, 1); Costa Rica, artículo 18; Nicaragua, artículo 19; México, artículo 20; Panamá, artículo 62; Perú, Ley de Productividad y Competitividad, artículo 4; Venezuela, artículo 67.

5. Code du Travail, 65.^a edición (París, Dalloz, 2003), pág. 23. Véase también Estonia, artículo 1.

6. Letonia, artículo 28, 2); Lituania, artículo 93; Federación de Rusia, artículo 56.

7. Véase Benin, artículo 9, Burkina Faso, artículo 10; República Democrática del Congo, artículo 7, c); Gabón, artículo 18; Níger, artículo 37; Rwanda, artículo 5; Portugal, artículo 10; Finlandia, capítulo 1, artículo 1; Qatar, artículo 1, 9); Bahrein, artículo 38; Túnez, artículo 6; Marruecos, artículo 6; Angola, artículo 53, 2), f); Botswana, artículo 2; Eslovenia, artículo 4. Para definiciones de empleo dependiente en países de la Unión Europea, véase cuadro comparativo en R. Pedersini: «Economically dependent workers', employment law and industrial relations», en European Industrial Relations Observatory On-line (Eironline), disponible en <http://www.eiro.eurofound.ie/2002/05/study/TN0205101S.html>.

8. Panamá, artículos 64 y 65.

9. Con miras a extender el ámbito de la Ley del Trabajo, se ha reconocido la existencia de una relación de trabajo inclusive en casos de «subordinación mínima», en Costa Rica (págs. 3 y 62) y «subordinación atenuada o diluida» en Panamá (págs. 7 y 13).

del acto que le dé origen ¹⁰. En la ley de un país el contrato de trabajo aparece ubicado en el marco más amplio de la relación de trabajo ¹¹. El Código del Trabajo de Panamá, a su vez, establece que la relación de trabajo produce los mismos efectos del contrato de trabajo ¹².

Definiciones descriptivas

82. En otros países, principalmente de *common-law*, el contrato de trabajo simplemente es descrito, sin referencia a los *factores* que lo caracterizan. En Kenya se define como un contrato en el cual una persona se obliga a servir en calidad de empleado; en Nigeria, como un acuerdo de servir a un empleador en calidad de trabajador; en Lesotho e Indonesia, como un contrato entre un empleador y un empleado; en Irlanda y Nueva Zelanda, como un contrato de servicio, y en la República de Corea, como un contrato mediante el cual una persona se obliga a trabajar mediante remuneración ¹³. En Camboya y China el contrato de trabajo ha sido definido como un contrato entre un trabajador y un empleador mediante el cual se establece una relación de trabajo ¹⁴. En Malasia el contrato de servicio es definido como un acuerdo en el cual una persona conviene en emplear a otra como empleado y ésta conviene en servir a su empleador ¹⁵.

83. Sin embargo, aun en países cuyas legislaciones no contienen una definición sustantiva de la relación o el contrato de trabajo, es posible encontrar disposiciones que dan una clara idea de la condición del trabajador vinculado por esa relación o ese contrato. Así, por ejemplo, en la norma que suele regular los deberes del trabajador es frecuente encontrar la obligación de respetar

las órdenes e instrucciones del empleador, característica propia del empleo asalariado y que constituye una pista importante para determinar la existencia del contrato de trabajo ¹⁶.

Los sujetos de la relación de trabajo

84. Las leyes de muchos Estados definen asimismo los sujetos de la relación o del contrato de trabajo, y en algunos casos esa definición es utilizada para reiterar o especificar las condiciones en las cuales tiene lugar la prestación de servicios en la relación de trabajo.

El empleado o trabajador

85. El término «trabajador» es utilizado con frecuencia referido a la persona que presta servicios en una relación de trabajo, aunque en su sentido propio esa voz genérica abarcaría asimismo al trabajador independiente. En Chile, es «trabajador» la persona que presta servicios *bajo dependencia o subordinación*; en México, quien realiza un trabajo *personal subordinado*; y en Nicaragua, las personas que trabajan bajo la *dirección y subordinación directa o delegada del empleador* ¹⁷.

86. En cambio, en países donde las definiciones descriptivas «son la regla», la legislación suele decir simplemente que empleado es quien trabaja para un empleador. Por ejemplo, en Lesotho, empleado es quien trabaja, cualquiera que sea su condición, mediante contrato con un empleador; en Tailandia, empleado es una persona que conviene en trabajar para un empleador a cambio de una remuneración, cualquiera que sea el nombre dado para describir el estatuto de esa persona; en Australia, cualquier persona cuya ocupación usual

10. Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 23; México, artículo 20; Panamá, artículo 62.

11. Venezuela, Ley del Trabajo, título II.

12. Panamá, artículo 62.

13. Véase Kenya, artículo 2; Nigeria, artículo 91, 1); Lesotho, artículo 3; Indonesia, artículo 1, 14); Irlanda, artículo 2, 1); Nueva Zelanda, artículo 5; República de Corea, artículo 17.

14. Camboya, artículo 65; China, artículo 16.

15. Malasia, artículo 2, 1).

16. Véase, por ejemplo, Angola, artículo 53, 2), f); Eslovenia, artículo 32.

17. Chile, artículo 3; México, artículo 8; Nicaragua, artículo 6.

sea la de empleado, pero no incluye a personas que estén trabajando con fines de formación profesional; en Pakistán, toda persona que no sea incluida dentro de la definición de empleador y que esté empleada en un establecimiento o industria mediante el pago de una remuneración o recompensa, sea directamente o a través de un contratista, bien sea que los términos del contrato sean expresos o implícitos; y en el Reino Unido, un individuo que trabaja (o, si el empleo ha cesado, trabajó) en virtud de un contrato de trabajo ¹⁸. En este caso una definición hace referencia a la otra y ninguna define los términos de manera precisa. Por lo tanto, en esos países es aún más importante que la jurisprudencia señale los *factores e indicadores* que distinguen al contrato o la relación de trabajo e identifican a sus partes. Lo sorprendente es el elevado grado de coincidencia entre los sistemas jurídicos de los distintos países en la manera de abordar éste y otros aspectos de la relación de trabajo, aun entre países con diferentes tradiciones o de diferentes partes del mundo.

87. En cualquier caso, independientemente de la definición que se utilice, el concepto del trabajador vinculado por una relación de trabajo debe ser examinado en comparación con el concepto del trabajador autónomo o no dependiente; en Chile, por ejemplo, un trabajador independiente, es aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia ¹⁹.

El empleador

88. Algunas leyes simplemente definen al empleador como la persona que emplea al trabajador, o que usa sus servicios, eventualmente en virtud de un contrato de trabajo ²⁰. En Venezuela, empleador es la persona que tiene a su cargo una empresa o faena, que ocupe trabajadores sea cual fuere su número. En Brasil el empleador es definido con mayor detalle, como la persona que asume los riesgos de la actividad económica, contrata, remunera y dirige la prestación personal de servicios ²¹. En Viet Nam el empleador es quien ejerce las siguientes tres funciones: recluta, emplea y paga remuneraciones al empleado ²².

89. En España, la ley también se refiere en forma expresa a los empleadores que legalmente suministran mano de obra. Un empleador o empresario es una persona física o jurídica, o una comunidad de bienes, que recibe la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas ²³.

90. La ley del Reino Unido contiene la siguiente definición: empleador, en relación con un empleado o trabajador, significa la persona por quien el empleado o trabajador es (o, cuando el empleo ha cesado, fue) empleado ²⁴.

91. La legislación de Filipinas define al empleador de un trabajador a domicilio de acuerdo con aspectos específicos relativos a la situación del empleador y de acuerdo con la relación entre

18. Véase, respectivamente, Lesotho, artículo 3; Tailandia, artículo 5; Australia, artículo 4, 1); Pakistán, artículo 2; Reino Unido, Ley sobre Derechos Laborales, 1996, artículo 230, 1). Para otras definiciones de trabajador o empleado, véase Botswana, artículo 2; Kenya, artículo 2; Mauricio, artículo 2; Nigeria, artículo 91, 1); Zambia, artículo 3, 1); Irlanda, artículo 2, 1); Eslovenia, artículo 5, 1); Bangladesh, artículo 2; Países Bajos, Código Civil, artículo 7:659; Nueva Zelandia, artículo 6; Filipinas, artículo 13; Sri Lanka, artículo 2, 1); Trinidad y Tabago, artículo 2, 1).

19. Chile, artículo 3, c).

20. Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 26; Canadá, Código del Trabajo de Canadá, artículo 3; Chile, artículo 3; Colombia, artículo 22, 2); Costa Rica, artículo 2; México, artículo 10; Nicaragua, artículo 8; Panamá, artículo 87; Bahrein, artículo 1; República Democrática del Congo, artículo 7, b); Ghana, artículo 175; República Islámica del Irán, artículo 3; Qatar, artículo 1, 4); Tailandia, artículo 5; Malasia, artículo 2, 1); Nueva Zelandia, artículo 5; Letonia, artículo 4; Eslovenia, artículo 5, 2).

21. Brasil, artículo 2; Venezuela, artículo 49.

22. Viet Nam, artículo 6.

23. Estatuto de los Trabajadores, artículo 1, 2).

24. Ley sobre Derechos Laborales, 1996, artículo 230, 4).

el empleador y el trabajador. En este contexto, empleador es la persona natural o artificial que, por su propia cuenta o beneficio, o en nombre de alguna persona residente fuera de Filipinas, directa o indirectamente, o a través de algún empleado, agente, contratista, subcontratista, o alguna otra persona, entrega o hace entregar, o vende, bienes de cualquier naturaleza o artículos para ser procesados en el hogar o cerca y ser luego devueltos o colocados, o distribuidos según sus instrucciones, y luego los compra de nuevo él mismo o a través de otra persona, después de haber sido procesados ²⁵.

92. Algunas definiciones de empleador se refieren a la persona que firma el contrato con el trabajador, y en ese caso puede incluir también a personas que representan al empleador. En Botswana, por ejemplo, el empleador es definido como toda persona que ha celebrado un contrato de trabajo para obtener los servicios de otra persona, incluyendo al gobierno o a la autoridad pública, o a la persona dueña de una empresa o negocio de cualquier naturaleza en la cual está empleado el trabajador, o responsable de la administración de esa empresa o negocio ²⁶.

93. En otros países, la ley se refiere específicamente a los representantes del empleador y establece una distinción entre empleador y representantes del empleador ²⁷.

Determinación de la existencia de la relación de trabajo

94. Aun cuando la ley contenga disposiciones claras para la regulación de la relación de trabajo, puede ser difícil, o inclusive casi imposible, establecer en el caso concreto la existencia de una relación

de trabajo. En muchos casos un trabajador no recurrirá ante los tribunales mientras dure su contrato de trabajo por temor de perder el caso o de perder su empleo; y una vez que el contrato ha concluido puede resultarle todavía más difícil reunir y presentar pruebas en su favor.

95. La legislación comparada revela la existencia de diversos medios para aliviar la tarea probatoria del trabajador y facilitar la labor del juez de determinar en el caso concreto la existencia de una relación de trabajo. Tal vez la más significativa es la vigencia universal del llamado principio de la *primacía de la realidad*.

El principio de la *primacía de la realidad*

96. Como fuera mencionado en el capítulo I, la determinación de la existencia de una relación de trabajo debe ser guiada por los hechos de lo que realmente fue convenido y llevado a cabo por las partes, y no por la manera como una de las partes o las dos partes describen la relación de trabajo. Esto es lo que se conoce en derecho como el principio de la *primacía de la realidad* ²⁸.

97. En general, el juez debe decidir en base a los hechos. Por ejemplo, en muchos países la ley dice que el contrato de trabajo puede ser explícito o implícito ²⁹. Admitir la posibilidad de un contrato implícito significa dar valor a los hechos que han rodeado el acuerdo de voluntades entre el empleador y el trabajador, cuando el mismo no conste por escrito y, probablemente también, cuando los hechos demuestren una realidad contractual distinta de la que pueda aparecer de un contrato escrito. La idea del contrato implícito tiene una importancia creciente en la jurisprudencia ³⁰.

25. Normas para la aplicación del Código del Trabajo, Norma XIV, artículo 2, b).

26. Botswana, artículo 2. Para definiciones semejantes, véase Lesotho, artículo 3; Nigeria, artículo 91, 1); Bangladesh, artículo 2.

27. México, artículo 11; Panamá, artículo 88; Venezuela, artículo 50. Véase Argentina (pág. 14), Camerún (pág. 15), Chile (pág. 20), Costa Rica (pág. 3), Francia (pág. 33),

28. Alemania (págs. 4 y 39), República de Corea (pág. 4), México (pág. 10), Pakistán (pág. 4), Panamá (pág. 9), Perú (pág. 8), Polonia (pág. 2), Federación de Rusia (pág. 35), Eslovenia (pág. 9), Trinidad y Tabago (págs. 18, 20, 30-32), Reino Unido (págs. 33-34), Estados Unidos (pág. 96), Uruguay (pág. 6). En Italia (pág. 10) los jueces parecen otorgar más peso a las intenciones reales de las partes.

29. Véase, por ejemplo, Ghana, artículo 175; Irlanda, artículo 2, 1); Kenya, artículo 2; Lesotho, artículo 3; Malasia, artículo 2, 1); Malawi, artículo 3; Mauricio, artículo 2; Sri Lanka, artículo 2, 1); Tailandia, artículo 5; Zambia, artículo 3, 1).

30. Véase un ejemplo del Reino Unido bajo «Suministro de trabajadores».

98. Otras leyes definen al trabajador como la persona que se ha comprometido a poner su actividad profesional, mediante remuneración, bajo la dirección y la autoridad del empleador; y a continuación indican que para determinar la condición del trabajador no se debe tener en cuenta ni el estatuto jurídico del empleador ni el del trabajador³¹. De modo semejante, un código del trabajo establece que cuando ha sido judicialmente establecido que un contrato civil regula en realidad una relación de trabajo entre un empleado y un empleador, deben aplicarse las disposiciones de la legislación del trabajo a esas relaciones³².

99. A propósito de la remuneración, que es uno de elementos del contrato de trabajo, la ley de Finlandia se aplica independientemente de la falta de acuerdo en esa materia si los *hechos* indican que el trabajo no debía ser realizado sin remuneración³³.

100. En algunos sistemas jurídicos se recurre a ciertos *indicadores* para determinar si existe o no una relación de trabajo. Así, se toman en consideración, por ejemplo, el acatamiento

de instrucciones dadas por el empleador, el hecho de estar a disposición del empleador y la desigualdad socioeconómica entre las partes³⁴.

101. En países donde se aplica el derecho consuetudinario, los jueces basan su decisión en ciertos criterios, entre ellos los llamados criterios de control, integración en la empresa, realidad económica (¿quién soporta el riesgo financiero?) y obligaciones mutuas³⁵.

102. Algunas legislaciones van todavía más lejos y establecen disposiciones para combatir el encubrimiento o fraude a fin de garantizar la vigencia del principio de la *primacía de la realidad*, en interés de los trabajadores y de instituciones impositivas o de seguridad social. En Panamá, por ejemplo, el Código del Trabajo establece que para la determinación de la relación de trabajo, o de los sujetos de la misma, se prescindirá de los actos y contratos simulados, de la participación de interpuestas personas como supuestos empleadores, y de la constitución u operación simulada de una persona jurídica en calidad de empleador. Dicho Código establece además que, cuando por actos simulados o fraudulentos

31. Véase Benin, artículo 2; Burkina Faso, artículo 1; Camerún, artículo 1, 2; Gabón, artículo 1; Níger, artículo 2.

32. Federación de Rusia, artículo 11.

33. Finlandia, capítulo 1, artículo 1.

34. Véase Italia (págs. 5-12). En la República de Corea (pág. 5) la Suprema Corte de Justicia enumeró en una decisión de 1994 los siguientes indicadores: «[...] el empleador decide el contenido del trabajo que hay que efectuar; el asalariado está sujeto a un reglamento de personal; el empleador conduce o supervisa de manera concreta e individual el trabajo que se ejecuta; el asalariado puede buscar una tercera persona que se encargue de trabajar; la posesión de distintas materias primas y diversas herramientas; el salario como precio del trabajo; existencia de un salario básico o fijo; recaudación en la fuente del impuesto sobre los ingresos del trabajador; continuidad de la oferta de trabajo y del control exclusivo por el empleador; reconocimiento del estatuto del trabajador por otras leyes, como la Ley de Bienestar Social, y situación socioeconómica de ambas partes». En Panamá (págs. 4-17) se han mencionado los siguientes indicadores: 1) indicios de una relación de trabajo; 2) indicadores que por sí solos no sean característicos de una relación de trabajo; 3) factores que tomados en conjunto puedan excluir la relación de trabajo, y 4) criterios aparentes para excluir una relación de trabajo, sin que sean suficientes por sí mismos para determinar sin lugar a dudas la imposibilidad de que exista una relación de trabajo. En los Países Bajos, «para identificar la verdadera naturaleza de la relación de trabajo, el juez puede omar en consideración los siguientes factores: las horas de trabajo y el lugar de trabajo son determinados por el empleador; el empleador imparte instrucciones vinculantes sobre el contenido, el rendimiento y la organización práctica del trabajo, o tiene la autoridad para hacerlo; las ausencias deben ser notificadas al empleador; el empleador lleva un registro de vacaciones y permisos; el trabajador recibe un salario fijo mensual o semanal; el trabajador es remunerado durante los permisos de enfermedad; el trabajador debe participar en las reuniones del personal o forma parte de la organización del empleador; el trabajador recibe instrucciones sobre la manera de vestirse; el trabajador no es dueño de los materiales y el equipo usado para trabajar; el trabajo es realizado bajo la orientación y supervisión del empleador; el trabajador debe estar disponible cuando lo requiera el empleador; el trabajador está obligado a realizar el trabajo personalmente [...]». Los jueces usualmente se sirven de varios indicadores para fundamentar sus decisiones [...]. C. Bosse: «The scope of the employment relationship in the Netherlands» (Tilburg University, 2004), documento no publicado, págs. 5-6. Véase también otros indicadores de dependencia jurídica o económica o de subordinación o independencia, en Argentina (págs. 15-17), República Islámica del Irán (págs. 8-11), Japón (pág. 10), Marruecos (págs. 5-8), Perú (págs. 6-8), Federación de Rusia (págs. 12, 35-37) y Uruguay (págs. 2-4).

35. Reino Unido (pág. 6). Véase también Australia (págs. 29-30), India (págs. 19-20), Jamaica (pág. 10), Nigeria (pág. 15), Pakistán (pág. 4), Trinidad y Tabago (págs. 18-19), Estados Unidos (págs. 55-62).³⁶ Panamá, artículos 63, 92 y 93.

y a través de la creación u operación de la persona jurídica se elude el cumplimiento de las obligaciones laborales de una persona jurídica, el trabajador de dicha persona jurídica podrá, además, reclamar sus créditos laborales a los accionistas, socios o miembros. El Código dispone igualmente que la participación simulada de una persona jurídica en la prestación del servicio o en la ejecución de la obra no impide que la persona física correspondiente sea considerada como trabajador ³⁶. En Argentina, un contrato es nulo si ha sido celebrado mediante simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio; en tales casos la relación queda regulada por la Ley de Contrato de Trabajo ³⁷. También en Argentina la ley se refiere al uso fraudulento de la figura de la cooperativa para evadir la aplicación de la legislación del trabajo y estimula la regularización de la relación de trabajo mientras al mismo tiempo desestimula la evasión a través de la imposición de multas y exenciones a las contribuciones y multas en caso de cumplimiento voluntario ³⁸. En Chile, además de la responsabilidad solidaria entre el empleador y los terceros, el Código prevé la imposición de multas al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros y a quienes utilicen cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. A este efecto, subterfugio significa cualquier alteración 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. Además, el plazo de prescripción para intentar acciones y reclamar derechos en esta materia ha sido extendido a cinco años³⁹. Finalmente, algunas leyes protegen al trabajador a domicilio aun cuando su relación con el empleador consista en comprarle materiales para luego venderle los productos hechos con estos materiales como si se tratara de una operación comercial de compraventa ⁴⁰.

Determinación por la ley

103. Algunas legislaciones dan un paso más y califican ciertas situaciones potencialmente ambiguas o controvertidas como relaciones de trabajo, bien sea en términos generales o bajo ciertas condiciones, o al menos presumen que se trata de relaciones de trabajo.
104. En España, por ejemplo, la ley considera que los deportistas profesionales tienen una relación laboral de carácter especial cuando, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. En cambio están excluidas del ámbito de esa norma y por tanto de la protección de la ley laboral las personas que se dedican a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club, percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva⁴¹. La misma calificación se aplica a la relación entre los artistas en espectáculos públicos y el organizador de espectáculos públicos o empresario mediante la cual prestan una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos ⁴².

36. Panamá, artículos 63, 92 y 93.

37. Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 14. Véanse disposiciones semejantes también en Brasil, artículo 9; El Salvador, artículo 17; México, respecto del sector del transporte por carretera, artículo 256.

38. Argentina, Ley Nacional de Empleo, artículos 2, j), 7, 8 y 12.

39. Chile, artículo 478.

40. El Salvador, artículo 71; México, artículo 312; Venezuela, artículo 293.

41. España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 2, 1), d), y Real decreto núm. 1006/1987, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales.

42. España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 2, 1), e), y Real decreto núm. 1435/1985 de 2 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos.

105. En Francia se presume que tienen una relación de trabajo, bajo ciertas condiciones, las siguientes categorías de trabajadores: artistas (igual que en España), modelos, periodistas deportivos, representantes de comercio o agentes viajeros⁴³. La legislación mexicana contiene disposiciones similares sobre los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de venta y categorías similares⁴⁴. En México y Panamá la ley se refiere a diversos trabajadores del transporte público (chóferes, operadores, conductores, etc.)⁴⁵.

106. El Código del Trabajo de Francia llega a proteger a ciertas categorías de trabajadores independientemente de que tengan o no tengan un contrato de trabajo, con tal de que en su actividad reúnan ciertas condiciones⁴⁶.

107. En algunos casos, la legislación especifica si un cierto tipo de trabajo queda excluido de su ámbito de aplicación o si no da lugar a un contrato de trabajo, de acuerdo con las condiciones en las cuales se ha realizado. En Chile, por ejemplo, se considera que el trabajador a domicilio tiene un contrato de trabajo si su actividad no es discontinua o esporádica; en cambio, los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que efectúan en forma discontinua o esporádica trabajo a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo, como tampoco los servicios que preste un alumno o egresado de una institución de educación superior o de la

enseñanza media técnico-profesional, durante un período determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional, aun cuando la empresa en la cual realice dicha práctica le proporcione alimentación y transporte o una asignación compensatoria de dichos beneficios⁴⁷. La legislación mexicana incluye disposiciones similares relativas a los trabajadores a domicilio⁴⁸. La Ley de Contrato de Trabajo, de Finlandia, estipula que la aplicación de dicha ley no puede ser obviada simplemente por el hecho de que el trabajo sea realizado en el hogar del trabajador o en un lugar escogido por éste, o que sea realizado utilizando útiles o maquinarias del propio empleado⁴⁹.

108. En Colombia, los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, así como los colocadores de apuestas permanentes, pueden ser asalariados o no, dependiendo de si han celebrado un contrato de trabajo, o si por el contrario realizan su actividad por sus propios medios, sin dependencia de la empresa y en virtud de un contrato mercantil⁵⁰.

109. A la inversa, la legislación puede precisar que ciertas formas de empleo no son relaciones de trabajo⁵¹, o excluir ciertas categorías de trabajadores de su ámbito de aplicación mientras otras leyes autorizan al Gobierno a hacer tales exclusiones. La más frecuente es la exclusión total o parcial de funcionarios públicos y trabajadores similares⁵²; menos frecuente, la de los trabajadores del sector

43. Francia, artículos L.761-2, L.762-1, L.763-1, L.751-1. El Código del Trabajo extiende la condición de empleado a ciertos trabajadores, tales como los trabajadores a domicilio, periodistas y artistas, quienes, a falta de esa disposición, podrían ser considerados como trabajadores independientes en razón de las condiciones en las cuales realizan su trabajo (L.721-1, L.721-6, L.761-1).

44. México, artículo 285.

45. México, artículo 256; Panamá, artículo 245. En Panamá (págs. 9-14) son considerados empleados los siguientes trabajadores: aparceros y colonos; agentes de comercio, vendedores y trabajadores similares, salvo que, no presten personalmente el servicio o que únicamente intervengan en operaciones aisladas; artistas, actores, músicos y locutores; conductores del transporte; maestros y profesores; revendedores, vendedores de helados y otros vendedores; trabajadores en cooperativas, y aprendices. Una definición extensiva de empleado similar figura, por ejemplo, en Queensland, Australia (págs. 68-69), en la Ley de Relaciones Profesionales, 1999.

46. Francia, artículos L.781-1, L.782-1.

47. Chile, artículo 8.

48. México, artículos 311-316.

49. Finlandia, capítulo 1, artículo 1.

50. Colombia, artículos 94-97, 97B.

51. En Panamá (pág. 30), por ejemplo, los trabajadores a domicilio no son considerados como trabajadores vinculados por una relación de trabajo y por consiguiente están excluidos del ámbito de aplicación del Código del Trabajo. Véase el artículo 7 de la ley núm. 1, de 17 de marzo de 1986, por la cual se dictan disposiciones laborales para promover el empleo y la productividad y se adoptan otras normas.

52. Por ejemplo, Benin, artículo 2; Bahrein, artículo 2; Camboya, artículo 1; Camerún, artículo 1, 3); Chile, artículo 1; El Salvador, artículo 2; Gabón, artículo 1; Ghana, artículo 1; Kenya, artículo 1; Lesotho, artículo 2; Malawi, artículo 2; Pakistán, artículo 1; Panamá, artículo 2; Qatar, artículo 3, 1); Viet Nam, artículo 4.

público. Algunas leyes se refieren igualmente a los trabajos o servicios obligatorios, o a aquellos realizados en prisión⁵³; actividades ordinarias no vocacionales⁵⁴; trabajadores domésticos y personas consideradas como tales⁵⁵ y miembros de cooperativas⁵⁶. En España, la legislación también excluye a los consejeros o miembros de los órganos de administración de empresas con forma de sociedad que actúen como tales, a quienes realizan trabajos a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, actividades mercantiles, y trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariado de quienes los llevan a cabo⁵⁷. Algunos países han excluido del ámbito de la legislación sobre la relación de trabajo, o de algunas de sus disposiciones, a las empresas con trabajadores por debajo de un cierto número⁵⁸. Otros países han adoptado regulaciones especiales sobre la relación de trabajo para ciertas categorías de trabajadores; en el caso de Marruecos, por ejemplo, esas regulaciones no pueden establecer garantías menos ventajosas que las previstas en el Código del Trabajo⁵⁹.

110. En otros países, sin embargo, la legislación autoriza al gobierno a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación sobre la relación de trabajo; esta adaptación puede ser hecha mediante la inclusión de ciertas categorías de

trabajadores. Por ejemplo, en el Reino Unido, se puede disponer por decreto que determinadas personas sean tratadas como partes de un contrato de trabajo⁶⁰. En Sudáfrica, «el Ministro puede, después de oír la opinión de la Comisión (de Condiciones de Empleo) y por decisión publicada en la *Gazette*, declarar empleado a cualquier categoría de personas mencionada en la decisión, a los fines de toda o parte de la ley, de cualquier otra legislación laboral aparte de la legislación sobre seguro de desempleo, 1966 (ley núm. 30 de 1966), o cualquier otra determinación sectorial»⁶¹. En Botswana es posible la exclusión parcial o total de una determinada ocupación por decisión ministerial⁶².

Facilidades probatorias

111. A los fines de facilitar a los trabajadores la prueba de la existencia del contrato de trabajo, la ley puede disponer que dicho contrato es consensual, es decir, que se forma únicamente por el consentimiento de las partes, sin otras formalidades⁶³. Sin embargo la ley puede requerir que el contrato sea escrito, por diversas razones relacionadas con su cumplimiento o prueba; o puede partir de la base de que la relación se produce por el hecho mismo de la prestación de servicios. A este respecto, el Código del Trabajo de la Federación de Rusia considera celebrado

53. España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 1, 3), b); Finlandia, capítulo 1, artículo 2; Estonia, artículo 7.

54. Finlandia, capítulo 1, artículo 2.

55. Bahrein, artículo 2, Qatar, artículo 3, 4).

56. Angola, artículo 1, 5); Brasil, artículo 442 según el cual no existe vínculo de trabajo entre la cooperativa y sus asociados ni entre éstos y los usuarios de los servicios de la cooperativa; Colombia, ley que actualiza la legislación cooperativa, artículo 59; Viet Nam, artículo 4.

57. España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 1, 3).

58. En la República Islámica del Irán, las empresas con menos de diez trabajadores pueden ser temporalmente excluidas de algunas de las disposiciones del Código del Trabajo si las circunstancias lo requieren (artículo 191). En la República de Corea, la Ley de Normas del Trabajo se aplica solamente a las empresas o lugares de trabajo en los cuales estén empleados normalmente más de cinco trabajadores (artículo 10). Perú ha adoptado disposiciones laborales especiales, de carácter temporal (por una duración de hasta cinco años) para las pequeñas y microempresas (1-50 trabajadores) que tengan un limitado nivel de ventas anuales (Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, artículos 43 y siguientes).

59. Marruecos, artículo 3.

60. Ley de Relaciones Laborales, 1999, artículo 23, 4).

61. Artículo 83 de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo (BCEA), de 1997, según modificación introducida por el artículo 20 de la Reforma de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo, de 2002.

62. Botswana, artículo 106.

63. A este respecto, la legislación de algunos países establece que el contrato de trabajo puede ser oral o escrito, explícito o implícito, o puede definirlo independientemente de su formas o del nombre que se le dé. Véase, por ejemplo, Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 21; Botswana, artículo 106; Brasil, artículo 422; Camboya, artículo 65; Colombia, artículo 37; El Salvador, artículo 17; Finlandia, capítulo 1, artículo 3 (el contrato puede ser oral, escrito o electrónico); Ghana, artículo 175; Indonesia, artículo 51; Lesotho, artículo 3; México, artículo 20; Nicaragua, artículo 19; Panamá, artículo 62; Portugal, artículo 102; España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 8; Trinidad y Tabago, artículo 2.

un contrato de trabajo, aunque no sea formulado en la forma adecuada, si el empleado comienza a trabajar e informa de ello al empleador o a su representante o si empieza a trabajar por órdenes del empleador o de su representante. El empleador está obligado a extenderle un contrato de trabajo por escrito dentro de los tres días siguientes a la fecha en que haya empezado a trabajar⁶⁴.

112. Es frecuente además que las leyes dispongan expresamente que la relación de trabajo pueda ser probada utilizando cualquiera de los medios usuales, o de los medios permitidos por la ley⁶⁵.

113. Un elemento importante de certeza, que además facilita la prueba de la existencia del contrato de trabajo, es la obligación del empleador de informar a sus empleados de los términos del contrato mediante un contrato escrito, una oferta de empleo u otros documentos que indiquen los aspectos esenciales del contrato o la relación de trabajo. Esta obligación ha sido explícitamente establecida por la Unión Europea⁶⁶ y desarrollada más ampliamente en la legislación nacional⁶⁷. El no cumplimiento de esta obligación puede favorecer el cuestionamiento de la condición de asalariado del trabajador. En cambio al disponer de una información escrita resulta más fácil para el trabajador probar esa condición.

114. Con el mismo objetivo de facilitar la prueba, algunas leyes establecen presunciones de la existencia de la relación o el contrato de trabajo⁶⁸.

115. La ley puede decir, por ejemplo, con algunas variantes, que se presume la existencia de una relación o contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe⁶⁹; o si se prueba que el trabajador ha prestado servicios por más de dos días consecutivos, o si se prueba la subordinación⁷⁰. En los Países Bajos la ley resume que una persona presta servicios en virtud de un contrato de trabajo si trabaja en beneficio de otra persona mediante remuneración, durante tres meses consecutivos sobre una base semanal o durante no menos de 20 horas al mes⁷¹. En Portugal, para que proceda la presunción, el Código del Trabajo exige acumulativamente que: a) el trabajador esté inserto en una estructura organizativa del beneficiario de su actividad y realice su prestación bajo las orientaciones de éste; b) el trabajo sea efectuado en la empresa beneficiaria o en lugar controlado por ella y dentro del horario previamente definido; c) el trabajador sea remunerado por el tiempo dedicado a la ejecución de la actividad, o dependa económicamente del beneficiario de la misma; d) los instrumentos de trabajo sean suministrados esencialmente por el beneficiario, y e) haya una prestación de servicios por un período ininterrumpido de 90 días⁷². En Eslovenia, en caso de controversia sobre la existencia de una relación de trabajo entre el empleador y el trabajador, se presume que dicha relación existe si están presentes determinados *indicadores*; en Estonia se considera que las partes han celebrado un contrato de trabajo mientras el supuesto empleador no pruebe lo contrario o mientras no resulte evidente que las partes celebraron un contrato de diferente

64. Federación de Rusia, artículo 67.

65. Véase, por ejemplo, Burkina Faso, artículo 12; Letonia, artículo 41, 1); Marruecos, artículo 18; México, artículo 776; Níger, artículo 39; Rwanda, artículo 7; Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 50; Brasil, artículo 456; Colombia, artículo 54; Qatar, artículo 38; Túnez, artículo 6.

66. Artículos 2 y 3 de la Directiva 91/533/CE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L288/32, 18 de octubre de 1991, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/directive91_533_es.pdf.

67. Véase, por ejemplo, Finlandia, capítulo 2, artículo 4; Países Bajos, Código Civil, artículo 7: 655; España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 8, 3); Reino Unido, Ley sobre Derechos Laborales, 1996, artículos 1-7.

68. El Código del Trabajo de Panamá enumera ocho presunciones relativas a la existencia de la relación de trabajo y otros aspectos relacionados (artículo 737).

69. Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 23; Chile, artículo 8; Costa Rica, artículo 18; México, artículo 21; Panamá, artículo 66; España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 8, 1); Venezuela, artículo 65.

70. El Salvador, artículo 20.

71. Países Bajos, Código Civil, artículo 7:610a.

72. Portugal, artículo 12.

naturaleza ⁷³. En Malasia, puede ser prohibida la contratación de una persona o de una clase o grupo de personas para trabajar como no sea en virtud de un contrato de trabajo; en ese caso, la persona o clase de personas empleadas o contratadas serán consideradas como asalariadas y la persona o institución que las emplee o las contrate será considerada como un empleador; la violación de una prohibición de esa naturaleza constituye un delito ⁷⁴.

116. La ley puede requerir también que el contrato sea hecho por escrito y atribuir al empleador la responsabilidad en el proceso si el contrato fue puramente verbal. El Código del Trabajo de un país dispone que, a falta de contrato escrito, se presumirán ciertos los hechos o circunstancias alegados por el trabajador que debían constar en dicho contrato, a menos que se pruebe lo contrario mediante pruebas que no admitan duda razonable ⁷⁵.

117. Además de la presunción de existencia del contrato de trabajo, la ley puede establecer una presunción en cuanto a los términos del contrato; por ejemplo, puede determinar que en ciertas condiciones el contrato debe ser considerado de duración indeterminada si hubiese sido establecido por tiempo determinado a pesar de que el trabajador realice una labor de carácter permanente para la empresa ⁷⁶.

Clarificación del ámbito de aplicación de la relación de trabajo

118. La legislación adoptada en algunos países desde fines del siglo XX contiene disposiciones que reenfozan la relación de trabajo para extender el ámbito de aplicación de la ley y por tanto su protección a nuevas categorías de trabajadores; para combatir las relaciones de trabajo encubiertas o fraudulentas y mejorar el cumplimiento de la ley; y para aliviar la carga de

la prueba del trabajador, en particular cuando debe demostrar la existencia de una relación de trabajo en un caso determinado. Junto con esta respuesta normativa a la preocupación creciente de la falta de protección de los trabajadores que de hecho están en una relación de trabajo que puede ser ambigua o encubierta, ha habido también una sostenida tendencia en la jurisprudencia en el sentido de aplicar el enfoque tradicional de la relación de trabajo a situaciones nuevas y complejas.

119. La preocupación por clarificar el ámbito de la relación de trabajo ha sido expresada de diversas maneras. Una respuesta ha sido tratar de redefinir con mayor precisión el ámbito de la relación de trabajo independientemente de la forma del contrato, o de establecer mecanismos de ajuste del ámbito de la ley de acuerdo con las necesidades cambiantes. Otro enfoque del problema ha sido establecer más claramente los límites entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente. Una tercera opción combina estos dos elementos. También han sido introducidas en la legislación disposiciones para regular cierto tipo de trabajo que anteriormente había sido definido de manera inadecuada en ciertos países. Por último, en un Código del Trabajo la protección del contrato de trabajo ha sido extendida a contratos equivalentes. Estos cinco enfoques serán descritos en los párrafos siguientes, ilustrados con referencia a relevantes casos de la jurisprudencia.

Definición del campo de aplicación de la relación de trabajo

120. Nueva Zelandia abordó la cuestión de la protección de los trabajadores en la nueva Ley de Relaciones Laborales, la cual contiene una

73. Eslovenia, artículo 16; Estonia, artículo 8.

74. Malasia, artículo 2A.

75. Panamá, artículo 69.

76. El Salvador, artículo 25.

amplia definición de los trabajadores a quienes se aplica y faculta a dos órganos independientes — el Tribunal de Trabajo y el Organismo de Relaciones Laborales — para que investiguen la naturaleza real del nexo entre la persona que realiza un trabajo y el ente que utiliza sus servicios. Tales facultades pueden ser de gran utilidad para eliminar relaciones de trabajo fraudulentas o disfrazadas.

121.

El artículo 6 de la ley establece:

1. En esta ley, salvo que el contexto indique otra cosa, empleado es:
 - a. toda persona de cualquier edad que esté empleada por un empleador para realizar cualquier trabajo, en virtud de un contrato de trabajo, a cambio de una remuneración o recompensa; y
 - b. incluye:
 - i. al trabajador a domicilio; y
 - ii. a cualquier persona que tenga la intención de trabajar; pero
 - c. excluye al voluntario que:
 - i. no espere ser remunerado o recompensado por el trabajo que realiza como voluntario; y
 - ii. no reciba remuneración o recompensa por el trabajo que realice en calidad de voluntario.
2. Al decidir, a los fines de la subsección 1), a), si una persona ha sido empleada por otra en virtud de un contrato de trabajo, el tribunal o la autoridad (según sea el caso) debe determinar la verdadera naturaleza de la relación entre ellas.

121. En Finlandia, la Ley de Contratos de Trabajo se aplica a los contratos de trabajo celebrados por un empleado o varios empleados en virtud de los cuales convengan en realizar personalmente un trabajo para un empleador bajo su dirección y supervisión, a cambio de un pago u otra remuneración⁷⁷. Dicha ley reafirma la prohibición de discriminación, el requerimiento de igual trato y el amplio ámbito de la relación de trabajo; asimismo, como fuera dicho antes, estipula que sus disposiciones no dejan de aplicarse por el hecho de que los empleados usen sus propias herramientas o equipos. La ley finlandesa ya admitía que el contrato de trabajo podía revestir cualquier forma⁷⁸. La nueva ley precisa que dicho contrato puede ser celebrado en forma verbal, por escrito o por medios electrónicos⁷⁹; esta última modalidad facilita aún más la identificación de la relación de trabajo, incluso entre personas que se encuentren en distintos países y que no se conozcan.

122. Al igual que la legislación anterior, la nueva ley privilegia el contrato por tiempo indeterminado, que denomina de validez indefinida, respecto del contrato celebrado por tiempo determinado, el cual es admitido únicamente cuando median causas justificadas. Asimismo garantiza al trabajador la conservación de los derechos adquiridos en caso de relación continuada o aun con breves interrupciones, como una manera de acercar la condición del trabajador por tiempo determinado a la del trabajador por tiempo indefinido. Los contratos celebrados por tiempo determinado o renovados en forma consecutiva, sin razón justificada, son considerados como de validez indefinida. Las disposiciones que reafirman las preferencias por el contrato de validez indefinida son particularmente significativas, pues uno de los rasgos centrales de la evolución reciente de la relación de trabajo en Finlandia ha sido el incremento de los contratos por tiempo

77. Finlandia, capítulo 1, artículo 1.

78. Ley de Contratos de Trabajo (núm. 320 de 1970), la cual fue derogada por la nueva ley.

79. Finlandia, capítulo 1, artículo 3.

determinado. Este fenómeno ha afectado de modo diferente a hombres y mujeres: de acuerdo con datos de 1999, el 21 por ciento de las mujeres y el 15 por ciento de los hombres trabajaban en virtud de contratos por tiempo determinado ⁸⁰.

123. En el mismo sentido, la nueva ley de Nueva Zelanda especifica que el empleador, al convenir un contrato de duración determinada que deba terminar en una fecha determinada o al final de un determinado período, debe tener razones genuinas basadas en circunstancias razonables para especificar que ese contrato deba terminar de esa manera. La ley dice que no son «razones genuinas»: «a) denegar o limitar los derechos del empleado en virtud de la presente ley; ni b) comprobar la aptitud del empleado para ocupar un empleo permanente» ⁸¹.

124. En el Reino Unido, la misma ley ha autorizado al Gobierno a adaptar su ámbito de aplicación; esta novedosa facultad obedece al problema creciente de las relaciones de trabajo disfrazadas y objetivamente ambiguas. En virtud del artículo 23 de la Ley de Relaciones de Trabajo, de 1999, el Gobierno puede conferir derechos laborales a determinados individuos respecto de un empleador, como quiera que se le defina; y puede establecer que dichos individuos deban ser tratados como partes de contratos de trabajo e indicar quiénes deben ser considerados sus empleadores.

125. En la India, la Comisión Nacional del Trabajo fue creada en 1999. Su mandato consistió en sugerir la racionalización de las leyes del trabajo aplicables en el sector «organizado» de la economía y proponer una legislación que brinde protección mínima a los trabajadores del sector «desorganizado» ⁸². Para que las leyes fueran

de aplicación universal, la Comisión sugirió en su informe que la definición de trabajador fuese idéntica en todas las leyes. También recomendó la promulgación de una ley especial donde se fusionaran todas las disposiciones relativas a las pequeñas empresas (definidas como aquellas con menos de 20 trabajadores). Esto contribuiría no sólo a proteger a los trabajadores en esas empresas, sino también a que las mismas estén en mejores condiciones de cumplir la ley. La Comisión consideró que la legislación actual, concebida para las grandes empresas, no es apropiada para ese sector ⁸³.

Delimitación de los límites entre el trabajo dependiente y el independiente

126. En Irlanda, la dificultad de distinguir entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente ha conducido al Gobierno y las organizaciones de empleadores y de trabajadores a intentar adoptar una posición de consenso. El sistema irlandés de relaciones colectivas de trabajo está basado en una amplia concertación social que desemboca en un acuerdo nacional sobre aumentos salariales y otros aspectos de la política social ⁸⁴.

127. En el contexto de las negociaciones sobre el acuerdo que regiría de 2000 al 2002, denominado Programa para la Prosperidad y la Equidad, se convino en crear el Grupo de Trabajo sobre el Estatuto en el Empleo, con el mandato de tratar de establecer una definición uniforme de «empleados». Ante la falta de una definición legal de «empleado» y de «trabajador independiente», había una preocupación creciente de que estuviera aumentando el número de personas clasificadas como «trabajadores por cuenta propia», a pesar de haber indicadores de que en su caso la calificación de «empleado» parecía más apropiada.

80. Finlandia (págs. 3, 11-16).

81. Nueva Zelanda, artículo 66.

82. Según consta en el informe de la Comisión, la fuerza de trabajo del sector no organizado representa el 92 por ciento del total y comprende un 32 por ciento de trabajadoras. Véase Second National Commission on Labour: Report, op. cit., párrafos 1.15 y 1.22; puede consultarse en http://www.labour.nic.in/comm2/nic_report.html.

83. Ibid., párrafos 1.17, 6.21, 6.28 y 6.30.

84. Véase Irlanda (págs. 1-4) y Pedersini, op. cit.

128. El punto es de importancia general, pues el hecho de que el trabajador sea o no calificado de empleado depende de aspectos tales como la manera de pagar sus impuestos y cotizaciones de seguridad social, el derecho de obtener prestaciones de desempleo, invalidez o enfermedad, una serie de derechos derivados de la legislación del trabajo y la responsabilidad por el trabajo realizado. Además, una calificación errónea de la condición del trabajador también puede traerle consecuencias desfavorables al empleador, incluidas sanciones. Por último, los órganos recaudadores del fisco tienen un interés muy específico en que la clasificación de los trabajadores sea apropiada y despliegan mucha actividad para identificar qué trabajadores son empleados y cuáles son independientes, a fin de evitar la evasión impositiva. El Grupo de Trabajo sobre el Estatuto en el Empleo procedió entonces a formular una serie de *indicadores* que permitan saber qué trabajadores son empleados y qué trabajadores son independientes (véase el recuadro 1); con esos *indicadores en mente* (aunque no todos se apliquen a un mismo caso), y considerando el trabajo de la persona como un todo, incluyendo las condiciones de trabajo y la realidad de la relación, debería ser más fácil determinar la condición jurídica del trabajador.

129. Además de establecer los *indicadores* para distinguir entre empleados y trabajadores independientes, dicho grupo de trabajo se interrogó sobre cómo convenía darlos a conocer. Desechó la opción de introducirlos en una ley y prefirió incluirlos en un Código de Prácticas

cuya aplicación sería puramente voluntaria. La legitimidad de ese Código provendría del hecho de que fue aprobado por consenso por las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, así como por las autoridades competentes⁸⁵. Aunque el Código no tiene un efecto vinculante, se esperaba que sería invocado por los órganos encargados de resolver litigios sobre la cuestión del Estatuto de los Trabajadores. Finalmente, la aplicación del Código de Prácticas sería objeto de seguimiento por el propio grupo de trabajo, con miras a verificar su eficacia.

130. En Alemania existe una definición de «empleado», a los fines de la seguridad social, desde el 1.º de enero de 1999, cuando entró en vigencia una reforma del Código de la Seguridad Social. Se introdujo entonces una presunción según la cual se considera que es empleado quien reúna dos de los *indicadores* siguientes: no tener empleados sujetos al cumplimiento de relaciones relativas a la seguridad social; trabajar usualmente para una sola persona; realizar el mismo tipo de trabajo que desempeñan empleados regulares; haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado, y no presentar indicios de realizar actividades empresariales. La idea subyacente era lograr una definición suficientemente precisa y práctica como para reducir la posibilidad de encubrimiento y facilitar el manejo de situaciones intermedias entre la relación de trabajo verdadera y la encubierta ⁸⁶.

85. La idea del Código de Prácticas tenía además como antecedentes las publicaciones del Revenue Commissioners and Department of Social, Community and Family Affairs tituladas *Employed or self-employed – A guide for tax and social insurance* (1998) y *Employees and contractors in the construction industry*, revisada en junio de 1996. Véase también una serie de folletos de divulgación del Departamento de Empresa, Comercio y Empleo, que si bien no se refieren al estatuto del «empleado», explican ampliamente los derechos laborales de los empleados.

86. Alemania (págs. 4-6). Véase también Pedersini, op. cit.

Recuadro 1

Irlanda, Código de Prácticas: criterios principales para determinar la condición jurídica de empleado o de trabajador independiente

Empleados o asalariados

Por regla general, será considerada «empleada» o «asalariada» 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;
- aporte sólo su trabajo;
- reciba un salario fijo, determinado por hora, semana o mes;
- 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 trabajador puede ser transferida sin más);
- no aporte sus propios materiales para realizar el trabajo;
- no aporte otras herramientas y equipo que los útiles de su propio oficio (pero cabe observar que el suministro de herramientas y equipo no es necesariamente por sí mismo un indicio suficiente acerca de la relación de trabajo del interesado; hay que tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso);
- no se exponga personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo;

Trabajadores independientes o por cuenta propia

Por regla general, será considerado «trabajador independiente» o «por cuenta propia» toda persona que:

- sea propietaria de su propio negocio;
- esté expuesta a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad realizado en virtud de un contrato;
- asuma la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa;
- pueda beneficiarse pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos que se le hayan encomendado;
- ejerza el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo, y determine si debe intervenir personalmente en tales cometidos;
- tenga toda libertad para contratar más personal, con arreglo a condiciones fijadas por ella misma, para realizar trabajos a cuya realización se haya comprometido;
- pueda ejecutar trabajos o servicios de la misma índole para más de una persona o negocio simultáneamente;

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> – no asuma ninguna responsabilidad por concepto de inversiones o gestión del negocio; – carezca de oportunidades para beneficiarse pecuniariamente de la correcta gestión y programación de los trabajos encargados al empleador o de la ejecución de las labores abarcadas por tales trabajos; – trabaje conforme al horario que se haya establecido o con arreglo a determinado número de horas por semana o por mes; – trabaje al servicio de una persona o de un negocio; – se le paguen los gastos ocasionados por concepto de subsistencia o transporte, o ambos a la vez; – tenga derecho al pago de horas extraordinarias o a la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto. | <ul style="list-style-type: none"> – proporcione los materiales necesarios para realizar el trabajo; – proporcione el equipo y las máquinas necesarios para realizar el trabajo, con excepción de pequeñas herramientas o equipo propio del oficio de que se trate (lo cual no debe considerarse como indicio seguro de que quien aporte tales herramientas y equipos trabaja por su propia cuenta); – disponga de locales fijos donde funcione su razón social y donde pueda depositar materiales y equipos y otros pertrechos; – calcule el costo del trabajo y fije el precio; – disponga de sus propios contratos de seguros; – ejerza control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido. |
|--|--|

Fuente: Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: *Code of practice for determining employment or self-employment status of individuals* (Dublin, julio de 2001).

El enfoque combinado

131. La reforma legislativa adoptada en Sudáfrica en 2002⁸⁷ combina varios de los elementos anteriores. Esa reforma, que modifica la legislación adoptada en 1995 y 1997, es importante no sólo por su contenido, sino también por el proceso de intensa, eficiente y constructiva discusión del cual emanó, con participación de todos los sectores interesados⁸⁸. Entre otros aspectos, la reforma aborda la cuestión del alcance del ámbito de la

relación de trabajo, particularmente difícil en un país donde las relaciones ambiguas de trabajo, tanto bilaterales como «triangulares», se han multiplicado en la última década y más todavía desde la adopción de la legislación de 1995⁸⁹.

132. Dos elementos fueron introducidos para clarificar y adaptar el campo de aplicación de la legislación. El primero de ellos, que recuerda el enfoque alemán y el Código de Prácticas de Irlanda, es una amplia presunción de la condición

87. Ley de Reforma de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo (núm. 11 de 2002), y Ley de Reforma de la Ley de Relaciones Laborales (núm. 12 de 2002).

88. La reforma, anunciada en 1999, comenzó con consultas a todos los círculos interesados, el Tribunal del Trabajo, la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje (CCMA) y los consejos de negociación colectiva. Los anteproyectos fueron publicados para consulta y discusión públicas por el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Trabajo (NEDLAC) en julio de 2000. Cuando se paralizaron las negociaciones emprendidas en el NEDLAC un comité tripartito de tres miembros prosiguió las tratativas, a la vez que en el Consejo Laboral del Milenio (Millennium Labour Council, MLC) se buscaba una fórmula de consenso sobre puntos básicos. Un acuerdo de principio concertado en el MLC, después de varios meses de discusión, abrió el camino para que se lograra un acuerdo en el NEDLAC en julio de 2001, luego de lo cual los proyectos de ley, una vez examinados por un comité de juristas, fueron promulgados el 1.º de agosto de 2002. Véase Sudáfrica 2002 (págs. 44-50).

89. *Ibíd.* (págs. 13 y 22).

de empleado, la cual aparece tanto en la Ley de Reforma de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo, de 2002, como en la Ley de Reforma de la Ley de Relaciones Laborales, también de 2002 ⁹⁰. Según dicha presunción, una persona es considerada empleada si satisface uno o varios de los siete *indicadores* fijados por la ley (véase el recuadro 2).

133. La presunción a favor de la condición de empleado no se aplica, sin embargo, en el caso de trabajadores con ingresos por encima de un cierto nivel. Cuando la Ley de Condiciones Básicas de Empleo fue adoptada en 2002, el límite de ingresos fue fijado en 89.445 rand (10.000 dólares de los Estados Unidos) por año ⁹¹.

Recuadro 2

Sudáfrica: presunción de la condición de empleado

Se presume que una persona es empleada si reúne algunos de los siguientes indicadores:

- 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 ésta;
- 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 a una sola persona.

Fuente: Artículo 21 de la Ley de Reforma de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo, 2002, en virtud de la cual se añadió el artículo 83 A en la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo, 1997.

134. Como medida complementaria, la Ley de Reforma de la Ley de Relaciones Laborales ordenó al Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Trabajo (NEDLAC) la preparación y adopción concertada de un código de buenas prácticas que contuviera lineamientos para determinar si una persona, incluida aquella que tenga ingresos superiores al límite mencionado anterior, es una empleada ⁹². Otro elemento novedoso, mencionado anteriormente es la facultad muy especial que se acuerda al ministro de calificar

de empleado a cualquier categoría de personas, a los efectos de la legislación del trabajo ⁹³. Ya no se trata solamente de clarificar el campo de aplicación de la ley, sino incluso de modificarlo por disposición ministerial.

135. En el Perú, el proyecto de Ley General del Trabajo, de julio de 2002, contiene una definición explícita y amplia de su ámbito de aplicación. La ley propuesta tiene la finalidad de regular la prestación personal de servicios, subordinada

90. *Ibíd.* (págs. 50-54).

91. De acuerdo con la encuesta sobre la fuerza de trabajo sudafricana de 2001, 600.000 de los 10 millones de trabajadores empleados ganaban más de 8.000 rand por mes. Por lo tanto, cerca del 5,5 por ciento del total empleado tenía ingresos por encima del límite fijado en la Ley de Reforma de la Ley de Condiciones Básicas de Empleo (véase Sudáfrica 2002, pág. 53). De acuerdo con dicha ley, el Ministro del Trabajo es competente para establecer el monto del referido límite de ingresos previa opinión de la Comisión de Condiciones de Empleo y mediante publicación de la decisión en la *Government Gazette*. Siguiendo este procedimiento, el límite de ingreso fue elevado a 115.572 rand con efectos desde el 24 de marzo de 2003 (Ley de Condiciones Básicas de Empleo, núm. 75 de 1997: Determinación: límite de ingreso, decisión gubernamental núm. 356, véase *Government Gazette*, núm. 25012, de 14 marzo de 2003).

92. Artículo 51 de la Ley de Reforma de la Ley de Relaciones Laborales, de 1995, que modifica su artículo 200 A.

93. Artículo 83 de la Ley de Condiciones Básicas de Empleo, según enmienda del artículo 20 de Ley de Reforma de dicha ley, de 2002. Véase Sudáfrica 2002 (pág. 54).⁹⁴

y remunerada, nacida de un contrato verbal o escrito, cualquiera que sea su denominación o modalidad. Dicha prestación es considerada personal aun cuando se encubra a través de la actuación de una persona jurídica. La prestación de servicios es subordinada cuando el trabajador se desenvuelve dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, o de un tercero cuando así lo autorice la ley. El proyecto presume que toda prestación de servicio es subordinada y que el contrato de trabajo existe cuando hay prestación de servicios; además, indica elementos que no son esenciales para calificar una relación como laboral pero que pueden servir como indicadores a este efecto o para determinar la aplicabilidad de ciertos derechos. De igual modo, el proyecto define los sujetos del contrato de trabajo (empleador, trabajador) y presume que dicho contrato es celebrado por tiempo indeterminado⁹⁴

136. Otra iniciativa destinada a reenfocar la relación de trabajo fue la designación en 2002 de un comité de expertos en Quebec, Canadá, el cual produjo un informe sobre las necesidades de protección social de los trabajadores con estatuto no tradicional⁹⁵. El comité había sido creado a raíz de los cambios en la relación de trabajo producidos por las nuevas modalidades de funcionamiento de ciertas empresas, la provisión de ciertos servicios públicos y la aparición de nuevas categorías de trabajadores por cuenta propia (algunos que sólo lo son en apariencia y otros que son verdaderos trabajadores autónomos).

Definición de determinadas formas de empleo

137. Junto con las disposiciones generales sobre el campo de aplicación de la relación de trabajo, ha habido también otras, específicas, destinadas a

precisar la existencia de la relación de trabajo en los casos de trabajo a domicilio, el teletrabajo, los trabajadores de agencias privadas y las cooperativas de trabajadores.

138. En Chile, desde la reforma del Código del Trabajo en 2001 se presume que el trabajo a domicilio es subordinado cuando no se realiza de manera discontinua ni esporádica, como se dijo anteriormente⁹⁶. En Finlandia, la ley sobre contratos de trabajo dice expresamente que también se aplica cuando el trabajo es realizado a domicilio⁹⁷.

139. En Nueva Zelanda, la Ley de Relaciones Laborales, al definir el ámbito de la relación de trabajo, abarca al trabajador a domicilio. Esta ley considera empleado a todo trabajador que esté vinculado por un contrato de trabajo. Sin embargo, también incluye expresamente en esa categoría al trabajador a domicilio, aunque haya sido reclutado, empleado o contratado en virtud de un contrato en el que las partes sean técnicamente un vendedor o un comprador⁹⁸. A propósito de esta figura de compra y venta en el trabajo a domicilio, la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, reformada en 1997, considera patrono (empleador) a la persona que, con cierta regularidad o de manera habitual, vende a otra (considerada trabajador a domicilio) materiales a fin de que ésta los elabore o confeccione en su habitación para luego adquirirlos por una cantidad determinada⁹⁹.

140. El proyecto peruano antes mencionado precisa que la prestación se considera personal en el trabajo a domicilio, aun cuando se realice con el concurso de familiares directos del trabajador que dependan económicamente de él¹⁰⁰.

94. Véase anteproyecto de la Ley General del Trabajo, julio de 2002, artículos I-IX y 1, 4-7, 11, 14, 17.

95. J. Bernier; G. Vallée; C. Jobin: Social protection needs of individuals in non-standard work situations, Final Report, Canada, Quebec, Ministry of Labour, 2003, disponible en: http://www.travail.gouv.qc.ca/actualite/travail_non_traditionnel/Bernier2003/index.html.

96. Chile, artículo 8, enmendado por el artículo 5 de la ley núm. 19759.

97. Finlandia, capítulo 1, artículo 1.

98. Nueva Zelanda, artículo 5.

99. Venezuela, artículo 293.

100. Artículo II del Título Preliminar.

141. En cuanto al teletrabajo, que en ciertos aspectos es una forma moderna de trabajo a domicilio, un acuerdo marco de 2002 lo reglamenta dentro de la Unión Europea con disposiciones emanadas de los propios interlocutores sociales ¹⁰¹. Este acuerdo marco cubre diferentes formas de teletrabajo, pero se limita al teletrabajo regular, es decir, el que tiene lugar en el marco de un contrato o una relación de trabajo y se basa en el reconocimiento de que los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los asalariados que prestan servicios en los locales del empleador. El acuerdo contiene la siguiente disposición fundamental destinada a prevenir ambigüedades en cuanto a la condición del trabajador y su posible «conversión» en independiente: «el hecho de que una persona pasa a ser teletrabajador no afecta por sí mismo su condición de empleada, pues ese cambio lo único que significa es que se ha modificado la manera de realizar el trabajo» ¹⁰².

142. El proyecto de Ley General del Trabajo del Perú define el teletrabajo y sugiere algunos indicadores que pueden ayudar a tipificar la subordinación en esa clase de trabajo ¹⁰³. Por su parte, el Código del Trabajo chileno describe el teletrabajo precisando que se trata de servicios prestados fuera de la empresa mediante el uso de computadoras o equipos de telecomunicaciones y lo exime de la limitación de las horas de trabajo ¹⁰⁴.

143. A propósito de las cooperativas, la Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193), de la OIT, propone que las políticas nacionales deberían, especialmente, promover la aplicación a todos los trabajadores de las cooperativas, sin distinción alguna, de las normas

fundamentales del trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Extensión del ámbito de la legislación a trabajadores equivalente

144. El Código del Trabajo de Portugal prevé la extensión parcial de su ámbito de aplicación más allá de los límites del contrato de trabajo, el cual, como fuera dicho antes, concierne a trabajadores que prestan servicios bajo la autoridad y dirección de otra u otras personas. A este respecto, el Código dice lo siguiente: «los contratos para la realización de un trabajo sin subordinación jurídica quedan sujetos a los principios de este Código, especialmente en cuanto se refiere a los derechos de la persona, la igualdad, la no discriminación y seguridad en el trabajo, sin perjuicio de otras disposiciones especiales, con tal de que se considere que el trabajador está en situación de dependencia económica del beneficiario de su actividad» ¹⁰⁵. El Código denomina estos contratos «contratos equiparados» al contrato de trabajo y los sujeta a los principios que dicho Código establece.

Evolución de la jurisprudencia

145. Analizar la evolución de la relación de trabajo es siempre interesante y útil estar alerta a las orientaciones de la jurisprudencia. Los jueces y otros órganos de administración de justicia desempeñan un papel determinante en la calificación de la condición del trabajador con arreglo a los hechos. Vale la pena mencionar algunas decisiones tomadas en diferentes países.

101. Los interlocutores sociales europeos fueron invitados «a que negociaran acuerdos de modernización de la organización del trabajo, incluyendo arreglos sobre formas flexibles de trabajo, con miras a hacer más productivas y competitivas a las empresas y lograr el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad». Véase el punto 1, párrafo 1, del acuerdo marco sobre teletrabajo en: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/jul/telework_en.pdf.

102. *Ibid.*, punto 1, párrafo 3; punto 2; y punto 3, párrafo 4.

103. «El contrato de trabajo a distancia regula el desempeño de labores sin la presencia física del trabajador en la empresa, con la que mantiene conexión por medios informáticos y de telecomunicaciones y análogos, a través de los cuales se ejercen, a su vez, el control y la supervisión de las mismas» (artículo 39, véase también el artículo 40).

104. Véase el artículo 22 del Código del Trabajo, tal como fue enmendado por el artículo 7 de la ley núm. 19759, op. cit.

105. Portugal, artículos 10 y 13.

146. El caso *Denny*¹⁰⁶ constituye en Irlanda un importante precedente judicial en la materia y como tal fue mencionado de modo expreso en el informe del grupo de trabajo sobre el estatuto en el empleo antes citado¹⁰⁷. Una trabajadora firmó un contrato de trabajo como demostradora de Denny, una compañía de alimentos, y como tal pasó a integrar su lista de demostradores, es decir, de personas que, por ejemplo, en un supermercado ofrecen gratuitamente a los clientes diversas muestras de productos. A requerimiento de una tienda cliente, la compañía Denny contactaba a un demostrador de su lista y le encargaba que hiciera una demostración. Una vez concluida, el empleado hacía un pedido, refrendado por el administrador de la tienda. La persona era pagada por día y recibía una prima de transporte, pero no tenía derecho a pensión ni a formar parte de un sindicato. El contrato anual de la trabajadora de quien se trata fue renovado varias veces; sin embargo, en 1993 el contrato estipuló que ella era una *trabajadora independiente*; como tal debía responsabilizarse de pagar sus impuestos. Para esa época la interesada trabajaba un promedio de 28 horas por semana, durante 48 a 50 semanas por año en las que hacía unas 50 demostraciones sin la supervisión de la compañía, pero cumpliendo cualquier indicación razonable proveniente del propietario de la tienda e instrucciones escritas de la compañía, de la cual recibía los materiales para la demostración y el consentimiento para realizarla. La cuestión que se planteaba en este caso era saber si la trabajadora era en efecto independiente o si era una empleada, en tal caso debía ser asegurada por la empresa. La Corte Suprema consideró, de acuerdo con los hechos establecidos y los principios generales desarrollados por la jurisprudencia, que la trabajadora era una empleada, vinculada por tanto por un contrato de trabajo, por haber prestado servicios por cuenta de otra persona y no por su propia cuenta.

147. En otro caso en Irlanda¹⁰⁸, el Tribunal del Trabajo consideró la situación de un veterinario que desde 1996 había desempeñado funciones de inspector, con carácter de temporero y a tiempo parcial, en el Departamento de Agricultura, para determinar si era o no un empleado. El Tribunal dijo que la distinción entre un contrato de trabajo y un contrato de arrendamiento de servicio es sumamente sutil y está rodeada de complejidades jurídicas que hacen difícil considerar los casos extremos. En su decisión el Tribunal tuvo en cuenta los criterios incluidos en el Código de Prácticas para determinar la condición jurídica de empleado o de trabajador independiente ya mencionado con anterioridad. A la luz de lo establecido en dicho Código de Prácticas y de otros criterios, el Tribunal llegó a la conclusión de que el veterinario era un trabajador autónomo y era económicamente independiente de quien había solicitado sus servicios, teniendo en cuenta el derecho que tenía de rechazar el trabajo y el grado de control que ejercía sobre sus funciones de inspector. El Tribunal concluyó, por tanto, que el veterinario había trabajado en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios y que no era un «empleado».

148. En Sudáfrica, una empresa contratista de construcción especializada en la fabricación e instalación de armarios empotrados convenció a la gran mayoría de sus empleados para que renunciaran y siguieran prestándole servicios en calidad de trabajadores independientes. El Tribunal de Trabajo examinó si los contratos con los trabajadores eran genuinos y habían sido concluidos de buena fe, basándose en uno de los casos. Comprobó que en ese caso el trabajador sólo ayudaba a cargar armarios en un vehículo y luego a limpiarlos y retocarlos una vez instalados, y que ese trabajo formaba parte integral del servicio que brindaba el contratista. Sostuvo que el contratista había gastado una broma pesada al trabajador al inducirlo a creer que era un

106. Supreme Court: *Henry Denny & Sons Ltd., trading as Kerry Foods v. The Minister for Social Welfare* (1998), 1 IR 34.

107. Irlanda (págs. 10-12).

108. Labour Court: *Department of Agriculture, Food and Rural Development and Maurice O'Reilly*, DWTO232, 18 de junio de 2002.

empresario independiente, con lo cual de paso lo dejaba sin la protección que la ley acuerda a un empleado. El contrato con el trabajador, afirmó el Tribunal, había sido una farsa y seguía siéndolo a pesar de que el trabajador lo hubiera aceptado ¹⁰⁹.

149. En los Países Bajos, en 2004 la Corte de Distrito de Apeldoorn decidió, de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte, que «para que exista subordinación no es necesario que el empleador realmente dé instrucciones al empleado, sino que basta que tenga la *autoridad* de darlas» ¹¹⁰. También de acuerdo con la jurisprudencia anterior, la Corte de Apelaciones de Middelburg decidió que el contenido de un contrato escrito no es concluyente para determinar la existencia de un contrato de trabajo, sino que debe tenerse en cuenta el propósito del contrato y la manera como ha sido ejecutado. En el caso de un consejero médico, la Corte estableció que había habido un contrato de trabajo sobre la base de los siguientes hechos: a) el «empleado» no trabajaba para otras empresas distintas del «empleador»; b) tenía que ajustar su método de trabajo y organización a los del «empleador»; c) recibía instrucciones respecto del contenido de su trabajo; d) trabajaba en la oficina del «empleador» en días y horas fijos; e) no podía ausentarse del trabajo sin consentimiento del «empleador»; f) su salario había sido fijado sobre la base de una directiva de la asociación de doctores empleados; g) el impuesto y las retribuciones le eran retenidos por el «empleador»; h) el «empleado» tenía que realizar su trabajo personalmente ¹¹¹.

150. En Francia, la Sala Social de la Corte de Casación examinó el caso de una persona que conducía un taxi de conformidad con un contrato de un mes de duración, renovable por tácita reconstrucción, denominado «contrato de alquiler de un vehículo

equipado como taxi», y pagaba una suma calificada contractualmente de «canon». La Corte de Casación consideró que ese contrato de alquiler de muy breve duración disimulaba en realidad un contrato de trabajo, pues sobre el taxista recaían numerosas y estrictas obligaciones respecto de la utilización y el mantenimiento del vehículo, y estaba en situación de subordinación ¹¹².

151. También en Francia, unas personas se ocupaban de la distribución y recolección de paquetes en virtud de un contrato de franquicia. Los beneficiarios de la franquicia recolectaban los paquetes en un local alquilado por la empresa que había otorgado la franquicia y los distribuían conforme a horarios e itinerarios fijados por ésta. Asimismo, las tarifas eran impuestas por la empresa, la cual cobraba directamente las facturas de la clientela. La Corte de Casación examinó la situación de tres beneficiarios de franquicias, planteada en tres casos separados relativos a diferentes regiones y los resolvió en sendas sentencias del mismo día ¹¹³. La Corte consideró que las disposiciones del Código del Trabajo son aplicables también a las personas cuya profesión consiste esencialmente en recoger pedidos o en recibir objetos para ser procesados, guardados o transportados por cuenta de una sola empresa industrial y comercial, cuando esas personas ejerzan su oficio en un local suministrado o aceptado por dicha empresa y bajo las condiciones y precios impuestos por ésta, sin que fuera necesario establecer la existencia de un vínculo de subordinación. Al parecer, esta decisión significaría una extensión del campo de aplicación del Código del Trabajo a ciertos beneficiarios de franquicias ¹¹⁴.

152. En Venezuela se planteó el caso de varios distribuidores de cerveza y otros productos, que

109. Building Bargaining Council (Southern and Eastern Cape) v. Melmons Cabinets CC and Another (2001), 22 ILJ 120 (LC), Labour Court (P478/00), 23 de noviembre de 2000.

110. District Court Apeldoorn, 10 de marzo de 2004, JAR 2004/75, citado en Bosse, op. cit., pág. 6.

111. Court of Appeal Middelburg, 5 de febrero de 2003, JAR 2003/6, ibíd., pág. 6.

112. Decisión núm. 5371, de 19 de diciembre de 2000. Véase Le Monde, 22 de diciembre de 2000.

113. Decisiones núms. 50105034, 50105035 y 50105036, de 4 de diciembre de 2001. Véanse Libération, 28 de enero de 2002, y Droit social, núm. 2, febrero de 2002, págs. 162-163.

114. A. Jeammaud: «L'assimilation de franchisés aux salariés», en Droit social, op. cit., págs. 158-161.

para llevar a cabo su actividad habían constituido sendas sociedades de responsabilidad limitada. Los distribuidores compraban los productos por un precio fijado por la empresa cervecera y los revendían a los clientes dentro de una determinada zona que recorrían con sus camiones, pintados con lemas de la empresa cervecera por otro precio también fijado por la empresa. Sus ingresos provenían de la diferencia entre ambos precios. No podían vender los productos fuera de la zona asignada, ni vender en dicha zona otros productos que no fueran los de la empresa. Con respecto a una de las causas el Tribunal Supremo de Justicia decidió que los distribuidores eran en realidad trabajadores asalariados, pues estaba demostrada la prestación personal de sus servicios, a pesar de estar registrados como comerciantes y de que su trabajo estuviese estructurado en torno a sendos contratos de compraventa mercantil. Sin embargo, hubo otros 80 casos que fueron sometidos a mediación y conciliación por el mismo Tribunal y las partes dejaron establecido que los trabajadores eran comerciantes ¹¹⁵.

153. Asimismo, una azafata de vuelo con tres años de servicios en una empresa aérea venezolana fue retirada de la programación de vuelos y de un curso con vistas a su ascenso, en razón de su estado de gravidez, sin que se le asignaran nuevas funciones. La azafata quedaba así privada de remuneración, pues sólo recibía un salario mensual a comisión por vuelos, y no había sido declarada al Instituto de la Seguridad Social. La empresa negó que la vinculara a la aeromozoza una relación de trabajo y alegó en cambio haber suscrito con ella un contrato comercial, en su calidad de representante de una compañía

anónima que era para la cual ella trabajaba. No obstante, tras haber acreditado la azafata su prestación efectiva de servicios a la aerolínea, el Tribunal de Primera Instancia dio por demostrada la relación laboral entre ambas partes y decidió la causa a favor de la trabajadora ¹¹⁶.

154. Desde 1987 una gran empresa de la industria electrónica de los Estados Unidos había incorporado a su personal una serie de trabajadores de agencias y de trabajadores «independientes». Estos habían convenido por escrito en que no disfrutarían de ciertos beneficios de los que disfrutaban los empleados, incluido el acceso al programa de compra de acciones de la compañía. Sin embargo, en mayo de 1999, un Tribunal decidió, según el derecho consuetudinario, que estos trabajadores eran empleados de la empresa¹¹⁷. Al cabo de varios años de negociaciones esa decisión dio lugar a una solución de transacción en virtud de la cual la empresa convino en abonar cerca de 97 millones de dólares para indemnizar por diversos conceptos a los referidos trabajadores. Además, la empresa cambió sus prácticas de contratación y calificación del personal, lo cual significó la contratación en calidad de empleados de unos 3.000 trabajadores de la categoría que se habían beneficiado de la sentencia, los cuales tuvieron derecho a participar en los planes y programas de beneficios acordados al personal ¹¹⁸.

155. Es interesante observar el problema que plantea la demora en las decisiones judiciales y anotar que en todo caso a menudo sólo benefician directamente a uno o a varios demandantes. En dos de las tres decisiones de la Corte de Casación

115. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, decisiones del 15 de marzo de 2000 y del 17 de octubre de 2002. En un caso relativo a trabajadores de la misma empresa, el Comité de Libertad Sindical de la OIT señaló que no le correspondía pronunciarse respecto de la relación jurídica (laboral o mercantil) de los distribuidores, vendedores y repartidores con la empresa, pero que ellos deberían poder constituir las organizaciones que estimen convenientes (artículo 2 del Convenio núm. 87). Véase OIT: 281.er informe del Comité de Libertad Sindical: caso núm. 1578, Boletín Oficial (Ginebra), 1992, Serie B, núm. 1, párrafos 395-396.

116. Juzgado de Primera Instancia del Trabajo, Estado Vargas, 28 de abril de 1999.

117. Vizcaino v. United States District Court, 173 F 3d 713 (Ninth Circuit, 1999); véase también Estados Unidos (págs. 114-119).

118. United States District Court, Western District of Washington, Seattle, Vizcaino et al. v. Microsoft Corporation et al., Hughes et al. v. Microsoft Corporation et al., Class Action Settlement Agreement, 8 de diciembre de 2000; y United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, núm. 01-35494, 15 de mayo de 2002.

Francesa a que se a hecho mención, relativas a contratos de franquicia, las causas demoraron alrededor de cuatro años, mientras que la relación de trabajo de cada uno de los interesados duró apenas un poco más de tres años. Por otra parte, el juicio contra la empresa electrónica de Estados Unidos duró más de ocho años y sólo concluyó debido al compromiso convenido entre las partes. Aun así, el impacto de este proceso alcanzó a una categoría inicialmente indeterminada de personas, la cual resultó ser de varios miles ¹¹⁹, mientras que las otras sentencias mencionadas sólo beneficiaron directamente a las personas demandantes.

Regulación de las relaciones «triangulares» de trabajo

156. El desarrollo legislativo de las relaciones «triangulares» de trabajo es bastante menos extenso y menos frecuente que el de la relación de trabajo tradicional entre un empleador y un trabajador, especialmente en ciertas regiones. Existe un marcado contraste entre aquellas legislaciones que contemplan supuestos de relaciones «triangulares» y las legislaciones que no las regulan o lo hacen sólo en forma sumaria. En particular, las legislaciones que tratan de las relaciones de trabajo «triangulares» contienen disposiciones sobre la identidad del empleador y las posibles responsabilidades del empleador y el usuario, así como sobre los derechos de los trabajadores.

157. Los siguientes párrafos ofrecen algunos ejemplos de disposiciones legales sobre ciertos aspectos claves de las relaciones «triangulares» de trabajo.

158. Las legislaciones regulan principalmente dos grandes vertientes generadoras de relaciones «triangulares»: de un lado, la ejecución de obras y de prestación de servicios, y de otro lado, el suministro de personal mediante contratos comerciales. En ambos supuestos, en las legislaciones nacionales hay normas que identifican al empleador, se refieren a las condiciones de trabajo y derechos de los trabajadores y establecen obligaciones y responsabilidades a empleadores y beneficiarios o usuarios ¹²⁰.

¿Quién es el empleador (el proveedor)?

159. Tanto la legislación reciente como la menos reciente identifican al empleador (el proveedor) como la persona o empresa que emplea al trabajador y al usuario como la persona que se beneficia de los servicios del trabajador, aun cuando hay variaciones en algunos países.

La contratación de obras y servicios

160. La mayoría de las disposiciones sobre relaciones «triangulares» se refieren a la realización de obras o a la prestación de servicios mediante contrato. Esa actividad es regulada en el derecho positivo comparado desde tres perspectivas distintas: la del empleador, la del usuario y la del trabajador.

161. Algunas legislaciones definen al empleador como la persona natural o jurídica al que, con sus propios equipos y su propio personal, asume la tarea de ejecutar una obra o prestar un servicio en beneficio de un tercero ¹²¹. La figura tradicional del contratista está definida en Chile en el contexto de las empresas comerciales o

119. Según el Tribunal que conoció de un problema de honorarios en relación con este proceso, «el litigio también produjo beneficios para empleadores y trabajadores de todo el país al clarificar la ley en lo relativo a la clasificación de los trabajadores temporeros. Además, observó que como consecuencia del juicio muchos trabajadores que hubieran sido clasificados en la categoría de trabajadores «contingentes» habían recibido las ventajas correspondientes a empleados permanentes a tiempo completo». Véase United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, op. cit., pág. 7011.

120. A los fines de este informe y del Informe V preparado para la discusión general de 2003, la OIT usa las palabras «proveedor» y «usuario» para referirse a las partes, además del trabajador, de una relación de trabajo «triangular». Sin embargo, como este capítulo está basado en una revisión de la legislación y la práctica, también se utilizan términos como contratista, subcontratista, empresa principal y empleador indirecto al referirse a las partes, en la medida en que esas palabras reflejan la terminología utilizada en las leyes pertinentes.

121. Véase, por ejemplo, Camboya, artículos 45 y 47; Colombia, artículo 34; Costa Rica, artículo 3; México, artículo 13; Nicaragua, artículo 9; Panamá, artículo 89.

agroindustriales derivadas de la agricultura, de la explotación de madera u otras afines, como las personas naturales o jurídicas que contratan trabajadores, por su cuenta, para prestar servicios a terceros ¹²². El Estatuto de los Trabajadores de España se refiere también al contratista en una disposición relativa a las empresas usuarias que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad¹²³.

162. En otra legislación, el término «contratista» está referido a quienes suministran trabajadores a un tercero ¹²⁴ ; en Mauricio, el término utilizado es «contratista de trabajo» ¹²⁵, mientras que otras legislaciones utilizan la palabra contratista sin definirla, pero especifican las obligaciones o responsabilidades, o ambas, del contratista.

163. Asimismo, en algunos países africanos existe la figura análoga del «tâcheron» o «maître ouvrier», que es un subempresario independiente que contrata con un empresario o con el maestro de la obra la ejecución de un determinado trabajo o la prestación de determinados servicios a cambio de un precio convenido por las partes ¹²⁶.

164. En Francia, el Código del Trabajo aborda esta cuestión desde un ángulo diferente. Se refiere a un arreglo en el cual una empresa industrial o comercial contrata la realización de cierto trabajo o el suministro de determinados servicios con una persona que contrata la mano de obra necesaria pero que no es propietaria de un fondo de comercio o de un fondo artesanal. Si la persona contratada incumple sus obligaciones con los trabajadores, la responsabilidad se transfiere a la empresa industrial o comercial, en ciertas

circunstancias. El Código del Trabajo de Túnez contiene disposiciones semejantes ¹²⁷. Asimismo, el Código del Trabajo de Marruecos define la subcontratación como un contrato escrito mediante el cual una empresa contrata con un subcontratista la realización de ciertos trabajos o servicios ¹²⁸.

165. El contratista asume las obligaciones usuales de cualquier empleador, pero puede tener responsabilidades adicionales. En España, por ejemplo, el contratista o subcontratista debe informar por escrito a sus trabajadores la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento ¹²⁹.

El suministro de trabajadores

166. A diferencia de la contratación de obras y servicios, el suministro de trabajadores es una actividad generalmente más circunscrita, en cuanto sólo puede ser llevada a cabo por determinadas empresas y en determinados supuestos ¹³⁰. La cesión de trabajadores en otros supuestos puede estar expresamente prohibida e inclusive constituir un delito.

167. El suministro de trabajadores por particulares fue regulado por el Convenio de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y la Recomendación núm. 188. El Convenio núm. 181 atribuye a la agencia la función de emplear trabajadores con la finalidad de ponerlos a la disposición de una tercera persona, denominada expresamente «empresa usuaria». El trabajador tendrá en ese caso por interlocutores a la agencia que lo contrata y al cliente de la agencia a la cual irá a prestar servicios ¹³¹.

122. Circular núm. 153 relativa al artículo 92 bis del Código del Trabajo (introducido por el artículo 14 de la ley núm. 19759).

123. España, artículo 42, 1) del Estatuto de los Trabajadores, según reforma del artículo 2 del Real decreto legislativo núm. 5/2001.

124. Botswana, artículo 2, 1).

125. Mauricio, Ley del Trabajo, artículo 2.

126. Benin, artículos 75-78; Burkina Faso, artículos 54-58; Camerún, artículos 48-51; Gabón, artículo 113; Níger, artículos 20-21.

127. Francia, artículo L. 125-2; Túnez, artículos 28-30.

128. Marruecos, artículo 86; véase también República Democrática del Congo, artículos 82-85.

129. España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 42, 3).

130. Véase, por ejemplo, España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 43; Camerún, artículo 26; Francia, artículo L.125-1; Marruecos, artículos 477-483, 497-498; Níger, artículos 18-19; Eslovenia, artículo 57.

131. Artículo 1, 1, b).

168. Algunas legislaciones nacionales contienen disposiciones sobre las agencias de empleo privadas, con frecuencia siguiendo la orientación de los instrumentos de la OIT antes mencionados. Los problemas de protección de los trabajadores de tales agencias tienden a plantearse principalmente en los países sin una adecuada legislación o donde la ley no es aplicada de manera efectiva ¹³².

169. Aun cuando en muchos países la agencia de empleo temporal es normalmente el empleador, no siempre es así. Por ejemplo, en una reciente decisión en el Reino Unido hubo un cambio de criterio en cuanto a la relación jurídica entre los empleados de la agencia y quienes utilizan sus servicios ¹³³. Una persona se inscribió en una agencia de empleo en virtud de un «acuerdo de trabajo temporal», en el cual se decía claramente que sus disposiciones «no daban lugar a un contrato de trabajo» entre la agencia y el trabajador, o entre el trabajador y el cliente. Durante varios años, la persona fue asignada por la agencia para trabajar como limpiadora exclusivamente en un establecimiento municipal para el cuidado de personas con problemas de salud mental. La municipalidad, a través del administrador del establecimiento, ejercía el control diario sobre esa persona y le suministraba los materiales de limpieza, equipos y uniformes. La persona trabajaba en las horas fijadas, durante cinco días a la semana. La agencia le pagaba sus salarios con el dinero que recibía por el precio de sus servicios a la municipalidad. En abril de 2001, después de un incidente en el establecimiento, la municipalidad solicitó que la trabajadora fuese retirada del acuerdo y la agencia le informó de que no podía conseguir más trabajo para ella. La trabajadora intentó un recurso por despido injustificado. La decisión de primera instancia consideró que, a falta de un contrato de trabajo, la

persona no había sido empleada ni por la agencia ni por la municipalidad. En la apelación, el Tribunal de Apelación del Trabajo decidió que la persona había sido empleada por la agencia, teniendo en cuenta el control considerable que ejercía sobre ella y la correspondencia de obligaciones entre la agencia y la persona en cuestión. Sin embargo, a raíz de una nueva apelación, y considerando la conducta de las partes y el trabajo realizado, la Corte de Apelaciones determinó que podía haber habido un contrato implícito de trabajo entre la municipalidad y la trabajadora si había tenido lugar el «mínimo irreductible de obligaciones mutuas necesario para que exista un contrato de trabajo». «Esta relación contractual podía estar implícita independientemente de que hubiese habido un contrato expreso de trabajo y, por supuesto, independientemente de que el contrato entre la persona trabajadora y la agencia, como fue el caso, expresamente estipulara que no había contrato de trabajo con el usuario (ni con la agencia)» ¹³⁴. La Corte de Apelaciones decidió que el Tribunal del Trabajo había errado al decir que la persona demandante no era empleada de la administración a la cual había sido asignada por la agencia para trabajar en labores de limpieza durante varios años porque no hubiese un contrato expreso entre la persona demandante y la municipalidad. Al llegar a esa decisión, el Tribunal dejó de considerar la posibilidad de que hubiese un contrato implícito de trabajo entre la demandante y la municipalidad.

170. Varios países han visto el surgimiento de «cooperativas de trabajadores» como un sistema de suministro de trabajadores. En Colombia, por ejemplo, hay trabajadores que se asocian en cooperativas para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. El trabajo está preferentemente a cargo de los trabajadores miembros de la cooperativa,

132. En los Países Bajos, por ejemplo, la Liga General de las Empresas de Trabajo Temporal (ABU) se refiere al fenómeno creciente de la colocación ilegal. Véase Bosse, op. cit., pág. 14, y <http://www.abu.nl/abu/pagina.asp?pagkey=37892>.

133. *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd.* [2004] EWCA Civ 217, en *Industrial Relations Law Reports*, mvol. 33, núm. 5 (mayo de 2004), págs. 358-360.

134. M. Rubenstein: «Highlights», en *Industrial Relations Law Reports*, op. cit., pág. 345.

quienes no están sujetos a la legislación del trabajo aplicable a los trabajadores dependientes, a diferencia de los trabajadores empleados por la cooperativa, y pueden inclusive contribuir con su trabajo solidario en las etapas iniciales de funcionamiento de la cooperativa o en períodos de crisis económica, en forma gratuita o mediante remuneración convencional ¹³⁵.

171. Sin embargo, este sistema ha dado lugar a relaciones de trabajo disfrazadas o fraudulentas que podrían ser sancionadas. En Colombia, por ejemplo, ha habido noticias sobre una investigación de unas 200 cooperativas de trabajadores, en la cual se encontró que «algunas agencias de empleo temporal estaban operando bajo la apariencia de cooperativas para evadir contribuciones impositivas y de seguridad social» ¹³⁶.

172. En Argentina, la ley dispone que 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 ¹³⁷.

173. La agencia de empleo temporal que ha celebrado un contrato con una empresa usuaria tiene las obligaciones normales de cualquier empleador, pero puede también tener otras obligaciones. Por ejemplo, puede tener que informar a los trabajadores y a sus representantes de la identidad de la empresa usuaria y los términos del contrato concluido con ésta, su propósito, duración, lugar de ejecución, número de trabajadores, y medidas para coordinar actividades de prevención de riesgos ocupacionales ¹³⁸.

¿Cuál es la condición del usuario?

174. Tanto el contratista como la agencia de empleo son empleadores pero a su vez están relacionados por un contrato comercial con un cliente o usuario a quien prestan sus servicios. Algunas leyes designan al usuario como «principal empresario» ¹³⁹. En Finlandia, la Ley sobre Contratos de Trabajo denomina «empresa usuaria» a la empresa que suministra un empleado a otra empresa ¹⁴⁰.

175. La legislación en algunos países establece las obligaciones y responsabilidades del usuario con respecto a los trabajadores del proveedor. Las obligaciones del usuario pueden abarcar aspectos tales como la selección y el control del proveedor, la notificación a sus propios empleados de los términos del acuerdo celebrado con el proveedor, el cumplimiento de las disposiciones laborales y de seguridad social y el pago de salarios mínimos y otras remuneraciones por parte del proveedor, la inclusión de cláusulas laborales en el contrato celebrado con éste y la obligación de conservar copia de los acuerdos celebrados con el proveedor.

176. La responsabilidad del usuario en la selección y control del proveedor que contrata se basa usualmente en la obligación de garantizar que el proveedor esté adecuadamente registrado, si esta obligación existe. En España, el usuario, denominado por la ley empresario principal, debe también:

- a) comprobar que el contratista esté al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social;

135. Ley que actualiza la legislación cooperativa, artículos 70 y 57-60.

136. El País (Cali), 30 de abril de 2004.

137. Véase Argentina, Ley sobre Régimen Laboral, artículo 40.

138. Por ejemplo, España, Estatuto de los Trabajadores, artículo 42.

139. España, artículo 42, 2) del Estatuto de los Trabajadores, según enmienda del artículo 2 del Real decreto legislativo núm. 5/2001 de 2 de marzo; Brasil, artículo 455; Marruecos, artículos 87 y 89.

140. Finlandia, capítulo 1, artículo 7, y capítulo 2, artículo 9.

- b) informar a los representantes legales de sus propios trabajadores de los términos de cada contrato concluido con un contratista o subcontratista, y
- c) informar al comité de empresa de las condiciones en las cuales tendrá lugar la subcontratación ¹⁴¹.

177. Cuando el trabajo es suministrado por una agencia de empleo, la empresa usuaria normalmente es responsable por las condiciones legales y convencionales de trabajo respecto de las horas de trabajo, trabajo nocturno, descanso semanal y vacaciones, higiene y seguridad, y empleo de mujeres, niños y jóvenes. El usuario también tiene responsabilidades relativas a la salud ocupacional y en principio debe suministrarle equipo de protección al personal ¹⁴².

178. El tema del precio insuficiente pagado por el usuario al contratista fue objeto de una decisión sobre la responsabilidad del usuario por parte de un tribunal de distrito de los Estados Unidos. En un caso planteado por el Departamento del Trabajo de ese país, en base a la Ley sobre Normas Equitativas de Trabajo, el tribunal prohibió a una empresa manufacturera de ropa la venta de productos elaborados por contratistas en violación de las normas sobre salario mínimo y pago de horas extraordinarias. La sentencia sostuvo que, a parte del daño causado a los trabajadores, la producción a menor costo por aquellos motivos daba una ventaja comparativa a quienes violan la ley y una desventaja comparativa a los productores y distribuidores que la cumplen¹⁴³. Pero el tribunal fue más lejos y ordenó a la empresa que, antes de hacer negocio con un contratista, examinara si el precio que ofrecía pagarle era suficiente para que pudiera cumplir con las normas legales sobre salarios mínimos y

horas extraordinarias. De igual modo, la empresa debía asegurarse de la disposición y posibilidades del contratista de cumplir con dichas normas, e informar inmediatamente al tribunal de si el contratista no era capaz de acatarlas. Además, cada contratista debía autorizar a la empresa a inspeccionar sus libros, lo que la empresa haría cuando sospechase que el contratista no cumplía la ley. En segundo lugar, los contratistas debían dar por escrito una garantía de acatar la ley. Por otra parte, la empresa manufacturera se vio obligada a mantener y guardar toda la información acerca de sus transacciones con cada contratista y de responder con prontitud a todo requerimiento del Departamento de Trabajo relativo a esa información. Por último, en caso de que algún contratista violara las disposiciones sobre salario mínimo y horas extraordinarias, la empresa debía notificar al Departamento de Trabajo y abstenerse de poner en venta productos manufacturados en violación de la ley.

179. En Botswana, la Ley del Trabajo, de 1982, siguiendo la orientación del Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94), obliga a la inclusión en ciertos contratos públicos de una declaración expresa según la cual todo contrato de trabajo celebrado en virtud de ese contrato quedará sujeto a la Ley del Trabajo ¹⁴⁴.

180. Hay también disposiciones legislativas que tratan de las responsabilidades jurídicas del usuario en caso de incumplimiento del contratista. Este principio tiene antecedentes en antiguas legislaciones nacionales, pero sigue siendo enunciado o reiterado en nuevos textos. El usuario puede tener una responsabilidad subsidiaria por ciertas obligaciones en caso de incumplimiento del contratista ¹⁴⁵, o responsabilidades solidarias

141. Estatuto de los Trabajadores, artículos 42, 1), 42, 4), 64.

142. Véase, por ejemplo, Francia, artículo L.124-4-6.

143. United States District Court for the Southern District of New York, 992 F. Supp. 677, 5 de febrero de 1998. De acuerdo con informaciones para el año 1997 suministradas durante el juicio por el Departamento de Trabajo, aproximadamente el 63 por ciento de los contratistas de la industria del vestido de la ciudad de Nueva York violaban las normas sobre salario mínimo y horas extraordinarias de la Ley sobre Normas Equitativas de Trabajo.

144. Botswana, artículo 134.

145. Brasil, artículo 455; Chile, artículo 63.

con motivo de la transferencia o de la contratación o subcontratación de obras o servicios ¹⁴⁶. En Venezuela, la ley establece esa responsabilidad si la actividad del contratista es inherente o conexa con la del usuario ¹⁴⁷. En Panamá, el usuario será considerado el empleador de todos los trabajadores que presten servicios a la empresa contratista cuando esta última ejecute trabajos de manera exclusiva o principal para el usuario, pero ambos serán solidariamente responsables por todas las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores ¹⁴⁸.

181. En Mauricio, la ley establece, a los fines de garantizar el pago de la remuneración, que los trabajadores empleados por un contratista disponen de los mismos privilegios respecto de la propiedad del usuario que si hubieran sido contratados directamente por el usuario sin la intervención del contratista ¹⁴⁹. En Chile, no procede la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra cuando se trata de la construcción de un edificio por un precio único prefijado si quien la encarga es una persona natural ¹⁵⁰.

182. Acerca de los límites de la responsabilidad que compete al usuario, la Suprema Corte de Justicia de la Argentina ha declarado que la misma no abarca el pago del salario y prestaciones de desempleo a los empleados de empresas concesionarias de servicios de bar y restaurante en instituciones, empresas o establecimientos ajenos ¹⁵¹. En la India, la Corte Suprema produjo una decisión en virtud de la cual dejó sin efecto una decisión anterior sobre la anulación de contratos de trabajo concluidos por un contratista o por su intermedio; en virtud de la decisión

más reciente, la empresa usuaria no tiene la obligación de absorber los empleados de una empresa o provistos por ella como si fueran su propio personal ¹⁵².

183. En Australia, la Corte Federal fijó criterios sobre los límites para transferir actividades y trabajadores a otra persona o empresa. La Corte conoció del despido de unos trabajadores dedicados al cuidado a domicilio o en centros comunales de personas de edad con discapacidades o capacidades disminuidas en el Concejo Municipal de Dandenong, del estado de Victoria¹⁵³. Ese servicio había sido objeto de una licitación y se sabía de antemano que el personal que estaba al servicio del Concejo no podría participar en la licitación salvo en caso de aceptar una reducción de los beneficios contractuales que ya habían sido conquistados por negociación colectiva y que la mayoría de los trabajadores serían despedidos. El personal, en efecto, fracasó en la licitación frente a una empresa que ofreció sus servicios a menor costo, pero con inferiores condiciones de empleo para sus trabajadores, por lo cual la mayoría del antiguo personal fue despedido y una parte fue contratado por aquella empresa en condiciones menos favorables que antes. La Corte consideró que el despido había obedecido a una «razón prohibida» por la ley sobre relaciones en los lugares de trabajo, es decir, en violación del contrato colectivo, motivo por el cual se había transgredido la libertad sindical.

¿Cuáles son los derechos del trabajador?

184. La tercera pregunta clave para el trabajador de una relación de trabajo «triangular» se refiere, naturalmente, a sus derechos.

146. Colombia, artículo 34; México, artículos 13 y 15; Panamá, artículos 89-90.

147. Venezuela, artículos 55-56.

148. Panamá, artículo 90; una disposición similar existe en México, artículo 15.

149. Ley del Trabajo, artículo 42.

150. Chile, artículo 63.

151. CS, «Escudero, Segundo R. y otros c. Nueve A S.A. y otro», de 14 de septiembre de 2000, E. 119.XXXIVDT, 2001-A, 98, en Derecho del Trabajo, núm. 7, julio de 2001.

152. Caso de la Steel Authority de la India; sentencia de 30 de agosto de 2001.

153. Australian Municipal, Administrative, Clerical and Services Union (AMACSU) v. Greater Dandenong City Council (2000), 48 Australian Law Reports 4-326.

185. En principio, los derechos del trabajador son los mínimos que fijan la legislación y los contratos colectivos y los que establece su contrato de trabajo. No obstante, cuando el trabajo es realizado por cuenta de un contratista, una agencia u otro empleador, en beneficio de un tercero que también tenga empleados, con frecuencia se plantea el requerimiento de la equiparación de las condiciones de trabajo de todos los interesados. Esta exigencia puede resultar más perentoria cuando los trabajadores del proveedor prestan servicios en las instalaciones o en las áreas de actividad del usuario, junto con los trabajadores de éste, y cuando las labores de unos y otros son de igual valor. Esto es lo que ocurre a menudo cuando un trabajador de agencia se incorpora a un equipo de trabajadores de la empresa usuaria para realizar la misma actividad que ellos efectúan. Además, puede plantearse una cuestión de seria inobservancia de la ley, en la medida en que el usuario privado o público recurra a los servicios de una empresa proveedora para evadir disposiciones legales o contractuales. Fue lo que ocurrió en materia de salarios y condiciones de trabajo en el caso decidido por un tribunal de distrito de Nueva York; y, sobre el ejercicio de derechos colectivos, en el caso considerado por la Corte Federal de Australia, ambos ya mencionados.

186. Algunas legislaciones regulan derechos relativos a la negociación colectiva, la libertad sindical y ciertas condiciones de trabajo respecto de la empresa usuaria o derechos comparables a los reconocidos por el usuario a sus propios empleados.

187. La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina establece que el trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria ¹⁵⁴.

188. La Ley de Contratos de Trabajo de Finlandia promueve claramente el derecho de negociación colectiva para los trabajadores puestos a disposición de una empresa. Dice la ley que todo empleador debe cumplir al menos un contrato colectivo nacional. En caso de que una empresa proveedora no esté ligada por ningún contrato colectivo, serán aplicadas a sus trabajadores las cláusulas del convenio colectivo que rija en la empresa usuaria ¹⁵⁵.

189. El derecho de negociación colectiva de los trabajadores de agencias fue objeto de una decisión en los Estados Unidos de gran importancia no sólo por la cuestión jurídica planteada y la sinceridad con la cual la Comisión Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRB) rectificó su criterio anterior, sino por situar el asunto en la perspectiva más amplia de la desprotección de los llamados «trabajadores contingentes» y en la necesidad de dar un nuevo enfoque a la protección establecida por la Ley de Relaciones de Trabajo ¹⁵⁶. En el caso concreto que motivó la decisión, la cuestión planteada era si los trabajadores suministrados por una agencia de empleo y los de la empresa usuaria podían no estar representados en una misma unidad de negociación colectiva. La empresa manufacturera, es decir, la usuaria, convino en ello, pero no hubo constancia de que la agencia también hubiese dado su consentimiento. Para la Comisión resultaba evidente que esa empresa y la agencia de empleo eran empleadores conjuntos, o coempleadores, de los trabajadores temporales en cuestión, pues ambas intervenían en asuntos relacionados con la relación de trabajo, tales como la contratación, despido, disciplina, supervisión y dirección, de manera que codirigían aspectos esenciales de esas relaciones. Los trabajadores temporales trabajaban codo a codo con los trabajadores de la empresa manufacturera, hacían el mismo trabajo que ellos y estaban sujetos a la misma supervisión. La Comisión llegó

154. Argentina, artículo 29 bis.

155. Finlandia, capítulo 2, artículos 7 y 9.

156. Véase [331 NLRB No. 173] M. B. Sturgis, Inc., 14-RC-11572, en www.nlrb.gov/nlrb/shared_files/decisions/331/331-173.htm.

a la conclusión de que los trabajadores empleados conjuntamente por un empleador «usuario» y un empleador «proveedor», en este caso una agencia de empleo, podían estar representados en la misma unidad de negociación sin necesidad del consentimiento de su empleador, es decir, de la agencia de empleo. En este último aspecto, el del consentimiento del empleador, la Comisión cambió su criterio anterior. Ahora, en este nuevo enfoque, prevaleció el principio de la «comunidad de intereses». En otras palabras, quedó demostrado que los trabajadores temporeros compartían con los que eran permanentes no sólo una supervisión común, sino también condiciones de trabajo e intereses en materia de salarios, horas de trabajo y otras condiciones de empleo.

190. De acuerdo con la Ley de Relaciones de Trabajo de Eslovenia, el contrato de trabajo de una persona enviada por su empleador a prestar servicios a un usuario debe estipular que el nivel del salario y de la compensación dependerá del trabajo realmente realizado para el usuario, teniendo en cuenta los acuerdos colectivos y actos generales que vinculen a los usuarios individuales. Además, durante el período en que el trabajador preste servicios al usuario, ambos tendrán en cuenta las disposiciones de esta ley de los acuerdos colectivos que vinculen al usuario o de los actos generales del usuario con respecto a aquellos derechos y obligaciones que estén directamente relacionados con la prestación del servicio ¹⁵⁷.

191. La legislación peruana reconoce a los trabajadores y socios trabajadores de las empresas de servicios y de las cooperativas los mismos derechos y beneficios que corresponden a los demás trabajadores del sector privado. Además, cuando fueren destacados a una empresa usuaria tienen derecho, durante un período de destaque,

a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores ¹⁵⁸.

192. En el mismo sentido, en Níger, los salarios pagados a los trabajadores temporales de una agencia de empleo durante cada asignación de servicios no pueden ser inferiores que los que habrían recibido si hubieran sido empleados por la empresa usuaria ¹⁵⁹.

193. En Mauricio, la ley contiene disposiciones detalladas que prohíben de manera expresa la discriminación y el acoso sexual contra los trabajadores por parte de contratistas, agencias de empleo y usuarios ¹⁶⁰. En Francia, los trabajadores empleados en virtud de un contrato de trabajo temporal tienen acceso en la empresa usuaria en las mismas condiciones que los empleados de esa empresa al transporte colectivo y demás facilidades colectivas de esos trabajadores, en particular las facilidades de restaurante ¹⁶¹.

194. En los Países Bajos, un nuevo contrato colectivo para el empleo temporal, 2004-2009, establece una protección progresiva para los trabajadores, dependiendo de la duración de sus servicios, en las siguientes tres fases: i) fase A: hasta 78 semanas de trabajo para la misma agencia de empleo temporal; ii) fase B: hasta dos años u ocho contratos con la agencia; y iii) fase C: después de tres años y medio con la misma agencia el trabajador obtiene un trabajo por tiempo indeterminado con la agencia de empleo. Después de 26 semanas con la misma empresa usuaria, el empleado temporal recibirá un salario comparable al de los empleados de la empresa usuaria. En la fase B, si el empleo temporal termina durante uno de los contratos, la agencia de empleo está obligada a pagar salarios hasta el final del término ¹⁶².

157. Eslovenia, artículos 60, 2), 62, 2).

158. Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores, artículo 7.

159. Níger, artículo 16.

160. Mauricio, Ley sobre Discriminación Sexual, artículos 10, 11 y 21.

161. Francia, artículo L.124-4-7.

162. Bosse, op. cit., págs. 8-9. Se puede consultar un resumen del convenio colectivo en: <http://www.abu.nl/assets/abu/overabu/cao/Samenvatting%20CAO%20Engels.pdf>.

Observancia y vigilancia de la aplicación de la ley

195. Las disposiciones sobre el cumplimiento y aplicación de la ley son muy importantes, especialmente para los casos complejos en los cuales el trabajador individual no está en condiciones de hacer valer sus derechos de una manera efectiva.

196. Algunas iniciativas recientes ponen de manifiesto los problemas de cumplimiento y vigilancia de la aplicación de la ley y tratan de darle una respuesta adecuada. Desde el punto de vista de la observancia voluntaria del derecho, existe una tendencia a promover el correcto cumplimiento de la legislación del trabajo, la cual se manifiesta en una serie de declaraciones, códigos de conducta y acuerdos marco entre organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores. Estas iniciativas han resultado ser cruciales en una economía mundializada en la que el comportamiento de las empresas es seguido de cerca por accionistas, consumidores, medios de comunicación y sindicatos. En cuanto al comportamiento del Estado como garante del cumplimiento de la ley, aparte del esfuerzo general en favor de un reenfoque de la legislación, ya mencionado, existen algunas disposiciones y mecanismos que fueron diseñados específicamente con miras a prevenir la situación de incertidumbre o de fraude en cuanto al estatuto de un trabajador, o bien a ponerles efectivo remedio, aun cuando las limitaciones de acceso a la justicia siguen constituyendo un problema mayor.

197. La Ley sobre Contratos de Trabajo de Finlandia establece en forma detallada la obligación del empleador de informar al empleado acerca de los términos de su contrato ¹⁶³. A primera

vista, esta disposición protege únicamente al empleado. Sin embargo, al mismo tiempo, obliga al empleador a pronunciarse desde un principio sobre la condición que atribuye al trabajador, sea dependiente o independiente, pues sólo en el primer caso le enviará la información requerida por la ley, y el trabajador que no la reciba y se considere dependiente podrá recurrir ante la autoridad competente.

198. La reforma de la Ley de Relaciones Laborales de Sudáfrica es más explícita en este sentido, pues crea un mecanismo institucional de consulta para trabajadores que tengan dudas sobre su condición. Cualquier trabajador, con excepción de los excluidos por el límite de ingresos al que se hizo referencia anteriormente ¹⁶⁴, puede acudir a la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje (CCMA) para saber si es o no un empleado, a cuyo fin la CCMA puede emitir una opinión ¹⁶⁵.

199. En Quebec, Canadá, una nueva ley prevé la institución de un mecanismo preventivo parecido, no ya para saber si un trabajador es o no un empleado, sino para saber si el empleado será convertido en trabajador independiente por efecto de los cambios que pueda introducir el empleador en su empresa. El empleador debe notificar a la correspondiente asociación de asalariados cuáles son los cambios que piensa introducir. Si la asociación no comparte el criterio del empleador de que esos cambios entrañarán un cambio de estatuto de sus empleados, puede solicitar la opinión de la Comisión de Relaciones de Trabajo. El empleador no podrá poner en práctica los cambios anunciados si la asociación recurre a la Comisión, mientras ésta no haya dictado su decisión o ambas partes no hayan llegado a un acuerdo ¹⁶⁶.

163. Finlandia, capítulo 2, artículo 4.

164. En virtud del artículo 6, 3), de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo.

165. Artículo 200A, 3), de la Ley de Relaciones Laborales de 1995, modificada por el artículo 51 de la Ley de Reforma de la Ley de Relaciones Laborales, de 2002. Véase Sudáfrica 2002 (pág. 53).

166. Artículo 20.0.1 del Código del Trabajo, introducido por el artículo 11 del proyecto de ley núm. 31 (2001; capítulo 26), sobre modificaciones al Código del Trabajo por el cual se instituye la Comisión de Relaciones Laborales y se modifican otras disposiciones legislativas, de 21 de junio de 2001.

200. La reforma del Código del Trabajo de Chile contiene importantes medidas, de distinto orden, destinadas a evitar el fraude en la relación de trabajo y a mejorar la vigilancia de la aplicación de la ley. Dicha reforma establece una fuerte multa para el empleador que simule la contratación de trabajadores a terceros, así como para el que utilice cualquier subterfugio para disfrazar o alterar su identidad o su patrimonio con objeto de eludir obligaciones laborales o de previsión social ¹⁶⁷. Asimismo, la reforma del Código del Trabajo autorizó la creación de 300 puestos de fiscalizadores (inspectores de trabajo) y la adopción de disposiciones para mejorar la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral ¹⁶⁸.

201. El proyecto de Ley General del Trabajo de Perú contiene una serie de disposiciones importantes a este respecto: reitera la vigencia del principio de la *primacía de la realidad*; obliga al empleador a llevar un registro de trabajadores a domicilio y entregar copia de su registro a cada trabajador; exige el registro de las empresas de servicios, y, de manera expresa, extiende la aplicación de la ley a los miembros de cooperativas ¹⁶⁹.

202. La legislación de algunos países también contiene disposiciones específicas destinadas a lograr la aplicación de los derechos del trabajador implicado en una relación «triangular» de trabajo. Tales disposiciones cubren esencialmente la propia actividad del proveedor, la supervisión que debe ser realizada por el usuario, el contrato de trabajo, la supervisión administrativa y el acceso a los tribunales del trabajo.

203. Con respecto a la actividad del proveedor, hay disposiciones que exigen una licencia o un registro para operar como contratista, agencia de empleo, o para establecer una cooperativa

de trabajadores. Asimismo hay disposiciones que exigen garantías para situaciones de insolvencia.

204. Según la legislación de Níger y Perú, el suministro de trabajadores debe ser el objeto exclusivo de la empresa ¹⁷⁰. De acuerdo con la ley peruana, las empresas de servicios o las cooperativas deben constituir una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria ¹⁷¹.

205. En los países africanos donde existe el sistema de contratistas denominados «tâcherons», el empresario principal debe llevar una lista de todos los contratistas con los cuales haya suscrito un contrato ¹⁷².

206. En los Estados Unidos, en el estado de California ciertos contratistas necesitan una licencia del Comisionado de Trabajo para poder operar como tales ¹⁷³.

207. En Francia, para operar como una agencia de empleo la ley requiere que se haga una declaración ante la autoridad administrativa, en la cual se indiquen las características jurídicas de la empresa, los nombres de sus directores y el área geográfica y ocupacional en la cual operaría la agencia; además se exige una garantía financiera suficiente. Una situación similar existe en Perú respecto de las agencias de empleo y las cooperativas. Una vez que las agencias o las cooperativas comienzan a funcionar, deben celebrar contratos de locación de servicios con las empresas usuarias, en los cuales describirán las labores a realizar y fundamentarán el carácter temporal, complementario o especializado del servicio, en relación con el giro del negocio de la empresa usuaria. Además deben presentar a

167. Artículo 478 del Código del Trabajo, enmendado por el artículo 100 de la ley núm. 19759.

168. Disposiciones transitorias 6 y 7 de la ley núm. 19759.

169. Artículo XI.6 del Título Preliminar, y artículos 35, 60 y 73.

170. Níger, artículo 15; Perú, ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y las cooperativas de trabajadores, artículo 2.

171. Perú, *ibíd.*, artículo 24.

172. Benin, artículo 78; Burkina Faso, artículo 57; Camerún, artículo 51.

173. California Labor Code, artículos 1682-1689.

la autoridad competente los contratos suscritos con los trabajadores destacados a la empresa usuaria¹⁷⁴.

208. En conclusión, el análisis de legislación y práctica llevado a cabo a los fines de este informe ha revelado, en términos generales, que los problemas relativos a la observancia y vigilancia del cumplimiento de la legislación del trabajo afectan también a la relación de trabajo. En determinados países se han adoptado medidas específicas para atacar los problemas de las relaciones de trabajo disfrazadas así como las dificultades que plantean las relaciones de trabajo «triangulares». En cambio, hay pocos indicios de que haya habido un esfuerzo consistente y decidido para resolver los problemas de falta de cumplimiento y vigilancia para lograr la aplicación de la legislación. En este contexto conviene recordar las conclusiones pertinentes de la discusión general de 2003 sobre el ámbito de la relación de trabajo, en las cuales se hicieron recomendaciones específicas sobre la deficiente aplicación y observancia de la ley ¹⁷⁵.

RECOMENDACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 2006 RECOMENDACIÓN:R198 (*)

Lugar:Ginebra

Sesión de la Conferencia:95

Fecha de adopción:15:06:2006.

Esta Recomendación fue adoptada desde 1985 y se considera actualizada.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada

en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

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

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

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

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

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

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

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

(*) Información tomada de: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>

174. Francia, artículos L.124-8, L.124-10; Perú, ley que regula la actividad de las empresas de servicios y de las cooperativas de trabajadores, artículos 17-26.

175. Véase anexo 2, en particular los párrafos 11, 12 y 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha quince de junio de dos mil seis, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

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

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.
2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.
3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.
4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a:
 - a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;
 - b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras

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

- c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
- d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;
- e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;
- f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y
- g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la

existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían:

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

b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género. 7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

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

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

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

II. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

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

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

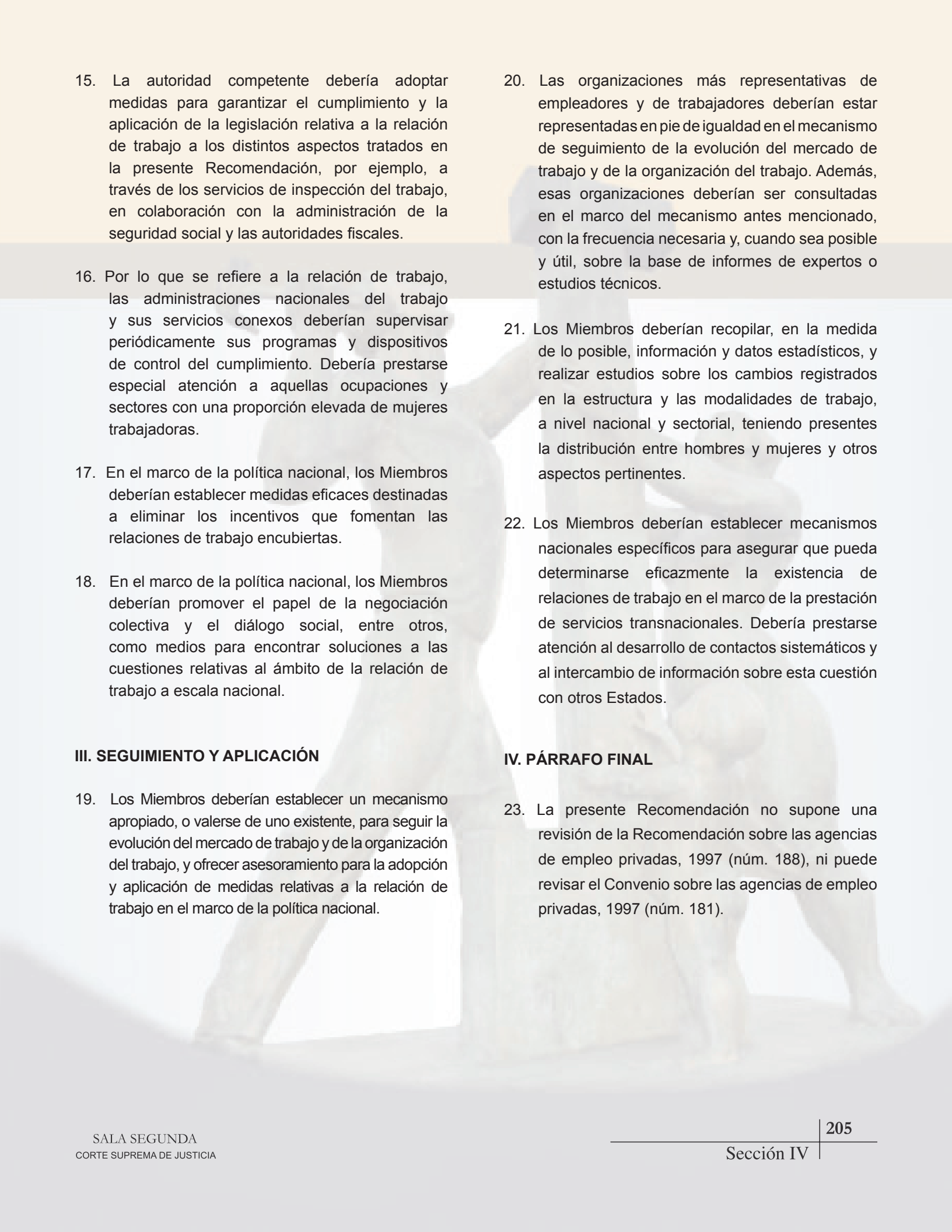
- a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
- b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y
- c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

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

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

- a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
- b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

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

- 
15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.
 16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.
 17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.
 18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.
 20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.
 21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.
 22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

III. SEGUIMIENTO Y APLICACIÓN

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.

IV. PÁRRAFO FINAL

23. La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).