

**LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. RECOMENDACIÓN N.
198 DE OIT Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA**

**THE DETERMINATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP. ILO
RECOMMENDATION 198 AND ITS IMPACT ON URUGUAYAN JURISPRUDENCE**

Rosina Rossi Albert *

RESUMEN: La “relación de trabajo o servicio” constituye ámbito de aplicación del estatuto protector del Derecho del Trabajo en Uruguay. Este concepto carece de definición legal. El presente abordaje apunta a determinar la vigencia de los supuestos normativos clásicos elaborados por la dogmática y la jurisprudencia para definirla. Para ello, analiza los fundamentos de hecho y la jurisprudencia de otrora. Aborda el contenido y valor jurídico de la Recomendación n. 198 de OIT y su impacto en la jurisprudencia. Finalmente, arriesga vislumbrar una nueva tendencia jurisprudencial que se apega a ella como supuesto normativo.

PALABRAS CLAVE: Relación de trabajo o servicio. Supuestos normativos clásicos. Protección constitucional del trabajo. Recomendación n. 198 da OIT. Jurisprudencia laboral en Uruguay.

ABSTRACT: The “employment or service relationship” is the scope of the protective legal status of Labor Law in Uruguay. This concept lacks legal definition in the country. In order to define it, this approach highlights the relevance of the classic juridical elements elaborated by the Law and jurisprudence. In this framework, the article analyzes the factual and jurisprudential grounds of the past. It also analyses the content and the legal value of ILO Recommendation 198 and its impact on the most recent jurisprudence. Finally, the text foresees the presence of certain jurisprudential trend that clings to the aforementioned Recommendation as real judicial elements

KEY WORDS: Employment or service relationship. Classic juridical elements of this relationship. Constitutional protection of labor. ILO Recommendation 198. Labor jurisprudence in Uruguay.

1. Presentación. Interés del tema.

Los diferendos en los que se debate la naturaleza de un vínculo jurídico que compromete trabajo, ponen en tela juicio la aplicación del propio Derecho del Trabajo y por ende la realización del principio protector.

Los ordenamientos jurídicos, a partir de la consideración binaria originaria de las modalidades de prestar trabajo – dependiente y autónomo - y ante la preocupación por todas aquellas situaciones que a pesar de involucrar trabajo podrían quedar marginadas del Derecho del Trabajo, han ensayado soluciones. Estas soluciones han transitado, por lo menos en dos sentidos. Uno, favorecer o facilitar la determinación del vínculo a través de la consagración de una presunción legal⁵³; otro, ensanchar el ámbito de aplicación de la disciplina de modo de abarcar, aunque admitiendo diversos alcances, otros tipos de involucramiento de trabajo que no impliquen necesariamente subordinación jurídica.⁵⁴

⁵³Artigo recebido em 25/04/2015.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Ministro integrante del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno.

⁵³ Pueden relevarse varios ordenamientos jurídicos que han legislado sobre la presunción (relativa) de laboralidad del vínculo y por ende, su regulación al amparo del Derecho del Trabajo. En tal sentido, tempranamente el francés como da cuenta Javillier para los trabajadores a domicilio, los viajantes, representantes y corredores de plaza en determinadas condiciones, los artistas y modelos y las asistentes maternas (Derecho del Trabajo. Trad. Española Madrid 1982 pag.74, citado por Oscar Ermida Uriarte. “El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y la Seguridad Social” en Rev. de Derecho Tributario n. 52 Tomo X pag. 12.)

También en el art. 69 del Código de Trabajo de Panamá, en el art. 31 de la ley española de contrato de trabajo, en el art. 21 de la ley federal del trabajo de México, el art. 18 del Código de Trabajo de Costa Rica; el art. 15 del Código de Trabajo de la República Dominicana; el art. 15 de la ley de contrato de trabajo argentina, el art. 65 de la ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, el art. 21 del Código de Trabajo de Honduras, el art. 20 del Código de Trabajo de El Salvador; el art. 24 del Código de Trabajo de Colombia, el art. 19 del Código de Trabajo de Paraguay, (Villasmil Prieto, Humberto. “La recomendación n. 198 de OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo”; Machado Sidnei, A noção de subordinação jurídica. Uma perspectiva reconstrutiva. Ed. LT R Sao Paulo. 2009 pag. 94)

Más recientemente en Perú a través del art. 23.2 de la ley 26.636 vigente desde el 15.7.2010 indica que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Esta innovación revolucionó el sistema probatorio por cuanto antes el trabajador debía demostrar que sus servicios habían sido de manera subordinada. (César Puntriano Rosas. Academia de la Magistratura del Perú. Nov. 2010; Sanguinetti Raymond, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en Perú” en rev. Laborem. Sociedad Peruana de de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N. 3 año 2003.)

⁵⁴ Como es el caso de los “parasubordinados “ en Italia a través de la ley 544 de 1973 y del art.409 num 3 del Código de Procedimiento Civil, que apuntan a relaciones de colaboración que se concretan a través de una prestación de trabajo continuado y coordinado de naturaleza personal, aunque no esté caracterizada de subordinación. (citado por Machado Sidnei. Op. Cit. A noco pag.89, en versión traducida por esta autora). También, Márquez Martha – Beñarán, Pilar. “Trabajadores parasubordinados” en Cuarenta y dos Estudios sobre Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. FCU. agosto 2000 pag. 253; Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. FCU 2da edición pag.58.

En el derecho positivo uruguayo desde el ámbito constitucional, se garantiza la especial protección del trabajo a través de la ley (art. 53), y como concreción del principio, mandata al legislador a reconocer un elenco de derechos fundamentales específicos a favor del trabajador cuando presta trabajo inmerso en una relación de trabajo o servicio. (art. 54 y sptes., 72 y 332)

Debe verse que el constituyente, no refiere al *contrato* sino a la *relación de trabajo*.⁵⁵ De lo que se deduce que prioriza el trabajo como hecho respecto del contrato de trabajo en el sentido de acuerdo de voluntades. Ello encuentra explicación por lo menos en dos causas: una, la mera libertad formal que de regla ostenta el prestador del trabajo (trabajador) debido a su posición en cuanto al poder en la generación y regulación del vínculo que determina que en el común de los casos, se incorpore o se enrole a una organización del tomador y beneficiario (empleador) sin que medie un verdadero acuerdo de voluntades ⁵⁶; otra, la profusa regulación del mismo a través de normas de orden público que como tales marginan la eventual negociación. ⁵⁷⁵⁸

Interesa al presente análisis, el proceso ocurrido en Uruguay a la hora de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, desde la perspectiva de la reglamentación, la doctrina y la jurisprudencia.

El tema reviste especial interés por cuanto la individualización de un vínculo jurídico como “relación de trabajo” opera como una caja de resonancia: no solo le garantiza al vínculo toda la protección constitucional sino también su regulación bajo el estatuto del Derecho del Trabajo lo que significa un blindaje de derechos de fuente en la heteronomía de orden público que incluso extravasan los límites temporales de la propia relación⁵⁹, se impone y desplaza la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, el presente análisis persigue: primero, partiendo de una mirada presente de las modalidades de prestación del trabajo que se presentan en Uruguay, valorar la actualidad y adecuación de las pautas doctrinarias clásicas a las nuevas realidades de las relaciones de

⁵⁵ Barretto Ghione, Hugo. Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo” en AA.VV. El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008 pag.63

⁵⁶ Barbagelata, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento jus laboralista. Editorial F.C.U. 2009 pag. 129. De Ferrari, Francisco. “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15 pag.147.

⁵⁷ En este sentido, Barbagelata, califica el contrato de trabajo como el acto técnicamente voluntario. Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T I Vol 2 pag. 161.

⁵⁸ En realidad esta postura que adopta el texto constitucional se compadece con la teoría de la relación de trabajo de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XX que reacciona contra el modelo contractualista civil con el propósito de permitir una mayor aplicación de la legislación de protección social. (Machado Sidnei. Op. Cit. A nacao ...” Pags. 33, 95.

⁵⁹ Como por ejemplo ciertos derechos de Seguridad Social.

trabajo; segundo, considerar el impacto que en tales pautas clásicas puede haber provocado la aprobación en el año 2006 de la Recomendación n. 198 de OIT sobre la determinación de la relación de trabajo recalando en la jurisprudencia nacional.

2. La calificación del vínculo jurídico en Uruguay cuando se compromete trabajo humano.

Con la intención de ubicar la posición de Uruguay en el ámbito de las dos tendencias anunciadas, debe decirse en cuanto a la primera que, desde el texto constitucional se garantiza la protección del trabajo a través de la ley – trabajo, sin adjetivación, lo que permite deducir, todo trabajo – (art. 53) y a su vez, y especialmente, un elenco abierto de derecho laborales específicos para todos quienes realizan trabajo inmersos en una relación de trabajo. (art. 54 y sgtes.)⁶⁰

De lo que resulta entonces, un principio de protección del trabajo a través de la ley. Vale decir que la Carta no solo recoge el principio – la protección del trabajo – sino también el mecanismo de realización – la ley. De todos modos, deja abierta la solución acerca del ámbito de aplicación subjetivo – a quiénes protege, ¿a todos los prestadores de trabajo? ¿sólo a algunos? – así como el ámbito de aplicación objetivo – de qué garantiza proteger-. Ello por cuanto la consideración contextual de las dos disposiciones constitucionales permite deducir que el art. 53 declara el principio y el art. 54 desarrolla una de las situaciones en las que se concreta el principio. Porque, éste sí, concreta los dos puntos. En efecto. Cuando la situación de trabajo ocurre en “una relación de trabajo o servicio”: en cuanto al ámbito subjetivo, protege a quien presta trabajo y en cuanto al ámbito objetivo, le garantiza protección a través del reconocimiento de un elenco de derechos específicos (unos individualizados y otros implícitos e integrados a través del art. 72 de la Constitución).⁶¹

Empero el ordenamiento jurídico uruguayo interno da cuenta de la ausencia de definición legal de la relación de trabajo. Tampoco consagra una presunción de laboralidad del vínculo

⁶⁰ El art. 53 inc. 1ro. de la Constitución uruguaya indica que “El trabajo está bajo la protección especial de la ley...”

El art. 54 indica que “La ley ha de reconocer a quien se hallara en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración ; la limitación de la jornada; el descanso semanal; y la higiene física y moral.

El trabajo de las mujeres y los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.”

⁶¹ El art. 72 de la Constitución uruguaya expresa que “ La enumeración de derechos , deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o derivan de la forma republicana de gobierno”

que compromete trabajo, ni aporta la descripción de indicadores que orienten para su determinación.

Ante tal panorama el concepto de relación de trabajo, se fue conformando recorriendo el siguiente derrotero: 1) una primera etapa, desde la mirada profunda a las relaciones de trabajo en sus distintas modalidades pero no cuestionadas en cuanto a la naturaleza y ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, la individualización y sistematización doctrinaria de las notas típicas o constantes ⁶²; 2) en la segunda etapa, la recepción jurisprudencial y la firme tendencia rigidizadora de la presencia excluyente de la subordinación; y, 3) desde hace algunos años, el re-posicionamiento de la entidad de las notas típicas clásicas y la nueva tendencia de la jurisprudencia.

En la primera etapa, el juslaboralismo uruguayo clásico sindicó como elementos caracterizantes, o típicos ilustradores de la relación de trabajo a la actividad personal, la subordinación, la continuidad y onerosidad⁶³. Si bien admitió su gravitación en conjunto así como ciertos posibles vaivenes en cuanto a su ocurrencia y peso, sindicó a la subordinación jurídica como la nota más típica y la hizo funcionar como excluyente. ⁶⁴ De todos modos, ya por entonces la misma doctrina nacional, en una perspectiva sin duda visionaria y abierta al cambio de las relaciones laborales, anunció que en el futuro podría llegar a suprimirse la subordinación jurídica como elemento característico y excluyente de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. ⁶⁵⁶⁶

⁶² Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral. T.II v.I pag.21. Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T. I vol 2 pag. 182; y “Agentes, viajantes, placistas y otros trabajadores a comisión en rev. Derecho Laboral. N. 96 pag. 08; De Ferrari, Francisco. “Trabajo intelectual y contrato de trabajo” rev. Derecho Laboral t.II pag. 57.; “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15 pag. 36. Ermida Uriarte Oscar. El concepto de subordinación o dependencia en rev. Tributaria n. 52 pag. 9. Rivas, Daniel. Op. Cit.”Los indicios...” pag.73. Rivas, Daniel. “Los indicios del trabajo subordinado” en rev. Judicatura n. 36 pag 82; La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996. Pag. 32..

⁶³ Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral. T.II v.I pag.21. Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T. I vol 2 pag. 182; y “Agentes, viajantes, placistas y otros trabajadores a comisión en rev. Derecho Laboral. N. 96 pag. 08; De Ferrari, Francisco. “Trabajo intelectual y contrato de trabajo” rev. Derecho Laboral t.II pag. 57.; “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15 pag. 36. Ermida Uriarte Oscar. El concepto de subordinación o dependencia en rev. Tributaria n. 52 pag. 9. Rivas, Daniel. Op. Cit. Los indicios... pag.73. Rivas, Daniel. La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996. Pag. 32.

⁶⁴ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. “Crítica a la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 206 pag.227, 228.

⁶⁵ Plá Rodríguez, Américo, quien además cita en la misma línea de pensamiento a Paul Durand y Alonso García en Curso de Derecho Laboral T.1 VolII Ed. Acali 1979 pag.96; Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T.1 Vol I pag.97. ; Mantero Álvarez, Ricardo, quien cita a Paul Durand en “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico. “en AA.VV. Grupo de los Miércoles. XXV Aniversario. Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. Ed. FCU año 2000 pag. 284.

⁶⁶ También parte de la doctrina extranjera de otrora realizó un examen crítico de la calificación de la subordinación como elemento más típico. Ermida Uriarte, Oscar. Op. cit. “ El concepto...pag.10; Rivas, Daniel. Op. Cit. Los indicios pag.41.

Contemporáneamente al desarrollo de la doctrina nacional clásica, la jurisprudencia uruguaya recogió su sistematización operando esta como un real modelo normativo sin perjuicio de otorgarle a cada nota una dimensión especial y adecuada al caso.⁶⁷ Pero, con mucho mayor rigidez que la doctrina, ubicó a la subordinación jurídica en un sitio de incidencia decisiva, al punto de que su ausencia y a pesar de la detección de otros indicios de relación de trabajo, operaba como fundamento suficiente para descalificar el vínculo como relación de trabajo.⁶⁸

En efecto. Para la jurisprudencia mayoritaria – todavía en el presente - la subordinación se presenta como el elemento más típico de la relación de trabajo. Como la fuerza centrípeta y centrífuga según los casos, que o bien acercan al centro de la disciplina determinadas relaciones jurídicas que desde antaño habían estado radiadas (como el trabajo a domicilio, los viajantes y vendedores de plaza), o bien desplazan otras hacia la periferia del Derecho del Trabajo (como la contratación de servicios personales a través de empresas unipersonales) ⁶⁹ A tal punto que el análisis de las sentencias permite visualizar que lo esencial que se indaga es acerca de la existencia de hechos que aún funcionando como indicios, la ilustren, haciéndola decisiva, insustituible y excluyente para calificar un vínculo como relación de trabajo dependiente y por ende al amparo del Derecho del Trabajo. De allí que pueda acompañarse la idea de que la jurisprudencia mayoritaria elevó la subordinación a la categoría de principio. ⁷⁰

A partir del inicio de la década del 2000, podría ubicarse el inicio de la tercera etapa del derrotero anunciada, cuando, cierta jurisprudencia en tendencia todavía no consolidada y aún con vaivenes, siguiendo a la doctrina laboralista nacional y extranjera, comenzó a redimensionar la trascendencia de las notas típicas clásicas, inclinándose por desplazar la hegemonía de la subordinación jurídica.

En efecto.

Debe verse que la elaboración doctrinaria y la posterior recepción jurisprudencial de las etapas anteriores explicitada, había partido de la base de una fotografía de la relación de

⁶⁷ En la terminología de Daniel Rivas, “modelos de referencia” , en Op. Cit Los indicios pag. 76 y en “Los indicios del trabajo subordinado e la jurisprudencia laboral” en rev. Judicatura n. 36 pag ,

⁶⁸ Mantero Álvarez, Ricardo. Op. Cit AA.VV. Grupo de los Miércoles... pag. 294, 301. Indica el autor que la jurisprudencia sobredimensionó el elemento subordinación jurídica, sin plantearse – “como lo hace la doctrina europea – conceptos nuevos, que tiendan a hacer extensiva la protección jurídico –laboral de situaciones en las que la subordinación no se presenta como elemento determinante, pero en que sí existe prestación de servicios personales concertados en situación de debilidad contractual.

⁶⁹ Mantero, Ricardo. “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico.” En Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. FCU. agosto 2000 pag. 283. Rivas, Daniel. Op. Cit. AA.VV. Grupo de los Miércoles pag.236; y op. Cit. La subordinación ...pag149.

⁷⁰ Machado, Sidnei. Op. Cit. pag.30.

trabajo típica o modelo y en ella identificó los elementos más típicos o principales. En aquel entonces, la fotografía mostraba relaciones laborales con determinadas características, vinculadas al modelo Taylor Fordista que refiere a la gran empresa industrial que lleva a cabo una producción en masa, basada en una especialización rigurosa de las tareas y de las calificaciones y en una organización piramidal del trabajo. La piedra angular de ese modelo era el empleo típico de duración indefinida, que garantizaba al trabajador una vida asegurada a cambio de su situación de dependencia.⁷¹ Así, la subordinación era una noción (doctrinaria y no legal) pero indispensable en las primeras etapas del Derecho del trabajo.⁷²

Pero, la elevación del nivel de calificación profesional que modifica el margen de subordinación contractual, la presión creciente de los mercados más abiertos y la aceleración de los progresos técnicos (especialmente en materia de información y comunicación) han determinado el surgimiento de otros modelos de organización del trabajo⁷³. Estos nuevos modelos, entre otros, crean una brecha muy amplia entre el tradicional trabajador subordinado que trabaja por cuenta ajena y el trabajador o el empresario realmente independiente que trabaja por cuenta propia; admiten la también amplia zona de situaciones grises entre una y otra hipótesis; y dan cuenta de la aparición de los fenómenos de descentralización empresarial, concentración o interposición de sujetos.

Entonces, en estos nuevos modelos aquellas características o elementos típicos sistematizados por la doctrina y que podrían sindicarse como clásicos, en una mirada global, o bien, se mantienen presentes pero sin la persistencia anterior, o bien, se presentan re-posicionados desde el punto de vista de su incidencia decisiva en la calificación. Ello por cuanto, la fotografía de la relación de trabajo de hoy, muestra otra “normalidad” y entonces, aquellos elementos otrora definidores operan a lo sumo colacionando argumentos pero no aportan razones tajantes para la calificación. Y en su lugar “nuevos” aspectos, antiguos pero bajo otras modalidades y gravitación, aún sumados a algunos de aquellos, los han pasado a integrar la “normalidad” de los vínculos que comprometen trabajo humano. Por ende, aquellas que antes eran características sistemáticamente presentes, o bien perdieron o bien modificaron tal condición.

Ello ha ocurrido muy especialmente con la subordinación jurídica. La crisis del modelo tradicional de relaciones jurídicas que involucraban trabajo, ha contribuido a determinar un

⁷¹ Supiot, Alain. Citado por Plá Rodríguez Américo. en “Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios” rev. Derecho Laboral n. 204 pag. 658.

⁷² Villasmil Prieto, Humberto. Op. cit “La recomendación n. 198 de OIT sobre ...” Mantero Álvarez, Ricardo. Op. Cit en AA.VV. Grupo de los miércoles...pag. 284

⁷³ Supiot, Alain. Citado por Plá Rodríguez Américo. en “Repensar...” pag. 658

panorama de crisis de la subordinación en su otrora rol de elemento más típico⁷⁴. No significa que la subordinación haya dejado de ser una nota típica del instituto constitucional “relación de trabajo”, sino que, la transformación de las relaciones que involucran trabajo del hombre son las que han provocado su metamorfosis.

Testimonio de ello lo constituye la intención de regulación a través de la ratificación de convenios internacionales de trabajo⁷⁵, y la aprobación de las leyes de tercerización (18.099, y 18.251) que reconocen en su base fáctica, a la vez, una situación de subordinación clásica directa (al empleador auxiliar) y un vínculo que determina la responsabilidad laboral de otro sujeto como si fuera empleador directo aunque no lo sea (empleador principal)

El cambio de esta variable – la realidad de las relaciones de trabajo – intima el cambio en cascada de las restantes. De allí que pueda afirmarse que ha llegado la hora de volver a sistematizar las características más típicas de las relaciones jurídicas que comprometen trabajo, partiendo de un juicio de normalidad. Si las formas de organización del trabajo Taylor-Fordistas dieron lugar a la individualización de las notas típicas de la relación de trabajo y con ellas al nacimiento del concepto doctrinario de subordinación jurídica manejado por la jurisprudencia como elemento eje; puede admitirse que, las nuevas formas de organización del trabajo – neo-Taylor-Fordistas - insten al menos a cuestionarse su vigencia operativa.

Siguiendo el mismo procedimiento de la primera etapa, corresponde observar en perspectiva las nuevas relaciones jurídicas que comprometen trabajo. Éstas dan cuenta del desvanecimiento de algunas de las notas características de otrora y a su vez de la preponderancia de otras o diversas modalidades de presentación, cuya persistencia las sitúa en grado de “normalidad” y que en cuanto a tales características, desplazan la “normalidad” de subordinación jurídica en su versión clásica: el *poder desigual de los sujetos* de la relación jurídica visualizado a través de hechos diversos a los de antaño⁷⁶ pero que de todos modos provoca la limitación de la libertad de quien presta el trabajo; otro, la *inserción* del prestador del trabajo en la organización de quien lo recibe y se beneficia de él; también *la ajenidad* del sujeto que presta el trabajo en sus dos sentidos: uno, trabajo para otro o por cuenta ajena; el

⁷⁴ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica...” pag. 233.; D Antona, Massimo. “Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano” citado por Barretto Ghione. “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación n. 198 de OIT y el fin del discurso único de la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 225 pags, 87, 89,90.

⁷⁵ El CIT. n. 94, el CIT n. 181.

⁷⁶ No necesariamente referidos al control de horario, o la realización de la tarea en el taller o en la fábrica en el lugar de dominio del empleador, o la emisión de órdenes e instrucciones etc. Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica a la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 206 pag. 249...

otro, la ajenidad en los riesgos financieros mayores. Notas que pueden percibirse en forma conjunta o separadas, y acompañadas o no de subordinación jurídica en el sentido de dependencia jurídica.⁷⁷ Notas que generalmente van acompañadas de las relevadas por la sistematización de la doctrina clásica que reposiciona la gravitación de cada una de ellas y del conjunto.

Efectivamente.

La *desigualdad de poder* entre los dos sujetos del vínculo jurídico que compromete trabajo, puede operar desde la etapa constitutiva o de programación – por ejemplo, tomando el modelo de un contrato de adhesión - ; o, desde la de ejecución cuando habiendo nacido en paridad de poder, e incluso sin el propósito de que se modificara, de hecho en el curso de la concreción se produce una desnivelación de poder. Por ejemplo, cuando se programa como un arrendamiento de servicios o de obra y muta a una relación de trabajo.

Esta desigualdad de poder no siempre es sencilla de visualizar, de allí que ante el cuestionamiento sobre su existencia, corresponderá buscarla a través de hechos o indicios de estos, que permitan analizar el grado de libertad actuada por cada uno de los involucrados, en la etapa constitutiva o de ejecución. Vale decir, haciendo hincapié en la consideración de cuán libre fue cada parte del vínculo. Ello reviste especial gravitación a la hora de la calificación de la relación jurídica, por cuanto se podrían enfrentar dos bienes humanos garantizados por la Carta: el trabajo y su estatuto protector, y la libertad. De allí que solo la conclusión de que quien trabaja para otro actuó libremente al elegir colocarse, o de hecho y en el curso de la ejecución quedar colocado fuera del estatuto protector del Derecho del Trabajo, puede legitimar que ello sea admisible. La libertad, como estado interno, puede visualizarse a través de hechos que demuestren la ventaja que podría haber obtenido quien presta trabajo para otro colocándose por fuera de la protección especial de la ley. Así, la decisión que califique un vínculo jurídico que comprometa trabajo – en debate sobre su naturaleza – no podrá eludir elaborar una fundamentación acerca de la causa razonable que, identificada a través de los hechos, habría movilizó al prestador del trabajo a quedar despojado del estatuto protector. Vale decir, las razones acerca de por qué eligió, o toleró, quedar fuera de la regulación del Derecho del Trabajo y la libertad con la que actuó para hacerlo. Solo la detección de alguna ventaja o motivo razonable, podría explicarlo. En definitiva y como se dijo, el análisis

⁷⁷ Sidnei Machado, en op. Cit. pag. 114, 124 -126 y 136, diagnostica la crisis del criterio normativo de la subordinación jurídica como consecuencia de la crisis de la modernidad capitalista (el paradigma de la industria) y en el déficit teórico para su superación. Y, posiciona la dependencia económica como concepto eje a costa de la subordinación que, expresa, se presenta difusa y fragmentaria.

profundo de la libertad (en el sentido de grado de autodeterminación) de quien se comprometió a prestar trabajo para otro.⁷⁸ Ello por cuanto la usina legitimante de la autonomía de la voluntad para contratar se encuentra en la libertad. De allí que cuando quien compromete su trabajo carece de libertad, su “elección” carece de legitimidad. El contrato como negocio jurídico se desarrolla en el marco del principio de libertad contractual que se integra con *la libertad de conclusión* que presupone la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quien va a hacerlo; y la *libertad de configuración interna* que constituye la posibilidad para ambos contratantes de establecer su contenido.⁷⁹ Se deduce entonces que la elección de la forma de comprometer trabajo para otro, e incluso la denominación del vínculo solo provoca efectos desplazantes del estatuto protector si se concluye, previamente, que quien eligió, pudo y estaba en condiciones de hacerlo por cuanto actuó con libertad y por ende en situación de igualdad sustancial respecto del co contratante. Por lo que no se trata de la libertad que se reduce a la mera alternativa para *tomar o dejar*⁸⁰, sino que siempre estará referida a una situación concreta de igualdad en lo social, cultural e histórico y explicará además que su contenido vaya cambiando y requiera ser revisado permanentemente.⁸¹ Por lo que en definitiva el triunfo de un principio sobre el otro – libertad: autonomía de la voluntad vs. protección estatutaria del trabajo está pautado por el criterio de la justificación razonable para el caso concreto.

A su vez el desplazamiento de la hegemonía de la subordinación jurídica da paso a revalorar aquellos hechos que pudieran ilustrar, más allá o más acá de la dependencia, *la inserción* del trabajo comprometido como un eslabón más de la cadena de organización de la actividad del receptor y beneficiario , directo o indirecto de aquel. Y por ende, también, en mayor o menor medida, el sometimiento personal respecto del acatamiento del poder de organización cuyo titular podría ser calificado de patrono.⁸²

En las formas mas recientes de organización del trabajo hay cada vez menos control pero cada vez más integración del mismo.⁸³

⁷⁸ Ermida Uriarte, Oscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 241. Pag. 11.

⁷⁹ Rodriguez Russo, Jorge. La interpretación del contrato. Ed. FCU 2008 pag. 21.

⁸⁰ Russo Rodríguez, Jorge. Op. Cit. pag. 24. La interpretación ...en cita a Busnelli, Francesco Donato “¿Cómo codificar. El Método” trabajo on line [http:// www.adndresbello.org](http://www.adndresbello.org) , traducción del francés por Mauricio Tapia.

⁸¹ Sarlo, Oscar. “Sobre la noción de igualdad. Algunas cuestiones filosóficas y lingüísticas relativas a la misma” en AA.VV.El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008 pag. 36.

⁸² Ermida Uriarte, Oscar. Hernandez Álvarez, Oscar. Op. Cit“ Crítica...” pag. 249.

⁸³ La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación n., 198. Servicio de diálogo social, legislativo y Administrativo del Trabajo. Documento n. 18. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra 2008. Pag. 39.www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf

El otro elemento constante, *la ajenidad*, va de la mano de *la inserción* y empieza a presentarse adoptando nuevas intensidades. Por un lado el trabajo para otro beneficiario final y no para sí mismo a pesar de la mayor o menor independencia en la forma de ejecución. Por otro, la ajenidad en los riesgos financieros personales del prestador del trabajo. No ya y en todos los casos como la ajenidad absoluta en la asunción del riesgos del prestador del trabajo, sino en muchas ocasiones tan solo de los mayores o principales. Situación que convoca, también la apreciación de su incidencia en el conjunto de los indicios así como la consideración del grado de libertad de quien trabaja, a la hora de hacerse cargo de ellos. Por ejemplo cuando se trata de la disyuntiva entre la asunción de los riesgos (o una porción de ellos) a cambio de la posibilidad de trabajar para otro integrándose a la cadena productiva del tomador del trabajo. El grado en el que el trabajador está expuesto a las oportunidades de obtener ganancias o de asumir pérdidas constituye un indicador significativo y corresponde indagar si tales ganancias o pérdidas dependen de algún otro factor que no sea su propio esfuerzo laboral.⁸⁴

a. En cuanto a la segunda tendencia del derecho comparado, si bien tampoco no se releva producción normativa uruguaya al menos con carácter general, cabe destacar importantes desarrollos doctrinarios encaminados a fundamentar la ampliación del ámbito de aplicación, con carácter general, de modo que queden atrapadas, también de modo general, otras situaciones que de lo contrario ameritarían la fuga de la regulación del Derecho del Trabajo.⁸⁵

A partir de la década del 2000, nueva doctrina uruguaya, acompañando la tendencia de otros ordenamientos jurídicos, comenzó a elaborar un nuevo modelo - no ya el binario clásico - resultado de la mirada profunda a la actual fotografía de las relaciones laborales. Unos estudios, dirigidos a estimular el análisis de la naturaleza del vínculo a través de la búsqueda incisiva de la realidad considerando las características más o menos constantes – las clásicas y otras nuevas - de la relación de trabajo. Otros estudios, buscando ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo abarcando también aquellas relaciones jurídicas que aún sin la presencia de la subordinación o dependencia jurídica contengan componentes que demuestren la dependencia económica.⁸⁶

⁸⁴ Op. Cit . La relación de trabajo: una guía...pag.49.

⁸⁵ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. “Crítica a la subordinación “ en rev. Derecho Laboral n. 206 pag.225.

⁸⁶ En tal sentido se ha propuesto: una tendencia “integracionista” que extendiera los beneficios de protección social y el estatus del Derecho del Trabajo a las más diversas categorías profesionales (Aubert-Monpeyssen citado por Sidnei Machado en op. Cit pag. 41); a fin de dotar a la legislación del trabajo de “un gran anular de

Así surgieron construcciones nacionales en torno a la idea de “perseguir a los fugados” a través de la extensión del ámbito de aplicación del Derecho laboral traspasando el límite burlado por la subordinación jurídica y postulando la protección de todo trabajo (a secas).⁸⁷ Asimismo, del “fin del discurso único de la subordinación jurídica” y la extensión del Derecho del Trabajo hacia los confines del “trabajo necesitado de protección”⁸⁸.

3. La Recomendación n. 198 de OIT. Su contenido y valor jurídico

3.1. Su contenido

La Recomendación sobre la relación de trabajo (2006) reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.⁸⁹

Debe repararse en los dos puntos sobre los que se auto legitima el instrumento internacional: uno valorativo, que consiste en que la protección – eficaz, adecuada, y acorde al modelo de trabajo decente - de los trabajadores, constituye la esencia del mandato de la OIT; otro, fáctico, que está representado por las dificultades que supone determinar la existencia de

forma que pueda enfocar no solo al trabajo subordinado en sentido estricto del término sino también y fundamentalmente a los trabajadores que se encuentran en la periferia, “de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes, pero no jurídicamente subordinados” (Bronstein Arturo. “Ambito de la relación de trabajo: el debate en la OIT. En La Subordinación o dependencia en el Contrato de Trabajo en el Proceso de Transformación de la Empresa. LexisNexis. Chile pag. 7 y sgtes.) ; la única idea de trabajo como hecho definidor del campo de acción del Derecho del Trabajo (Caldera Rafael. Derecho del Trabajo. El Ateneo. Ed. TI 1960 pag. 79 citado por Barretto Ghione, Hugo en op. Cit. Pag. 98. Indica Caldera que la idea del trabajo como hecho social determina el campo de acción y quita vallas al imperio del Derecho del Trabajo. De ahí que el concepto de subordinación, indispensable en las primeras etapas del Derecho Laboral (que en su concepción originaria solo se entendía como protector del obrero), no es siempre indispensable para la aplicación de las leyes del trabajo. Antes por el contrario, se nota cada vez más la frecuencia con que se extiende el imperio de normas laborales a trabajadores no subordinados jurídicamente ; la re fundación del Derecho del Trabajo de modo que no quede construido sobre la figura del empleado sino sobre la persona del trabajador, como noción de “status profesional “(Supiot, Alain. Critique du droit du travail. Citado por Machado Sidnei. A noção de subordinacao jurídica. Editora LTR Sao Paulo 2009 Pag. 95.); “...se tratará en definitiva, como tantas veces ha sucedido en la historia del Derecho del Trabajo, de actualizar la función compensadora y legitimadora que cumple el ordenamiento laboral para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación tradicional.” (Palomeque López, Manuel Carlos. “El equilibrio estructural del Derecho del Trabajo y sus amenazas” en rev. Laborem13/2013. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial El Buho EIRL 2013. Pag.43.)

⁸⁷ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica...” pag. 246.

⁸⁸ Barretto Ghione, Hugo. op.cit. “La determinación ...” pag. 98.

⁸⁹ Ermida Uriarte, Oscar. “La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)” en rev. Derecho Laboral n. 223 pag. 674. Rossi Albert, Rosina. “La Recomendación n. 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo: impacto en la jurisprudencia uruguaya.” en rev. Derecho Laboral. N. 256 pag. 609 y sgtes.

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 y en su aplicación. Este punto teniendo especialmente en cuenta dos aspectos. Uno, que las legislaciones nacionales así como los convenios colectivos ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado y entonces la dificultad pasa por la forma de interpretación de tales instrumentos. Y otro, que resulta de admitir en la posibilidad de verdaderas relaciones civiles y comerciales que comprometan trabajo humano. (capítulo I n. 8)

Desde este punto de partida, la Recomendación sugiere a los Estados la adopción de políticas nacionales de protección adecuada (atendiendo a las dificultades reales y en especial a las situaciones más vulnerables a la relación de trabajo encubierta), efectiva (que en los hechos haga realidad la aplicación del Derecho del Trabajo) y eficaz (que llegue a tiempo y sea instrumental a la protección) a través de medidas encaminadas en tres sentidos: a) de normatización, b) instrumentales y c) de control.

a) En cuanto a las *políticas nacionales de normatización* sustancialmente apunta en tres sentidos: uno, vinculado a la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; otro, a la eliminación de las disposiciones que reporten incentivos para las relaciones de trabajo encubiertas; y otro vinculado a la individualización de las variables de hecho que califican una relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo. Respecto de éstas, aboga por la definición normativa clara, adecuada y acorde a las normas internacionales de trabajo, que asegure la protección efectiva y apta para funcionar orientando la calificación del vínculo jurídico. Pero en uno y otro sentido recalca el objetivo de concretar una tutela eficaz y adecuada contemplando también especialmente a los sectores de trabajadores mas vulnerables como los ocupados en trabajo informal, los migrantes, los de cierta edad y los más jóvenes y las trabajadoras y los trabajadores con discapacidades.⁹⁰

Indica en el capítulo II las pautas que los Estados tendrían que tener en cuenta para que la normatización funcione en forma protectora. En tal sentido, indica dos contenidos: uno, individualizando *indicios* que indicarían la calificación del vínculo como relación de trabajo y otro, apelando a la determinación de la *responsabilidad*.

⁹⁰ Indica Sidnei Machado comentando la Recomendación n. 198 que ésta confió más en la ley que en la jurisprudencia a pesar de su potencial de creatividad y adaptabilidad. Machado Sidnei. A noção de subordinação jurídica. Editora LTR Sao Paulo 2009 Pag. 98

Respecto de los *indicios*, presenta un criterio básico que luego desgrana. Este criterio básico consiste en focalizar la atención en la etapa de ejecución del vínculo y atendiendo a la realidad más que a las formas⁹¹, y en abatir la incidencia del acuerdo contractual. La Recomendación minimiza la incidencia de la voluntad expresada más o menos formalmente, a favor de la realidad ilustrada a través de los hechos ocurridos al tiempo del desarrollo del vínculo. La modalidad de presentación de los indicios que si bien su constatación en los hechos ostentarían una fuerza calificante, habilita deducir que ni el elenco está completo ni todos, necesariamente, deben presentar el mismo peso. Indica que “entre esos indicios podrían figurar los siguientes⁹²:

+ la modalidad de la retribución, en cuanto a sus componentes (pago a través de prestaciones en especie), periodicidad , incidencia en la economía del trabajador.

+ la modalidad de ejecución de las tareas , en cuanto a la existencia y alcance de instrucciones para realizarla y el control de las mismas. Debe verse que la Recomendación no utiliza el vocablo “órdenes” sino “instrucciones” que claramente abre un abanico más amplio en la modalidad de encarar el trabajo de modo que permite abarcar también la situación en que la capacitación o pericia del trabajador no reclama mayores indicaciones.

+ la integración del trabajador en la organización de la empresa. Este indicador alude al posicionamiento de quien presta el trabajo como parte del proceso productivo de la empresa, conformando un eslabón más de la cadena.⁹³⁹⁴

⁹¹ Ermida Uriarte, Oscar. En op. Cit. pag. 677 lo califica como referencia al principio de primacía de la realidad.

⁹² Lo que se deduce de la referencia a “uno o varios indicios” en el literal b) del art. 9.

⁹³ Jurisprudencia y doctrina de Brasil han desarrollado las pautas de la inserción y ajenidad como decisivas para la calificación del vínculo. La doctrina ha desarrollado la idea de la *subordinación objetiva o funcional* que reconoce ciertas premisas : el trabajo del trabajador no se separa la persona de su prestador, existiendo sin embargo , una relación de inmediatez con el trabajo, pero no con el prestador de servicios; la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado se justifica exclusivamente en razones de mantenimiento de la actividad del empleado a favor de la empresa; el límite del ejercicio del poder de dirección se ubica en la adecuación de la actividad del empleado a la actividad de la empresa; el trabajo del empleado es ejercido mediante actos autónomos, únicamente orientados por el empleador; lo que se integra a la empresa es la actividad del empleado y no el empleado mismo; la actividad del empleado es imprescindible para la actividad de la empresa resultando un acoplamiento de ellas en virtud de las expectativas recíprocas y anteriores de las partes; la inserción ocurre de actividad a actividad y no de persona a persona. Expresa el autor además que el elemento constante que define la posición el trabajador en la empresa no es la subordinación sino la participación integrativa más o menos intensa de su actividad en la actividad de ésta. (Paulo Emilio Ribeiro. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 473. , citado con traducción de las autoras. Rossi Albert, Rosina. Corujo Milán, Maria del Carmen. “Subordinación. Estudio comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil.” En Cuadernos da Escola Judicial do TRT da 4ta. Região. TRT 4to. Universidad de la República. Uruguay. Año 4 N. 7. 2012 Pag.40)Este concepto de subordinación objetiva o funcional ha sido complementado por el de “subordinación estructural” expresada en el “leading case” proceso n° RO-00059-2007-011-03-00-0, TRT da 3ª Região, cuyos requisitos se concretan en los siguientes: el trabajador debe prestar su servicio para una organización productiva ajena; los frutos de su trabajo no le pertenecen, sino que le pertenecen a la empresa; el trabajador no posee una organización empresarial propia , no es un empresario; y el trabajador no asume los riesgos de la ganancia o pérdida por el riesgo del negocio. Como se advierte, esta nueva

+ la ausencia de riesgos financieros para el trabajador ocasionados en la actividad que presta, en general o vinculados a la utilización de herramientas, materiales, viajes que deba emprender el trabajador para ejecutar el trabajo.

+ el reconocimiento de derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales.

Corresponde destacar que la Recomendación posiciona a la subordinación o dependencia como un indicio más – o “condición” – en la determinación de la relación de trabajo, pero no la sitúa como imprescindible ni su ausencia con efecto excluyente. (numeral I. 12) Ello se deduce de que la convoca aleatoriamente y “por ejemplo” en la determinación de la relación de trabajo, lo que permite inferir que puede presentarse o no, y en cualquiera de los dos casos, y detectándose otros indicios, calificarse el vínculo como relación de trabajo con garantía de protección del Derecho del Trabajo.⁹⁵ Por su parte, que la Recomendación no adjetive a la subordinación en el sentido de “subordinación jurídica” permite deducir que la también la meramente económica podría operar como indicio de relación de trabajo bajo la égida del Derecho del Trabajo.⁹⁶

Respecto de la *responsabilidad* indica que la normativa habrá de abarcar todas las formas contractuales precisando a quien incumbe la responsabilidad, en clara alusión a las situaciones de empleador complejo o de descentralización empresarial.

b) En cuanto a las *políticas nacionales instrumentales* las previene de dos tipos: unas referidas al *mecanismo procesal* para dilucidar el diferendo; y otras a *la aplicación* concreta de los enunciados normativos.

Respecto de los *mecanismos procesales* señala:

+ la *competencia* para dirimirlos en tribunales especializados en materia laboral o de tribunales de arbitraje a los que trabajadores y empleadores tengan acceso efectivo.

+ la *accesibilidad respecto del procedimiento* para dilucidarlos, que lo reclama como expedito, poco oneroso, justo, eficaz y efectivo en el sentido de que fomente el cumplimiento voluntario.

Respecto de la *aplicación de los modelos normativos* indica:

concepción persigue incluir la protección regulatoria del derecho del trabajo también a aquellos trabajadores que están insertos en el ámbito de repercusión de las decisiones de la empresa, o sea que pretende integrar a los trabajadores desprotegidos por un sistema de acumulación flexible.

⁹⁴ Expresa Sidnei Machado en op. Cit pag. 146 que este indicio de la integración a un servicio organizado tiene un gran potencial de operatividad especialmente para ciertos sectores de actividad profesional liberal como médicos, abogados, profesores, etc.

⁹⁵ Concretamente expresa en el numeral 12 : “A los fines de la política nacional a la que hace referencia 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 dependencia”

⁹⁶ Ermida Uriarte, Oscar. Op. Cit. pag. 679.

+ la *formación* apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo, derecho comparado y jurisprudencia para todos los operadores (judicatura, árbitros, mediadores, inspectores de trabajo, otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo)

+ la *interpretación* de los modelos normativos en forma reglada en el sentido de asegurar la protección efectiva y el objetivo del trabajo decente.

+ indirectamente viene a suministrar reglas de *valoración probatoria* en la medida que plantea la determinación de presunciones legales relativas y absolutas. En efecto. Por un lado refiere a la presunción legal de la existencia de la relación de trabajo cuando se den uno o varios indicios, lo que supone que el sujeto pasivo de la acción tendrá la carga de destruirlos a riesgo de concretarse la presunción y que lo presumido deba ser considerado verdadero definitivamente. Por otro lado, admite que previa consulta de las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores se podría determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes. Lo que significa una presunción absoluta de laboralidad.

Ahora bien. Cualesquiera de las dos presunciones legales, en cuanto tales, cobran trascendencia a la hora de determinar la distribución de las cargas probatorias por cuanto el hecho que se presume releva del gravamen probatorio a quien de no estar la presunción estaría llamado a probarlo. La presunción opera en la dinámica del proceso como un mecanismo de desigualdad compensatoria que favorece a la parte que, de otro modo, habría tenido que probar el hecho, corriendo con el consiguiente riesgo.

+ la amplitud de recepción de *medios probatorios* para acreditar hechos que puedan coincidir con las pautas normativas.

c) En cuanto a las políticas nacionales de *control*, apunta a la *revisión periódica* de los criterios para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo así como la *colaboración* con los servicios de inspección del trabajo, administración de la seguridad social y autoridades fiscales.

3.2. Su valor jurídico.

El instrumento internacional en análisis se trata de una recomendación y no de un convenio internacional, con las diferencias que ello supone en cuanto a su fuerza vinculante para los Estados Miembros.⁹⁷

Distingamos el valor-trascendencia de la aprobación de este cuerpo normativo de su valor jurídico.

En cuanto a su valor-trascendencia, si bien hubiera sido mejor a sus objetivos que se tratara de un convenio en vez de una recomendación, corresponde evaluarla en su contexto temporal. No es poca cosa que luego de dos o tres décadas de flexibilización y desregulación, de “retorno al arrendamiento de servicios” de “fuga”, “huida” o “expulsión” de trabajadores del Derecho laboral, de “empresas unipersonales”, de precarización, de tercerización, de remozamiento de la autonomía individual de la voluntad (rectius: voluntad unilateral del empleador), la OIT aprobara una recomendación reafirmando el principio protector, la primacía de la realidad, la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio, el concepto – tan latinoamericano- de relación de trabajo, la subordinación o dependencia (no solo la jurídica), la ajenidad y que recopile un extenso pero no exhaustivo y acumulativo elenco de indicios de la existencia de relación de trabajo regulada por el Derecho Laboral. Indica lo que deben y lo que no deben hacer tanto el legislador como el juez en un ordenamiento jurídico como el uruguayo que carece de regulación interna del punto y ausencia de consagración de presunción de laboralidad.⁹⁸

En cuanto a su valor jurídico y si podría ser utilizada como modelo normativo en la tarea de subsunción de los hechos de cada caso en el que se cuestiona la calificación del vínculo jurídico que compromete trabajo, para sustituir o complementar la elaboración doctrinaria ya señalada, la respuesta es afirmativa.

Ello por cuatro fundamentos.

El primero. El uso en vía jurisdiccional del Derecho Internacional del Trabajo, al que sin duda se integran las recomendaciones de OIT, ha sido impulsada y facilitada por una tendencia más amplia de referencia a los instrumentos internacionales de derecho humanos.⁹⁹ A propósito, por incidencia del principio de progresividad y su tenor de instrumento internacional de derechos humanos, la Recomendación n. 198 de OIT se integra al bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. En su formulación actual el criterio de

⁹⁷ Arts. 19.2; 19.5 literales b y c 19.6 literales b y c de la Constitución de la OIT.

⁹⁸ Ermida Uriarte, Oscar. Op. Cit. pag. 682.

⁹⁹ Beaudonet, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” en rev. Derecho Laboral n. 238 llamada n. 2 pag. 245.

la complementariedad se asocia con la idea de interdependencia de las normas sobre derecho humanos que integran el bloque de constitucionalidad para configurar un mandato al intérprete que apunta a considerar el universo constituido por a suma de todos los textos – en el caso, los atinentes a derecho humanos laborales – cualquiera que será su fuente, como un todo indisociable.¹⁰⁰ Cabe agregar además que la propia OIT ha ubicado a las recomendaciones como normas de importancia en el proceso de revisión normativa, promoviendo como parte de ese proceso la adopción de recomendaciones autónomas como sucedáneo de la dificultad adopción de convenios internacionales.¹⁰¹

El segundo, su procedimiento de aprobación del que resulta su vigencia objetiva – aprobación en el seno de la OIT - opera ilustrando la opinión de la doctrina mayoritaria y más recibida.¹⁰² En efecto. La Recomendación constituye un instrumento internacional que nace a la vida jurídica (vigencia objetiva) de la aprobación de los dos tercios de los votos de los delegados presentes, igual que los convenios. (art. 19 num. 2 Constitución de la OIT) No requiere ratificación pero debe ser sometida a la autoridad de cada país miembro para al efecto de darle forma de ley o para adoptar otras medidas. (art. 19. Num. 6 literal b) En consecuencia se trata de un instrumento internacional, integrante del Derecho Internacional del Trabajo que representa la conciencia jurídica universal en tanto es producto de la voluntad de la mayoría de los estados miembros de la comunidad internacional integrantes de la OIT, así como de los órdenes de empleadores y trabajadores también representados.

Atento a los objetivos fundamentales de la OIT, expresados en el preámbulo de su constitución, en la Declaración de Filadelfia y en la Declaración de principios y derechos fundamentales de 1998, la producción normativa entre la que se incluyen las recomendaciones, constituyen instrumentos de realización de los derechos humanos laborales.

El tercero, los principios que la inspiran son coincidentes con el principio de garantía de tutela del trabajo en general (art. 53), y en especial en el “ámbito de la relación de trabajo o

¹⁰⁰ Barbagelata, Héctor Hugo. El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. marzo 2009 pag. 240. “El derecho universal del Trabajo” en Rev. de la Facultad de Derecho n. 31. En Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte. Pag. 53.

¹⁰¹ Barretto Ghione, Hugo. “Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal” en Rev. de la Facultad de Derecho n. 31. En Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte. Pag. 67.

¹⁰² Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T. I. vol 1 pag. 201 3ra ed, Montevideo 2002; Rev. Judicatura n. 45 pag. 62; Ermida Uriarte, Oscar. “Aplicacao das normas internacionais do trabalho” en Revista do Advogado N. 110 pag. 137. Sao Paulo 2010; Beaudonet, Xavier . “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales” en Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho. Cinterfor OIT 2011. pag. 130.. Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de Formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Bajo la dirección de Xavier Beaudonet. Centro Internacional de Formación de la OIT. Turín. Ejrlb.net/oit/Manual de jueces de Turín. pdf

servicio” (art. 54) de la Constitución uruguaya. En efecto. Indica la Recomendación en sus considerandos que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo como surge del Preámbulo de la Constitución, de la Declaración de Filadelfia de mayo de 1944, así como con la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo de 1998. Por su parte, la “relación de trabajo o servicio” constituye desde el texto constitucional un ámbito de aplicación de la tutela sobre el que se ha edificado el Derecho del Trabajo en cumplimiento de su realización a través de la ley. Por lo que, la interpretación del alcance de este ámbito que opera como fuerza centrípeta del Derecho del Trabajo, consiste, ni más ni menos, que en una tarea de interpretación de la constitución. Y, la interpretación de la constitución debe realizarse contextual y axiológicamente. Lo que significa que el resultado interpretativo sea una forma de realización de los valores constitucionales.¹⁰³¹⁰⁴ De allí que siendo la relación de trabajo el terreno en el que se realiza la protección constitucional, la delimitación de su concepto debe realizarse tomando en consideración los valores que adquieren forma de principios.

El cuarto, el criterio general planteado por la Recomendación – poner especial atención en la etapa de ejecución - presenta un contenido coincidente con el art. 1301 del Código Civil ubicado en sede de interpretación de los contratos que asigna relevancia en la interpretación del vínculo a “los hechos de los contrayentes posteriores...” al acto de celebración. Y resulta de utilidad para interpretar esta disposición provocando su gravitación a la hora de resolver el debate, ya que redundaría en que los actos posteriores son los actos de la etapa de ejecución independientemente de lo que se hubiera pactado en contrario. Pero además como privilegia los hechos respecto de las formalidades, se compadece con el principio de primacía de la realidad que informa todo el Derecho del Trabajo.

Los cuatro fundamentos que vienen de relevarse autorizan considerar la Recomendación n. 198 como herramienta de interpretación del derecho interno. En particular, del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la garantía de protección del art. 53 así como del concepto “relación de trabajo o servicio” del art. 54 para poder distinguir las relaciones de trabajo de las verdaderas relaciones civiles y comerciales.¹⁰⁵

¹⁰³ Cassinelli Muñoz, Horacio. “La apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución” en Rev. D.J.A. Tomo 55 pags. 125 y 126 citado por Risso Ferrand, Martín. Derecho Constitucional Tomo I. pag. 64.

¹⁰⁴ Sentencia n. 146/1997 de la Suprema Corte de Justicia citada por Risso Ferrand, Martín. Op. Cit. pags 70 y 71.

¹⁰⁵ Beaudonet, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” En rev. Derecho Laboral n. 238 pag. 254.

De allí, el rol de modelo normativo apto para la subsunción de los indicios que para la determinación de la relación de trabajo presenta la Recomendación. Indicios cuya ocurrencia en mayor o menor medida, requerirá de un juicio de ponderación que evalúe su incidencia realizando un razonamiento y fundamentación de peso y contrapeso entre los hallados, los no hallados y la fuerza persuasiva individual y en conjunto.

En consecuencia, dos variables habilitan empezar a perfilar un nuevo paradigma en el criterio interpretativo de los hechos cuando a través de un vínculo jurídico se compromete trabajo en Uruguay: por un lado, el nuevo modelo de relaciones de trabajo y sus nuevas notas constantes, todas en sus nuevas formas de presentación; por otro, la fuente herramienta interpretativa de la “relación de trabajo o servicio” constitucional, ubicada en la doctrina que surge de la Recomendación n. 198 de OIT. Lo que significa que detectado por la jurisprudencia uno o varios de los nuevos o de los viejos indicios enunciados por la Recomendación n. 198, y aunque no se identifiquen rastros de subordinación jurídica, es posible la calificación del vínculo como relación de trabajo y por ende, ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. De todos modos y teniendo presente el principio constitucional de libertad que entra en tensión con el de protección del trabajo que prescinde de la autonomía de la voluntad e impone la aplicación del Derecho del Trabajo, podría llegar a ser diversa. Sin embargo, tratándose de un enfrentamiento de principios, sólo podría serlo, si pudiera relevarse una explicación razonable que justificara el desplazamiento de la promesa de tutela constitucional, que no solo compromete al legislador sino también a la jurisprudencia.

4. La jurisprudencia laboral uruguaya posterior a la Recomendación n. 198 de OIT. ¹⁰⁶

Si bien mayoritariamente la jurisprudencia laboral uruguaya se mantiene apegada al criterio de la subordinación jurídica como excluyente y definitorio de la relación de trabajo objeto del Derecho del Trabajo, se detectan algunas sentencias relativamente recientes que además de cuestionarse el “aggiornamiento” del mismo, han dado paso a nuevos argumentos: gravitando los indicadores de la Recomendación n. 198 de OIT, analizando la tensión entre principios constitucionales; y re-posicionando la subordinación jurídica.

¹⁰⁶ Debe precisarse el mecanismo de ubicación de la información. Las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones que se citan, han sido ubicadas en la Base Nacional de Jurisprudencia Pública del Poder Judicial (bjn.poderjudicial.gub.uy). Otro procedimiento de recolección tuvieron que recorrer las de primera instancia, tanto de Montevideo como del interior del país, que fueron solicitadas directamente a cada una de las Sedes dictaminantes. Ello por cuanto no han sido recogidas aún por la BNJ. En consecuencia debe prevenirse que de ningún modo pueda entenderse agotada la búsqueda ni descartada la existencia de otras. Situación que bien justificaría la profundización de esta presentación.

4.1. La Recomendación n. 198 de OIT como fundamento de la calificación del vínculo.

Se relevan un grupo de sentencia que valiéndose de la Recomendación n. 198 de OIT, comienzan a trazar una nueva línea jurisprudencial. Algunas, buscando los indicadores de la Recomendación entre los hechos ilustrados en el proceso, otras que desmoronando el paradigma admiten el abatimiento de la trascendencia del criterio de la subordinación jurídica.

¹⁰⁷ Pero todas, irrogándole al conjunto e individualmente a cada uno de los indicadores detectados un valor argumental sintomático. Proceder que sin duda respeta el tenor de la Recomendación, en tanto los enuncia como principales (art. 9 cap. II), posibles (art. 11 cap. III), a título de ejemplo (art. 12 cap. II)

En un caso en el que se debatía la naturaleza del vínculo – relación de trabajo *versus* arrendamiento de servicios – entre un médico que cumplía mas de una función para una cooperativa de asistencia médica en la ciudad de Rivera, la sentencia de primera instancia n. 8/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de 5to. Turno de Rivera a cargo de la Dra. Adriana Morosini analizó uno a uno los indicios de la Recomendación. Pero hizo hincapié en la inserción como argumento calificador y falló acogiendo la demanda. Relevó que el médico reclamante que se desempeñaba como intensivista rotulado por la institución de asistencia médica como una arrendatario de servicios, se encontraba inmerso en la estructura funcional de la mutualista en la medida que: cumplía funciones de coordinador del C.T.I., dependía jerárquicamente de la Dirección Técnica de la institución, daba órdenes, coordinaba y controlaba a los otros médicos intensivistas, licenciadas y auxiliares de enfermería de dicho servicio; coordinaba los tratamientos de pacientes internados. ¹⁰⁸ En la de segunda instancia n. 321/2013 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno, se suscitaron dos discordias totales, e integrada la Sala fue confirmada parcialmente la del grado anterior manteniendo la calificación del vínculo por los mismos fundamentos. ¹⁰⁹ Promovido recursos de casación por ambas partes, fueron resueltos por la n. 472/2014 redactada por el Dr. Jorge Chediak, que amparó por mayoría, con dos discordias, los agravios de la parte demanda y

¹⁰⁷ Raso Delgue, Juan.” La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia de Uruguay” versión en internet pag. 11. Rivas Ana Gabriela. “Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya” en rev. Derecho Laboral. N. 244 pag. 693 y sgtes.

¹⁰⁸ La sentencia de primera instancia está inédita.

¹⁰⁹ Las discordias totales de dos de los integrantes naturales de la Sala y parcial de uno de los Ministros sorteados para la integración, determinaron que la búsqueda del número de voluntades necesarias, en la sentencia de segunda instancia intervinieran seis Magistrados.

casó la de segunda instancia y desestimó la demanda. A los efectos que se investigan, resulta interesante reparar en el fundamento medular de la sentencia en mayoría y de las discordias. El fundamento invocado por los Ministros firmantes de la sentencias refirió a la ausencia de prueba de subordinación jurídica, en el entendido que este, "...es el elemento típico por excelencia que permite identificar el contrato de trabajo y diferenciarlo de otras figuras similares..." Una de las discordias, la del Dr. Jorge Ruibal sufragó por el rechazo del recurso y confirmación de la sentencia del "ad quem" con fundamentos en la misma doctrina que la Sala en mayoría pero valorando la prueba en forma diversa en tanto expresó que "...a fin de caracterizar un contrato como laboral, es preciso verificar la existencia de los elementos que la doctrina ha reputado como esenciales: actividad personal, onerosidad, durabilidad, continuidad, exclusividad y fundamentalmente subordinación sobre todo en su aspecto jurídico, como contrapartida del poder de dirección que tiene el patrono para dirigir la actividad de su empleado cuando lo crea necesario..." Por su parte la discordia del Dr. Ricardo Pérez Manrique también sufragó por la confirmatoria en la calificación del vínculo jurídico como relación de trabajo expresando que "... la situación de autos debe ser analizada a partir del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales y específicamente la Recomendación No. 198 de la OIT criterio de interpretación de aplicación a casos como el de autos (Cfme. Héctor Hugo Barbagelata "El Bloque de Constitucionalidad de los Derechos Humanos Laborales", págs. 237-238)" Y agrega que "...Se comparte con la Sala en mayoría que existen dos elementos que inciden significativamente en tal decisión: la inserción del trabajador en la empresa, y la ausencia de justificación razonable para colocar su prestación del trabajo al margen de la protección del derecho del trabajo. Ello por cuanto no surgen de autos razones que hubieran determinado al reclamante colocarse fuera del estatuto de protección en situación distinta a la que se hallaba respecto de la función de médico internista y de policlínica, máxime cuando surge de autos que el actor nunca suscribió el contrato de arrendamiento de servicios con la demandada, lo que determina asimismo se desestime el agravio referido a la incidencia del principio de buena fe en el subexamine"... "A mi criterio el principio de realidad lleva a concluir en este caso que la posición de la demandada no es ajustada a derecho, configurándose hipótesis en que se utiliza la figura del arrendamiento de servicios para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales en perjuicio del trabajador y de los organismos previsionales"

1. La sentencia nro. 209/2010 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, redactada por el Dr. Fernando Cardinal, resuelve la competencia para entender en segunda instancia en una acción de amparo regulada por la ley 17.940, contra la Intendencia de Maldonado, invocando la Recomendación n. 198 como instrumento de interpretación del ordenamiento interno y en tanto integrante del bloque constitucional y por ende como desarrollo del art. 53 de la Constitución.

2. De la misma Sala y por el mismo Redactor, la sentencia nro. 147/2010 se expide sobre la naturaleza jurídica del vínculo trabado denominado contrato de “cachet” entre un periodista y el Ministerio de Educación y Cultura, expresando que si bien la Recomendación n.198 carece de fuerza normativa, opera como marco interpretativo del derecho interno (del art. 319 de la ley 17.296)

3. Un grupo de sentencias a partir del año 2009, utilizan la Recomendación n. 198 de OIT como fundamento principal para la calificación del vínculo jurídico que compromete trabajo, haciendo hincapié en su valor jurídico como expresión de la doctrina mas recibida por su condición de exponente de la conciencia jurídica universal.¹¹⁰

De los indicadores de la Recomendación n.198, el mas frecuentemente invocado es el de la *inserción* del trabajador en la organización de la empresa, como un eslabón mas de la cadena del proceso productivo o de la estructuración de la actividad empresarial, e incluso ha resultado decisivo en algunos casos.¹¹¹¹¹²

¹¹⁰ Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno. Año 2009: sentencias nros. 204/2009; 174/2009, 195/2009. Año 2010 sentencias nros.: 103/2010, 180/2010, 213/2010, 230/2010, 231/2010, 251/2010, 380/2010, 427/2010, 446/2010, 448/2010, ,536/2010; Año 2011 sentencias nros: 51/2011, 67/2011, 73/2011, 85/2011, 128/2011, 153/2011, 173/2011, 338/2011, 383/2011, 388/2011, 428/2011, 442/2011, 444/2011, 446/2011, 513/2011, 530/2011; Año 2012 sentencias nros: 58/2012, 102/2012, 108/2012, 125/2012, 133/2012, 147/2012, 161/2012, 163/2012, 211/2012, 232/2012, 238/2012, 256/2012, 257/2012, 295/2012 297/2012, 327/2012, 328/2012, 356/2012, 372/2012, 387/2012, 428/2012, 442/2012, 477/2012, 492/2012, 508/2012, 517/2012, , 536/2012, 537/2012; Año 2013 sentencias nros. 2/2013, 20/2012 61/2013, 80/2013, 84/2013, 94/2013, 147/2013, 163/2013, 190/2013, 215/2013 217/2013, 217/2013, 218/2013, 235/2013, 314/2013, 316/2013, 325/2014, 0012-350/2013, 360/2013, 0012-364/2013,, 443/2013; Año 2014 sentencias nros. , 0012-5/2014, 0012-12/2014, 0012-25/2014, 0012-56/2014, 0012-89/2014, 0012-96/2014, 0012-112/2014, 0012-113/2014, 0012-122/2014, 0012-127/2014, 0012-144/2014, 0012-171/2014, 0012-04/2014, 0012-340/2014, 0012-256/2014, 0012-365/2014. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 4to. Turno. Año 2013. 0511-321/2013, 0511364/2013, 0511-365/2013. Todas las sentencias citadas, de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales de Apelaciones de Trabajo pueden verse en texto íntegro en la base de jurisprudencia abierta y gratuita del Poder Judicial : *bjn.poderjudicial.gub.uy*

¹¹¹ Daniel Rivas en op. Cit Los indicios de la subordinación, pag. 83 relevó este indicador en la jurisprudencia uruguaya anterior a la Recomendación n. 198 de OIT.

¹¹² Entre ellas del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno: nros: 383/2011, 388/2011, 383/2011, 102/2012,295/2012, 133/2012,232/2012, 238/2012, 422/2012 , 536/2012, 12-100024/2013, 12-000080/2013, 12-000094/2013, 12-00147/2013,y discordia a en sentencia n. 692/2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er. Turno

Dentro de este grupo vale señalar un caso que se tramitó en dos instancias y casación. Los hechos del proceso dieron cuenta de que la demandante es una señora que al tiempo de la demanda es viuda de un empleado de un club deportivo de la ciudad de Salto. Su esposo trabajaba para el club siendo categorizado por esta como “canchero de segunda”, categoría que conforme la descripción correspondiente implicaba el mantenimiento, limpieza control y vigilancia de canchas y gimnasios y otras áreas similares. La familia del canchero, esposa e hijos, vivían en el local del club deportivo. La viuda alegó haberse ocupado de lavar toda la indumentaria deportiva de las distintas divisionales que su esposo entregaba limpia a cada una. Cuando falleció el canchero de segunda, la demandante dejó de lavar la indumentaria y primero pasó a hacerlo gratuitamente y para todas las divisionales, una hinchable del club y más tarde, esta continuó haciéndolo para el plantel superior y el trabajador que sucedió al fallecido, pasó a ocuparse de lavar la de los juveniles. La demandante se autocalificó como trabajadora dependiente del club por el lavado de la indumentaria ; y la demandada, alegó desconocer que la actora realizaba tal tarea pero admitió que el fallecido se ocupaba de entregar la ropa limpia, y calificó la actividad de la actora a lo sumo como colaboración con su esposo.

La sentencia de primera instancia n. 129/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de 6to. Turno dictada por la Dra. Raquel Gini desestimó la demanda sobre el argumento principal de la ausencia de prueba de hechos que ilustraran la subordinación jurídica, indicando que las tareas que realizaba tanto la actora como sus hijos eran de colaboración con el trabajador canchero fallecido en calidad de esposa e hijos lo que resultaba totalmente lógico atendiendo a que toda la familia residía en el club. Hizo hincapié además en que, había resultado probado que lavaba la ropa del club junto con la de la familia y que el club no le había abonado salario alguno durante los veinte años que vivieron allí ni ésta lo había solicitado.

La sentencia de segunda instancia n. 530/2011 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno revocó y amparó la demandada calificando a la demandante como trabajadora dependiente del club argumentando principalmente que la incontrovertida tarea del lavado de la indumentaria deportiva de las distintas divisionales del club, que no pertenecía a la categoría de canchero de segunda del trabajador fallecido, las había realizado en directo beneficio del club ya que formaba parte del engranaje de funcionamiento y objetivo social del club, revelando el criterio de la inserción que indica la Recomendación n. 198 de OIT. Además de haberle reportado un beneficio directo al club y corriendo éste con los

riesgos financieros de la tarea. En consecuencia la sentencia de alzada utilizó como argumentos principales, la prueba de hechos que revelaban dos elementos: la inserción en la estructura de funcionamiento de la demandada y la ajenidad.

La sentencia dictada en casación n. 645/2012 redactada por el Dr. Jorge Larriueux confirmó en mayoría, con una discordias, la de segunda instancia. También consideró como punto central del debate, la individualización del beneficiario de la tareas de la actora. Partiendo del principio de primacía de la realidad y sin dejar de reconocer la complejidad del caso, la Suprema Corte de Justicia indicó que si bien el vínculo de subordinación es un elemento relevante y en el caso no se había logrado acreditar. Sí, se había ilustrado en su lugar que la actora prestaba un servicio personal por cuenta ajena que nunca había sido remunerado. Y en base a este argumento principal desestimo el recurso de casación, quedando entonces firme la sentencia de segunda instancia.¹¹³

En cuanto a la discordia del Dr. Jorge Chediak, se pronunció por amparar la casación y confirmar la sentencia de primera instancia, invocando como argumento medular que lo que interesa fundamentalmente en el contrato de trabajo es que el servicio cualquiera sea su naturaleza se preste en forma subordinada. Señaló que en autos la prueba producida era prácticamente solo testimonial no habiéndose recabado prueba documental que siquiera intentara acreditar las afirmaciones de la actora. Destaca la discordia que no surge acreditada la subordinación que resulta indispensable para poder calificar el vínculo como relación laboral, ya que no hay prueba de que la demandada le impartiera órdenes a la actora ni que la remunerara por ese larguísimo período de tiempo, correspondía aplicar la teoría de los actos propios.

Como viene de verse, la Suprema Corte de Justicia por mayoría, en este caso marginó totalmente la trascendencia al elemento subordinación jurídica que otrora fuera signado por la propia Corporación como el más típico de la relación de trabajo. A tal punto que afirmó tajantemente que no estaba probada la subordinación, pero, re valoró, otros indicadores que también habían sido sindicados como típicos por la doctrina: el trabajo prestado en beneficio de otro en forma personal y sin correr con los riesgos. Ello aún en ausencia de subordinación, referencia que debe entenderse como sin subordinación jurídica. Por lo que , en este caso la Suprema Corte de Justicia calificó como relación de trabajo un vínculo que comprometió trabajo en forma personal, en términos de ajenidad y directamente en beneficio de otro, y sin haberlo retribuido durante tantos años, a pesar de la ausencia de prueba de la subordinación.

¹¹³ El Dr. Daniel Gutiérrez acompañó a la mayoría de la Sala argumentando que el impugnante no había atacado los fundamentos de la sentencia atacada.

Pareció inclinarse entonces, por lo que la doctrina ha llamado el fin del discurso único de la subordinación.¹¹⁴¹¹⁵

4. También en primera instancia se relevan sentencias que parten de la Recomendación n. 198 de OIT como modelo normativo.

Las sentencias nros. 7/2012, 55/2012, 56/2012, 67/2012¹¹⁶, 78/2012¹¹⁷, 55/2013¹¹⁸ y 46/2014¹¹⁹ dictadas por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 1er. Turno a cargo de la Dra. Verónica Scavone, califican la naturaleza del vínculo jurídico que compromete trabajo. Sostiene, en fundamento común a todas, que ante la inexistencia de norma específica interna que defina la relación de trabajo ni indique indicios de la misma, corresponde acudir a los instrumentos internacionales tales como la Recomendación n. 198. Entonces en cada una de ellas analiza la presencia de los indicadores de la Recomendación así como el grado de libertad del prestador del trabajo para pactar y la existencia de la ventaja que habría movilitado su voluntad para colocarse por fuera del Derecho del Trabajo.

Las sentencias nros. 58/2012, 60/2012, 88/2012, y 21/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 2do. Turno, dictadas por la Dra. Lina Fernández Lembo resuelven la naturaleza del vínculo jurídico analizando los indicios que plantea la dogmática nacional clásica. En la última sentencia citada indica que la Recomendación n. 198 plantea indicadores tanto para determinar la existencia o no de vinculación laboral directa, típica entre un sujeto y quien dice ser empleado como para ser aplicada a otras situaciones como las relaciones triangulares, que se verifican a vía de ejemplo en hipótesis de tercerización y trabajo para-subordinado. Entonces, el elemento “inserción en la organización de la estructura productiva” podría sumarse pero no desplazar la necesidad de detectar el elemento subordinación. Por lo que concluye que, aun admitiendo lo opinable del punto, la inserción en la estructura productiva, carece de aptitud y rendimiento conceptual para desplazar el criterio tradicional de la subordinación por cuanto, como destacan los

¹¹⁴ Barretto Ghione, Hugo. op. Cit. “La determinación de la ...” pag. 96.,

¹¹⁵ En Uruguay existe un órgano superior de justicia, la Suprema Corte de Justicia, que tiene competencia exclusiva en materia de casación, y no tiene especialización por materias divididas en Salas.

¹¹⁶ Todas estas resuelven un conflicto de calificación del vínculo entre relación de trabajo y arrendamiento de servicios.

¹¹⁷ Resuelve el conflicto de calificación entre relación de trabajo y accionista de la sociedad anónima demandada.

¹¹⁸ Resuelve el conflicto de calificación entre relación de trabajo y arrendamiento de servicios.

¹¹⁹ Este caso trata de quien se consideró empleada y socia de la cooperativa demandada y en consecuencia reclamó la condena en indemnización por despido. Ante la controversia respecto de la calificación como empleada y la detección por la sentencia de hechos que respaldaban una u otra calificación, sostuvo que el elemento inserción resultaba vital para resolver el conflicto en la medida que la reclamante nunca había ocupado cargos de gestión en la cooperativa.

impugnadores del concepto en su significación como nota definitoria de la relación laboral, se trata de un elemento ajeno al aspecto obligacional, jurídico, que es el que ha de resultar determinante para la categorización de una vinculación como laboral o no. Concluyó descalificando el vínculo como relación de trabajo.

La sentencia n. 93/2012 dictada por el Juzgado Letrado de Instancia Única de 3er. Turno a cargo de la Dra. Ana Gabriela Rivas, calificó el vínculo como relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo en un caso en el que el reclamante había prestado servicios para una cooperativa. El promotor sostenía su condición de trabajador inmerso en una relación de trabajo y el demandado, si bien admitía el trabajo prestado alegaba su condición de socio cooperativista. La sentencia valoró en conjunto los indicios clásicos pero sumó al análisis los indicios señalados en la Recomendación n. 198 de OIT y entre ellos especialmente a la inserción en la organización de la cooperativa.¹²⁰ Concluyó fallando por la configuración de relación de trabajo.

En el caso resuelto por sentencia n.51/2013 de la misma sede y juez, la argumentación siguió un derrotero similar. Se afilió a la doctrina clásica en cuanto a la fuerza excluyente del elemento subordinación jurídica, pero también analizó los restantes indicadores sugeridos por la Recomendación. Entendió probado que las tareas del actor consistían en cobrar las colaboraciones que brindaban amigos y allegados de una asociación sin fines de lucro, rindiendo cuentas una vez por mes cuando él mismo lo resolviera, percibiendo comisión sobre lo cobrado, utilizando su vehículo para desplazarse respecto del que corría con todos los gastos. La sentencia ponderó por un lado, que prestaba trabajo para otro – la institución – pero por otro, que se relevaban indicios de una subordinación mínima, ajenedad en los riesgos, y prácticamente total desconexión con la organización de la demandada concluyendo en la ausencia del elemento inserción. Concluyó desestimando la calificación como relación de trabajo.

La sentencia n. 82/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno a cargo de la Dra. María del Carmen Corujo abordó el rol de dos trabajadores que se ocupaban del mantenimiento del sistema informático de la empresa conociendo solo ellos las claves de acceso. El argumento principal de la decisión que los calificó como trabajadores dependientes rechazando la calidad de trabajadores titulares de empresas unipersonales según había invocado la demandada, consistió en que la labor de ambos, constituía el soporte fundamental de la organización de aquella que se dedicaba a servicio de radiotaxi las

¹²⁰ Publicada en la rev. Derecho Laboral n. 250 pag. 213 con comentario a cargo de Héctor Zapirain.

veinticuatro horas del día. Coadyuvó presentando la misma incidencia, la constatación de la ajenidad en los riesgos de la actividad en tanto la demandada era quien les proporcionaba todos los materiales e insumos para la tarea. ¹²¹ Concluyó calificando el vínculo como relación de trabajo.

Las sentencias nros. 24/2013¹²² y 8/2014 ¹²³ del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 21 Turno, a cargo de la Dra. Cecilia Shroeder, parten de la guía de los indicadores de la Recomendación n. 198 y buscan en cada caso, la prueba de hechos que revelen uno o varios de ellos. En ambas, concluyó en la configuración de relación de trabajo.

La sentencia n. 5/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Cerro Largo de 5to. Turno dictada por la Dra. Inés Peralta, resolvió un caso en el que el trabajador se hacía sustituir por su esposa cuando estaba enfermo y ponía su vehículo para trabajar costeadando todos sus gastos. Esto es, un caso en el que ni existía actividad personal ni total ajenidad en los riesgos, pero operaba de contrapeso decisivo que el trabajador se insertara en el engranaje organizativo de la empresa interactuando con otros trabajadores admitidos como dependientes y vendiera los productos a los clientes de la empresa. Y concluyó en la calificación del vínculo como relación de trabajo.

La sentencia n. 83/2012 dictada por la Dra. Mónica Ivanovich a cargo del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 3er Turno investigó la prueba de hechos que revelaran tanto los indicios en su presentación clásica como en el tenor de la Recomendación n. 198. Realizó un juicio de ponderación de diversos aspectos del vínculo que surgían de la ilustración de hechos que permitían deducir: la posibilidad de existencia de instrucciones y control de la tarea desarrollada por el actor, la integración del mismo en la organización de la empresa, - en la función de repartidor de pedidos del local gastronómico - la realización del trabajo en beneficio ajeno (lo que importó a los demandados expandir su clientela), la realización del trabajo en un lugar y tiempo indicados y autorizados por quienes se beneficiaron del mismo, la duración y continuidad de la labor, la disponibilidad del

¹²¹ Sentencia n. 82/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno, Dra. María del Carmen Corujo publicada en rev. Derecho Laboral n.248 pag. 783.

¹²² Este caso refiere a un vínculo entre quienes confeccionan prendas de vestir a domicilio para la demandada y se entienden inmersos en una relación de trabajo y quien lo encarga y recibe que lo califica como arrendamiento de obra.

¹²³ El caso refiere a quien se autocalificó como empleado de un grupo de empresas que según dijo eran titulares de una radio, indicando que fue contratado como periodista y productor pero que en el curso de los años se le fueron agregando tareas. Sostuvo además que durante ciertos períodos se lo incorporó en la planilla de trabajo de una de ellas y en otros se le dio tratamiento de trabajador independiente. Por su parte todas las co demandada alegaron su falta de legitimación pasiva calificando el vínculo como arrendamiento de servicios.

trabajador, la periodicidad de la remuneración, y aún, que utilizaba su moto y costeaba los gastos. Concluyó calificando el vínculo como relación de trabajo.

4.2. Principio de protección y estatuto; y principio de libertad para contratar.

Se releva un elenco de sentencias que analizando la tensión entre los dos principios – de protección y de libertad para contratar – indagan acerca de la existencia de una *justificación razonable* que explique acabadamente, que a quien trabajó le interesara colocarse por fuera de la protección especial del Derecho del Trabajo.¹²⁴

En primera instancia un caso en que la trabajadora alegaba su condición de dependiente cumpliendo funciones tanto de licenciada en enfermería como de podóloga y la demandada solo la admitía por la primera calificando la segunda como un arrendamiento de servicios, la sentencia n. 89/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 4to. Turno, Dra. Gabriela Rodríguez Fagián valoró a favor del planteo de la primera que:

no es lógico ni coherente, un “desmembramiento” o una “disociación” en la calificación jurídica de la contratación de la actora como podóloga en la institución. Debe optarse entonces por una solución “integral” de la calificación jurídica del vínculo entre las partes, y esa solución integradora en el caso, no es otra que recurrir al estatuto del trabajador dependiente que ofrece mayor protección al sujeto que compromete su fuerza de trabajo....

Tal conclusión obedece además, a que no hay explicación racional que justifique que la actora haya optado por una modalidad de contratación menos protectora..., además de no apreciarse..., las claras razones o ventajas que la hubieran inducido a contratar bajo la modalidad del arrendamiento de servicios, cuando de infolios emerge que ni siquiera podía afiliarse por ejemplo a la Caja Profesional por no estar incluida la tecnicatura de podólogo dentro de las profesiones incluidas en dicha caja paraestatal...; por lo que ni siquiera puede argumentarse que podría eventualmente beneficiarse con otra jubilación bajo otro sistema de aportes.

Conclusiones

El Derecho del Trabajo en Uruguay se construye satisfaciendo la garantía de protección constitucional del trabajo. Tutela que no se agota en el texto constitucional sino que encuentra amplio reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tanto en instrumentos regionales como universales.

¹²⁴ Sentencias del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno nros. 251/2010, 96/2012, 133/2012; 410/2012; 17/2012; 12-000024/2012; 12-000080/2012; 12-000190/2013; 12-10.0055/2012; 49/2012.

En un ordenamiento jurídico como el uruguayo, teniendo especialmente en cuenta los arts. 53 y 54 de la Carta, la puerta de entrada del estatuto del Derecho del Trabajo – o por lo menos una de ellas -, es la relación de trabajo. De allí la trascendencia de su determinación. La calificación del vínculo que compromete trabajo, como relación de trabajo, dispara en cascada el estatuto protector.

Pero el principio protector convive con el principio de libertad en su proyección de la elección de la forma para comprometer la fuerza de trabajo. Vale decir, de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, una controversia jurisdiccional acerca de la naturaleza del vínculo que compromete trabajo humano, supone, necesariamente, cuestionamiento, análisis y fundamentación, acerca del grado de libertad con la que actúan las partes tanto al tiempo de pactar como de ejecutar las obligaciones asumidas. Ésta, es tarea difícil para el juez. Porque los dos principios – tutela y libertad – derivan de la dignidad humana y al enfrentarse como consecuencia de las posiciones discrepantes de los litigantes, el juez se verá enfrentado a descubrir los hechos que justifiquen que en el caso, un principio ceda frente al otro.

Ahora, partiendo que el hombre actúa razonablemente, a priori no se podría justificar o siquiera comprender que prefiriera, aceptara o aún adhiriera a ser parte de un vínculo jurídico desprovisto de toda tutela especial. No es razonable que actúe prefiriendo comprometer los frutos de su trabajo en un medio de riesgos cuando estaba a su alcance optar por la ajenidad de los mismos. Claro, salvo que se releve una razón muy potente que permitiera apreciar que por lo menos a la hora del resultado final saldría muy favorecido. En este sentido, solo detectando hechos que aportaran una explicación razonable para el despojo del Derecho protector podría admitirse la calificación como trabajo independiente bajo otras formas contractuales. De allí que los hechos deberían demostrar las ventajas del trabajo al margen del Derecho del Trabajo para que el diferendo pudiera volcarse – legítimamente – a favor de la calificación de relación jurídica civil o comercial verdadera.

De lo contrario, debe preferirse la calificación como relación de trabajo aún en casos de ordenamientos jurídicos en los que no exista presunción legal de laboralidad, haciendo operar una presunción judicial derivada de que el hombre actúa bajo la égida de la razón.

En Uruguay, en una primera etapa de un proceso no acabado, ante la ausencia de presunción legal de laboralidad, la jurisprudencia a través de la casuística fue elaborando un abanico de indicios móviles, cada uno de ellos con mayor o menor trascendencia dependiendo de la situación concreta, que encastrados cual pieza de rompecabezas enlazados por un hilo

argumental, dibujaban el concepto de subordinación en torno al cual se asentaba la relación de trabajo. Estos, sistematizados luego por la doctrina operaron como modelos normativos.

El cambio de las relaciones laborales, determinó la aparición mas o menos constante de nuevas modalidades de presentación de los indicios así como el re posicionamiento de los clásicos. En el proceso de sistematización en curso de estas nuevas “normalidades” ha actuado como guía la Recomendación n. 198 de OIT en rol de herramienta de interpretación de la “relación de trabajo o servicio “que invoca la Constitución.

La forma de aprobación de una recomendación en el seno de la Conferencia de la OIT por dos tercios de votos de los presentes determina considerarla a pesar de carecer de fuerza vinculante, como un instrumento de derecho internacional de trabajo exponente del pensamiento de la mayoría de los Estados miembros de la OIT.

Puede detectarse una nueva tendencia jurisprudencial que partiendo del modelo de las relaciones de laborales del presente, del mandato de tutela constitucional, estimando los indicios presentados por la Recomendación n. 198 como supuestos normativos, y acompañando a la también nueva dogmática, viene perfilando un nuevo paradigma en la optimización del principio de “protección del trabajo” (art. 53) y en la interpretación del concepto de “relación de trabajo o servicio” (art.54). Poniendo énfasis a la hora de la instrucción del caso, en el análisis del grado de libertad con el que actuaron los sujetos involucrados, tanto a la hora de la programación del vínculo como a la hora de su ejecución. Preguntándose como guía en la indagatoria de hechos que colaboraran a la calificación del vínculo: Primero: ¿existió razonable ventaja para el trabajador – prestador del trabajo, para elegir, o tolerar, quedar al margen de la de la protección del Derecho del Trabajo? Segundo: ese hombre trabajador ¿fue libre de elegir o tolerar?

Referencias

BARBAGELATA, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento jus laboralista. Editorial F.C.U. 2009

BARBAGELATA, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T.1 Vol I

BARBAGELATA, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T I Vol 2

BARBAGELATA, Héctor Hugo. El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. marzo 2009

BARRETTO GHIONE, Hugo. “Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal” en Rev. de la Facultad de Derecho n. 31. En Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte

BARRETTO GHIONE, Hugo. Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo” en AA.VV. El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008

BARRETTO GHIONE, Hugo. “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación n. 198 de OIT y el fin del discurso único de la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 225

BEAUDONET, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” en rev. Derecho Laboral n. 238 llamada n. 2

BEAUDONET, Xavier. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales” en Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho. Cinterfor OIT 2011

BEAUDONET, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” En rev. Derecho Laboral n. 238

BRONSTEIN Arturo. “Ambito de la relación de trabajo: el debate en la OIT. En La Subordinación o dependencia en el Contrato de Trabajo en el Proceso de Transformación de la Empresa. LexisNexis. Chile

BUSNELLI, Francesco Donato “¿Cómo codificar. El Método” trabajo on line <http://www.adndresbello.org> , traducción del francés por Mauricio Tapia

DE FERRARI, Francisco. “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15

DE FERRARI, Francisco. “Trabajo intelectual y contrato de trabajo” rev. Derecho Laboral t.II

DURAND, Paul y GARCÍA, Alonso en Curso de Derecho Laboral T.1 VolII Ed. Acali 1979

ERMIDA URIARTE, Oscar. “El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y la Seguridad Social” en Rev. de Derecho Tributario n. 52 Tomo X

ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)” en rev. Derecho Laboral n. 223

ERMIDA URIARTE, Oscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 241

ERMIDA URIARTE, Oscar. “Aplicacao das normas internacionais do trabalho” en Revista do Advogado N. 110.Sao Paulo 2010

MACHADO, Sidnei, A noção de subordinação jurídica. Uma perspectiva reconstrutiva. Ed. LTR Sao Paulo. 2009

MANTERO, Ricardo. “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico.” En Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. FCU. agosto 2000

MÁRQUEZ Martha – BEÑARÁN, Pilar. “Trabajadores parasubordinados” en Cuarenta y dos Estudios sobre Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. FCU. agosto 2000

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “El equilibrio estructural del Derecho del Trabajo y sus amenazas” en rev. Laborem13/2013. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial El Buho EIRL 2013

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso de Derecho Laboral. T.II v.I

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. en “Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios” rev. Derecho Laboral n. 204

RASO DELGUE, Juan. La contratación atípica del trabajo. FCU 2da edición

RIBEIRO, Paulo Emilio. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999

RISSO FERRAND, Martín. Derecho Constitucional Tomo I

RIVAS, Daniel. “Los indicios del trabajo subordinado” en rev. Judicatura n. 36 pag 82; La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996

RIVAS, Daniel. La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996

RIVAS, Ana Gabriela. “Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya” en rev.Derecho Laboral. N. 244

ROSSI ALBERT, Rosina. “La Recomendación n. 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo: impacto en la jurisprudencia uruguaya.” en rev. Derecho Laboral. N. 256

ROSSI ALBERT, Rosina. Corujo Milán, Maria del Carmen. “Subordinación. Estudio comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil.” En Cuadernos da Escola Judicial do TRT da 4ta. Regiao. TRT 4to. Universidad de la República. Uruguay. Año 4 N. 7. 2012

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en Perú” en rev. Laborem. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N. 3 año 2003

SARLO, Oscar. “Sobre la noción de igualdad. Algunas cuestiones filosóficas y lingüísticas relativas a la misma” en AA.VV. El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008