

DOS NOTAS SOBRE LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT

Publicado en OIT-Oficina de Buenos Aires: “El sindicalismo argentino entre el trabajo autónomo y la prevarication. 2010

1. EL TRIPARTISMO COMO MÉTODO PARA DESCUBRIR Y PROTEGER LA RELACIÓN DE TRABAJO. (Primera aproximación a la Recomendación 198 de la OIT)

Algunas empresas, para aligerar costos, utilizan diversas maneras de fraude, sobre todo clandestinizando total o parcialmente trabajadores, tercerizando servicios, conjugando un núcleo duro o central de trabajadores y una periferia abandonada a su suerte pero controlada desde el centro. Actualmente nadie duda que los trabajadores independientes de la economía informal puedan ser funcionales al modelo de producción, porque las tareas que realizan integran el ritmo de producción.

Un “motoquero” que entrega un paquete al cliente de la empresa, poniendo no sólo su trabajo sino también el riesgo de la calle y la propiedad de la moto a su cargo, está ahorrando al empresario el costo del “mensajero” previsto en el convenio colectivo de trabajo.

Un médico que debe atender en el sanatorio en horarios

determinados y está sometido a un control “difuso” (tantos pacientes por hora), que ha de regresar al centro de salud cuando es llamado por una urgencia, pero que factura como trabajador autónomo, aligera los costos del empresario de salud, quien se desliga de su descanso, de sus vacaciones, de sus riesgos de trabajo.

Un “contratado” de la Administración Pública que tarde o nunca es registrado en la “planta permanente”, alivia a la Administración de la carga de la antigüedad.

Que el Poder Judicial de la Nación, incluso el Fuero del Trabajo, sea sostenido en gran medida por “meritorios” a quienes ni siquiera se les paga el traslado desde sus domicilios a los tribunales, es el mejor ejemplo para demostrar que la situación fraudulenta ha alcanzado un grado tal que ya no tolera más silencios macro-sociales o dejar en manos de los tribunales resolver caso por caso.

La solución puede encontrarse a través del Tripartismo, como método para aplicar en nuestras realidades la Recomendación 198 de la OIT.

Líneas fundamentales de la Recomendación 198 de la OIT

1. La Recomendación reconoce la ausencia de definiciones normativas técnicamente claras para saber cuándo existe una relación de empleo, con lo cual en numerosas situaciones los trabajadores quedan sin la necesaria protección.

Esta situación aumenta en el caso de los migrantes, las trabajadoras, los jóvenes, las personas de mayor edad, los de la economía informal, los discapacitados.

2. En ese marco, la globalización muestra disparidades normativas entre los países, con lo cual la situación se agrava porque permite el dumping social.
3. Uno de los modos para solucionar el tema es aplicar lo que cierta doctrina laboral progresista en lo social denomina conjunto de indicios, entre ellos los siguientes:
 - 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 el trabajo implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.
 - El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador.
 - El hecho de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador.
 - El hecho de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros.
 - El hecho de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales.
 - El hecho 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.
4. Propugna sancionar la presunción legal de la existencia de una relación de empleo.
 5. Propugna establecer mediante acuerdos bilaterales la protección de los trabajadores cuando se trasladan a otro país.
 6. Propugna la consulta con las entidades de empleadores y de trabajadores para establecer las pautas que definan la relación de empleo.
 7. Una vez logradas las mismas, tales entidades han de poder integrarse en el seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo.

Sentencias judiciales en Argentina. Sobre todo la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha dictado muchas sentencias utilizando la técnica del “conjunto de indicios”, ya desde antes de la Recomendación 198. Puede consultarse, entre otras, "Peralta, Atilio Ramón c/Panificación Argentina S.S. s/despido", 04.04.2002.

2. LA TÉCNICA “HAZ DE INDICIOS” PARA LA DETERMINACIÓN DEL ESTADO DE SUBORDINACION

Desde el momento en que un trabajador tiene cierta autonomía en la ejecución de su trabajo, para caracterizar su contrato hay que comprobar si existen otros indicios que revelen su posible estado de subordinación. Esta es la técnica llamada “haz de indicios”, que se ha convertido en una característica común del derecho del trabajo.

Dicha técnica no consiste en verificar que todos los indicios se encuentran en la situación analizada, sino, por el contrario, en inducir de la unión de varios de ellos la existencia de un vínculo de subordinación. El contenido de este haz de indicios varía de un país a otro. Puede citarse un ejemplo (no exhaustivo) de los indicios:

- El interesado se compromete a ejecutar personalmente tareas futuras.
- En la práctica realiza el trabajo él mismo.
- Su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras.
- La relación entre las partes tiene cierta permanencia.
- La relación de trabajo tiene cierta exclusividad.
- El interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo.
- Los medios de trabajo son aportados por la otra parte.
- Los gastos profesionales están a cargo de la otra parte.
- El trabajo es remunerado.
- El trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado.

La sumisión técnica a las órdenes de otro en la ejecución del trabajo importa menos que el hecho de depender de otro para ganarse el sustento.

Por ello, una parte de la doctrina propone ampliar la noción de trabajo por cuenta ajena, para yugular las huidas del derecho del trabajo. Esta tesis ha sido defendida, en particular, por el profesor Rolf Wank, para quien la sumisión a órdenes ya no se puede considerar como elemento característico del asalariado. La necesidad de protección no está vinculada, según esta tesis, a esta sujeción, sino al hecho de depender económicamente de un solo empresario.

Esta dependencia económica podría estar caracterizada por los elementos siguientes:

- Trabajo realizado personalmente, sin ayuda.
- Trabajo realizado por cuenta de un solo empresario.
- Trabajo realizado básicamente sin capitales propios
- Trabajo integrado en una organización ajena.

Este planteamiento fue efectuado por la Sala VI Juzgado 55 de la Justicia Laboral, en su sentencia de abril 2002 sobre “Peralta Atilio Ramón c/Panificación Argentina SA s/despido” (autor RCF). El actor recorría los negocios ofreciendo los productos por los cuales se le realiza la demandada. Por esta razón la defensa planteó que era un mero transportador, un eventual chofer jubilado. Sin embargo, por el contrario, el fallo planteó que el demandado había clandestinizado al trabajador.

Es decir, la empresa demandada, en vez de disponer de un régimen propio de comercialización, lo derivaba a terceros, supuestamente independientes. De ese modo se liberaba de una serie de problemas laborales, provisionales, indemnizatorios. El producto “viajaba” desde la planta al cliente mediante esos terceros, quienes constituían un elemento importante en la cadena de producción.

Sentado ello, a partir de que las labores realizadas por el actor

incidían en la situación empresarial y comercial del demandado, comenzó a funcionar la presunción de RCT art. 23, que debe ser desvirtuada por el demandado. De no ser así, la relación laboral quedaba demostrada.

Un hecho importante era que el demandado no había demostrado que el actor comprara productos y los vendiera a su riesgo, ya que el informe producido por el perito contador no obtenía respaldo en los libros comerciales ni se podía corroborar a través de la operatoria comercial.

Además, el fallo consideraba que el hecho de que el actor dispusiera de libertad horaria mostraba una flexibilidad laboral favorable al trabajador, pero no una relación de causa civil o comercial.