

Revista Latinoamericana de Derecho Social

Humberto Villasmil Prieto

< >

**PASADO Y PRESENTE DEL DERECHO LABORAL
LATINOAMERICANO Y LAS VICISITUDES
DE LA RELACIÓN DE TRABAJO
(Segunda parte)**

*PAST AND PRESENT OF LABOUR LAW IN LATINAMERICA
AND THE MISHAPS OF THE EMPLOYMENT
RELATIONSHIP*

*PASSÉ ET PRESENT DU DROIT DU TRAVAIL LATINO-AMERICAIN
ET LES VICISSITUDES DE LA RELATION
DU TRAVAIL*

Humberto VILLASMIL PRIETO

RESUMEN: La irrupción, al final del siglo XIX, de un discurso garantista fue el marco de referencia del nacimiento del derecho latinoamericano del trabajo (DLT). Fue éste, desde su nacimiento, un derecho heterónimo y garantista; que cubriría progresivamente todo el ámbito del trabajo por cuenta ajena; que se constitucionalizó, en las primeras décadas del siglo pasado, con la Constitución de Querétaro (1917); que se levantó sobre el paradigma de la subordinación; que recibió una clara influencia de la legislación internacional del trabajo y fue, por fin, un derecho intervencionista en un doble sentido: protector, a propósito de las relaciones individuales, pero controlador respecto de los derechos colectivos. Las legislaciones fundacionales del DLT se dieron al comienzo del siglo pasado, si bien hubo antecedentes anteriores muy relevantes. La codificación del DLT fue un proceso que se inicia en 1931, con la Ley Federal del Trabajo de México y el Código Chileno del Trabajo y termina en El Salvador con el Código del Trabajo de 1963. El clásico DLT, levantado desde una visión fordista de las relaciones de trabajo, supuso una ordenación del trabajo pensada desde un modelo industrial de producción en serie de bienes y de servicios. Estos paradigmas se han redefinido y el DLT busca acomodarse a un nuevo contexto social y jurídico. La

crisis del derecho del trabajo del posfordismo es sobre todo una crisis signada por la reducción del ámbito de aplicación de la legislación protectora el trabajo.

Palabras clave: derecho del trabajo latinoamericano, legislación laboral, historia del derecho laboral, relación de trabajo.

ABSTRACT: The irruption towards the end of the XIXth century of a guarantees law speech was the frame of reference for the birth of the Latin-American Labour Law (LLL). It was, from its birth, a heteronomous and guarantees Law; it would progressively cover every aspect of labour on its own account; it was constitutionalised, in the first decade of the last century, with the constitution of Queretaro (1917); it raised over the paradigm of subordination; it received a clear influence from the international labour law and finally, in a double sense, it was an interventionist Law: protective, in the case of individual relationships but, controlling, in respect to the collective rights. The foundational legislations of the LLL came to be at the end of the last century, although there were previous antecedents that are relevant. The codification of the LLL was a process that started in 1931 with the Mexican Federal Law of Labour and the Chilean Code of Labour and culminated in El Salvador with the Code of Labour of 1963. The classic LLL, raised from a fordism vision of labour relations, assumed a work setup that was thought of from the point of view of an industrial model of production in series of goods and services. These paradigms have been redefined and the LLL is looking to accommodate itself to a new social and juridical context. The crisis of Labour Law of the post-fordism is above all a crisis signalled by the reduction of the environment in which the protective legislation of law applies.

Key Words: Latin-American Labour Law, Labour Legislation, History of the Labor Law, Relation of Work.

RÉSUMÉ: L'irruption, à la fin du XIXème siècle, d'un discours axé sur la garantie des droits, a servi de cadre à la naissance du Droit Latino-Américain du Travail (DLT). Il a été, depuis sa naissance, un Droit hétéronome et garant des droits, couvrant progressivement tout les domaines du travail salarié (dépendant ou subordonné) et a été constitutionnalisés, au cours des premières décennies du siècle dernier, par la Constitution de Querétaro (1917). Ce Droit, fondé sur le paradigme de la subordination, a reçu une nette influence de la législation internationale du travail et finalement, se trouve être un Droit interventionniste à double titre: il est d'un côté protecteur concernant les relations individuelles, et vise de l'autre le contrôle en matière de droits collectifs. Les législations fondatrices du DLT ont émergées au début du siècle dernier mais il y a eu des antécédents importants. La codification du DLT a été un processus qui a commencé en 1931 avec la Loi Fédérale du Travail du Mexique et le Code du Travail du Chili, et qui s'achève au Salvador, avec le Code du Travail de 1963. Le DLT classique, fondé sur une vision fordiste des relations de travail, a représenté un ordre du travail pensé depuis un modèle industriel de production en série des biens et des services. Ces paradigmes ont été redéfinis et le DLT cherche à s'adapter à un nouveau

contexte social et juridique. La crise du Droit du Travail du post-fordisme est surtout une crise marquée par la réduction du champ d'application de la législation protectrice du travail.

Mots-clés: Droit du travail Latino Américain, législation du travail, historial du droit du travail, relation de travail.

SUMARIO: (Primera parte) I. *El contexto del surgimiento.* II. *Los primeros órganos administrativos.* III. *El momento iniciático de la legislación sustantiva del trabajo en la América Latina.* (Segunda parte) IV. *La codificación o la legislación general del trabajo. Los míticos años treinta del siglo XX.* V. *La relación de trabajo del primer momento y del actual.* VI. *La reforma laboral en América Latina.* VII. *El vínculo entre las relaciones de trabajo precarias y la formalización de la informalidad.* VIII. *Los desafíos del derecho latinoamericano del trabajo. A modo de conclusión.*

IV. LA CODIFICACIÓN O LA LEGISLACIÓN GENERAL DEL TRABAJO. LOS MÍTICOS AÑOS TREINTA DEL SIGLO XX

En la década de los años veinte del siglo pasado, menos de 10 años después de la fundación de la OIT, se inicia en la América Latina el proceso de ratificaciones —al final masivo, como se verá— de convenios de la Organización Internacional del Trabajo. *Chile*, en 1925, es el primer país latinoamericano que ratificó, el 15 de septiembre de 1925, algún convenio de la OIT, ocho para ser exactos. Los primeros cuatro convenios, a la sazón, el Convenio 1 sobre las horas de trabajo (industria), el Convenio 3 sobre la protección de la maternidad, el Convenio 5 sobre la edad mínima (industria) y el Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de menores (industria) fueron adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en 1919, los cuatro restantes en 1921; éstos fueron: el Convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura), el Convenio 12 sobre la indemnización por accidentes de trabajo (agricultura), el Convenio 13 sobre la cerusa (pintura) y el Convenio 14 sobre el descanso semanal (industria).

De cualquier manera, y en aras de no sobredimensionar los antecedentes que se están refiriendo, conviene destacar que antes de la fundación de la OIT, en 1919, cinco países latinoamericanos habían adoptado el régimen de las ocho horas diarias de trabajo y 48 semanales: *Panamá*, en 1914 —el primer país de la región que reconoció el régimen de las ocho horas de trabajo—, *Uruguay*, en 1915, *Ecuador*, en 1916, *México* con el artículo 123 de la Constitución de 1917 y el *Perú* en enero de 1919.

Entre julio y agosto de 1928, y con poco menos de 30 años de vida republicana, *Cuba* ratifica hasta 16 convenios de la OIT: con fecha 7 de julio de 1928, los Convenios 13, de 1921, sobre la cerusa (pintura), 15, de 1921, sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 16, de 1921, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), el 22, de 1926, sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar y el Convenio 23, de 1926, sobre la repatriación de la gente de mar. Casi de inmediato, con fecha 6 de agosto de 1928, ratifica los convenios 3, de 1919, sobre

la protección de la maternidad; 4, de 1919, sobre el trabajo nocturno (mujeres); el 5, de 1919, sobre la edad mínima (industria); el 6, de 1919, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria); el 7, de 1920, sobre la edad mínima (trabajo marítimo); el 8, de 1920, sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio); el 9, de 1920, sobre la colocación de gente de mar; el 17, de 1925, sobre la indemnización por accidentes de trabajo; el 18, de 1925, sobre las enfermedades profesionales; el 19, de 1925, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), y el Convenio 20, de 1925, sobre el trabajo nocturno (panaderías). Para 1957, como apuntaba el profesor Efrén Córdova Cordobés, Cuba había ratificado hasta 59 convenios de la OIT, entonces, a la cabeza de los países latinoamericanos en esa estadística.

En la década de los treinta, el proceso de ratificaciones se acentúa visiblemente y muestra dos casos especialmente demostrativos de lo que se quiere identificar como una tendencia. Con fecha 12 de abril de 1933, *Nicaragua* ratifica 30 convenios de la OIT, en su orden, esto es, desde el Convenio 1 al Convenio 30. Otro tanto hizo *la República Oriental del Uruguay*: en fecha 6 de junio de 1933 ratifica 30 Convenios de la OIT, específicamente, y en su orden, desde el Convenio 1 sobre las horas de trabajo en la industria, de 1919, hasta el Convenio 27, sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, de 1929 y, al mismo tiempo, los convenios 30, 32 y 33.

Por su parte, el 20 de junio de 1933, *Colombia* ratifica 25 convenios de la OIT, específicamente, del 1 al 9, y del 11 al 26. La *República Argentina* con fecha 30 de noviembre de 1933, ratifica nueve convenios, a la sazón, los convenios 1 al 9 en su orden. Con fecha 26 de mayo de 1936 ratifica siete convenios más, entre los números 10 y 16, en ese orden, lo que arroja 15 convenios ratificados durante la década de los treinta y, específicamente, entre 1933 y 1936.

La *República Federativa del Brasil*, en su caso y en fecha 26 de abril de 1934, ratifica los convenios 3, 4, 5 y 6. En 1936, hace lo propio con los convenios 7, 16, 41 y 42, y el 22 de septiembre de 1938, ratifica los convenios 45, 52, 53 y 58. Como se muestra, 12 convenios en grupos de cuatro, cada vez, durante la tercera década del siglo pasado.

En 1932, *Venezuela* había ratificado su primer convenio, el Convenio 27 sobre la indicación del peso de los fardos transportados por barco de 1929, y en 1933 otros tres, los convenios 4, 6 y 13. El 4 de febrero de 1933, la *República Dominicana*, por su parte, ratifica sus cuatro primeros convenios, muy lejos todavía del Código del Trabajo de 1951 que, en razón de una enmienda primera y puntual de su texto, pasó a llamarse el Código Trujillo del Trabajo.

Lo anterior es muy relevante por lo que ello sugiere para entender y justificar una suerte de codificación de fuente internacional, primeramente, que partió de una circunstancia constatable en más de una ocasión, como ha quedado evidenciado: la ratificación *en bloque* de convenios. No en vano, hasta no hace mucho, ediciones oficiales de la OIT que compilaban

instrumentos normativos internacionales se publicaron bajo el título de Código Internacional del Trabajo.

En la práctica ese proceso de ratificaciones *en bloc*, antes que perseguir armonizar la legislación anterior, por lo demás puntual hasta entonces y todavía distante de regular, sistemáticamente al menos, aspectos tan relevantes como el derecho colectivo del trabajo, por ejemplo, supuso el pistoletazo de partida del levantamiento del edificio del derecho latinoamericano del trabajo y, especialmente, de su codificación. David H. Blerloch lo reconocía así en fecha temprana, 1941:

Puede afirmarse con justicia, sin embargo, que la parte más importante de la legislación del trabajo de la América Latina ha sido adoptada a partir de la fundación de la Organización, inspirándose directamente en los estándares fijados por la Conferencia Internacional del Trabajo, y en muchos casos después de haber consultado con los servicios técnicos de la Oficina Internacional del Trabajo...

Con él mismo, valga decir, habiendo sido Blerloch el primer oficial que tuvo a su cargo una misión de asistencia técnica en el terreno, en Venezuela, a la sazón, en 1936.

Desde luego que esa década resultó una etapa crucial en el número y ritmo de ratificaciones pero, además, porque coincide con el momento fundacional de la codificación laboral en América Latina que inicia, propiamente, el año virtuoso de 1931, con la sanción de la Ley Federal del Trabajo de México y del Código del Trabajo de Chile.

Se trata, el de la Codificación, de un proceso sostenido y de onda larga que culmina al comienzo de los años sesenta del siglo pasado, marcando un ciclo perfectamente secuencial que duró unos cuarenta años: *Chile y México*, en 1931, *Venezuela*, 1936, *Ecuador* 1938, *Bolivia* 1939, *Brasil y Costa Rica* 1943, *Nicaragua* 1945, *Guatemala y Panamá* 1947, *Colombia* 1948 y 1950, *la República Dominicana* 1951, *Honduras* 1959, *Paraguay y Haití* 1961 (Code du travail François Duvalier) y, por fin, *El Salvador* en 1963. A la fecha de hoy, sólo *Uruguay, Perú y Argentina*, no adoptaron códigos o leyes generales del trabajo, lo que no quiere decir que no cuenten —como en efecto— con una amplia legislación del trabajo y lo que no soslaya, tampoco, que algunos textos, como la Ley del Contrato de Trabajo de la República Argentina de 1976, resultase materialmente un código, al menos en lo que hace a la regulación de las relaciones individuales de trabajo.

Empero, la influencia evidente de la OIT en ese momento fundacional —más aún si se considera que un buen número de ratificaciones se produjeron antes de que la mayoría de los países latinoamericanos hubieran sancionado códigos o legislaciones generales del trabajo, según la denominación que se adoptó en cada caso, aunque sí leyes especiales sobre uno u

prevalecía una visión *dualista* del orden jurídico, en lo que atañe a explicar la relación entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno.

La misma partía de una radical diferenciación y desconexión, finalmente, entre el ordenamiento interno y el internacional, lo que con mucho debilitó, inicialmente al menos, la eficacia de las normas internacionales del trabajo (NIT's) en el ámbito jurídico nacional al postularse su naturaleza estrictamente programática y su aplicación derivada o condicionada a la sanción, *ex post*, de una ley nacional de desarrollo o reglamentación del convenio internacional. A partir de ello, y como consecuencia especialmente relevante, los convenios eran reconocidos —en general— no más que como fuentes de carácter programático; no surgían de las NIT's derechos subjetivos y, por lo tanto, les estaba negada su justiciabilidad.

Al mismo tiempo, esa secuencia de integración de las NIT's en el ordenamiento jurídico interno no siguió siempre un guion predeterminado: en una perspectiva kelseniana, entendiendo por ello un plano piramidal y descendiente de los distintos niveles de legalidad que, como tal, baja desde el punto más alto del vértice (las Constituciones o, incluso, las normas supranacionales, según el rango que en cada sistema constitucional se le asigne a una y otra), hasta las normas de rango o jerarquía inferior, los países que por la ratificación de los instrumentos incorporaron antes a su ordenamiento jurídico interno a los convenios internacionales del trabajo, estaban obligados a legislar para que la ley nacional se adaptara o resultase conciliable con las normas internacionales del trabajo.⁶⁶

Con todo, ese proceso de integración de las NIT's en el orden jurídico interno, valga la pena insistir, no siempre fue uniforme. El caso de *Chile*, en los primeros años de la década de los años veinte del siglo pasado, muestra un camino ciertamente inverso: en 1921, el presidente Arturo Alessandri Palma encarga a un notable jurista —luego primer corresponsal de la OIT en Chile, en 1937, Moisés Poblete Troncoso,⁶⁷ profesor de la Universidad de Chile, a la sazón— la redacción de un proyecto de Código del Trabajo y de Previsión Social. Este Código no se adoptó, si bien, y ya durante el gobierno del general Ibáñez del Campo, se sanciona el Código del Trabajo de 1931.⁶⁸ Este Código, que refundió en un solo texto casi todas las leyes laborales anteriores y, especialmente, las dictadas entre 1924 y 1925, excluyendo la materia de previsión social, partió lógicamente de las bases de aquel Código de 1921, que considerando su fecha, dos años después de la fundación de la OIT y cuatro años antes de la ratificación del primer convenio de la OIT por Chile, resulta admirablemente precursor. Es un tópico ya reiterar que el Código Chileno, junto a la Ley Federal del Trabajo de México, del mismo año de 1931, tuvieron una evidente influencia en el surgimiento de los códigos de trabajo latinoamericanos que comenzaron a promulgarse a partir de esa década.

El Código Chileno de 1931 decía así en sus considerandos:

...6.0. Que el gobierno de Chile, como miembro de la Organización Internacional del Trabajo y en cumplimiento de los tratados suscritos por él, está obligado a adaptar su legislación a los convenios internacionales ratificados por nuestro país y a introducir reformas legales que hagan posible la ratificación ulterior de los demás convenios aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo.

Por su parte, y en la misma orientación, el 13 de junio de 1932 el secretario de Estado de *la República de Cuba*, Orestes Ferrara Marino, dicta un Decreto en cuyos considerandos se lee:

POR CUANTO: No obstante haber ratificado Cuba 16 convenios de los concluidos por la Conferencia Internacional del Trabajo en sus distintas reuniones, no se ha procedido a adaptar nuestra legislación nacional obrera a las disposiciones de aquéllos y, observado este hecho por la referida Conferencia Internacional, reiteradamente lo ha advertido a este Centro, recordando lo que establecen los artículos 405 y 408, parte XIII, del Tratado de Versalles y los artículos correspondientes de los demás Tratados de Paz... Resuelvo: Primero: Nombrar una Comisión para que estudie y proponga la conveniente adaptación de nuestra legislación nacional obrera a las disposiciones de los Convenios concluidos por la Conferencia Internacional del Trabajo en sus distintas reuniones, en relación con aquellos que la República ha ratificado y desea poner en ¹⁵ vigor...

En un discurso pronunciado en la apertura de la tercera reunión de la Comisión Consultiva Interamericana de la Organización Internacional del Trabajo, en San José, Costa Rica, el 17 de octubre de 1972, el director general de la OIT, Wilfred Jenks, afirmaba lo siguiente, que bien puede servir de recapitulación de lo apuntado hasta ahora en relación con este punto:

Siempre ha existido una relación especial entre las Américas y la OIT. Fue precisamente en la Sala de las Américas de la Unión Panamericana en Washington DC, que se celebró hace 53 años la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Nuestras actividades regionales en el mundo fueron iniciadas hace casi 37 años en Santiago de Chile, ciudad en la que se reunió la primera conferencia regional de la OIT. Fue en las Américas, en los últimos años treinta y en los primeros años cuarenta, en donde iniciamos nuestro programa de cooperación técnica en el mundo.

V. LA RELACIÓN DE TRABAJO DEL MOMENTO INICIÁTICO Y DEL ACTUAL

Llegados hasta aquí cabe esquematizar las referencias que el primer legislador laboral latinoamericano tuvo en mente a la hora de regular el trabajo por cuenta ajena. Si se vuelve sobre todo el recorrido apuntado, parece posible intentar una aproximación que responda a este asunto a todas luces crucial. De entrada, el legislador del momento iniciático, como el de la codificación o de leyes generales, procuraba regular una relación jurídica —la de trabajo— bajo

un modelo normativo garantista y protector, esto es, orientado en la idea de procurar equilibrar el poder de los dos sujetos de la relación.

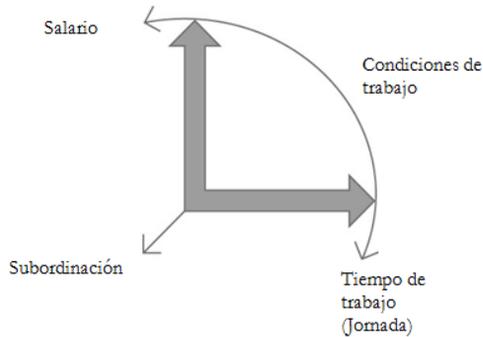
Pero esa relación se suscitaba en el ámbito de un incipiente sector secundario de la economía (de industria o de la manufactura) que se abría paso en la medida en que la región hizo suya la *teoría del crecimiento hacia adentro y de la sustitución de importaciones*, sin descuidar otros sectores de actividad, como veíamos, fuese el comercio, la agricultura o la minería. De tal suerte que esta relación jurídica que se intentaba regular se daba en un ámbito predeterminado, la empresa en su concepción tradicional, espacio donde aquella relación se desenvolvía y donde los derechos y deberes de los dos sujetos de ese vínculo se entrecruzaban.

En verdad,

[el] derecho del trabajo clásico, levantado desde las bases fundacionales del fordismo supuso, de una parte, una forma de ordenación del trabajo por cuenta ajena pensada, por sobre todo, desde un modelo industrial de producción en serie de bienes y de servicios, y de la otra, un paradigma contractual que servía de manera particular a aquel modo de producción y de ordenación del trabajo: un contrato bilateral, binario —dos partes—, a tiempo indeterminado, estable, con ¹⁶ jornada preestablecida, y con salarios de ordinario fijados con antelación.

En el vértice de las dos principales obligaciones surgidas del vínculo —salario: prestación de servicio— estaba la subordinación y las condiciones de trabajo se normaban, precisamente, a partir de aquel intercambio bilateral o sinalagmático. Siendo la de trabajo una relación cuya causa jurídica es la prestación de un servicio por cuenta ajena —que representa, por ende, el título del salario a devengar—, faltaba por agregar a la *subordinación* como el criterio delimitador del contrato de trabajo con otros contratos prestacionales. Por esto mismo, la historia de la relación de trabajo fue, en rigor, la de la subordinación y por ende no puede extrañar que la crisis que para el derecho latinoamericano del trabajo le significó la reducción del ámbito de su regulación, haya llegado de la mano de la crisis de la subordinación.

Acaso sea práctico y útil graficar lo dicho.



Estos paradigmas de muchas maneras se han redefinido: en primer lugar porque de la bilateralidad originaria de una relación de trabajo de índole contractual se transita muy frecuentemente hacia un esquema de adhesión de condiciones de trabajo predeterminadas; luego, porque hay espacios de actividad donde la eficacia del derecho laboral se ha resentido, disminuyendo visiblemente.

Ciertamente, la crisis del derecho del trabajo del posfordismo es por sobre todo una crisis de *abarcabilidad* (Goldin), de una parte, y de *intensidad* de la otra: de un lado, ve reducir horizontalmente el espacio de su regulación efectiva, esto es, el universo de las relaciones sociales que en realidad norma y, en sentido vertical, ve debilitada la eficacia de su tutela, de la protección que determina pues, donde queda todavía alguna, se le nota disminuida, se percibe un déficit de la *laboralidad*, que es en el fondo el abaratamiento del costo del trabajo por cuenta ajena y de la protección brindada a quien lo presta.

17

La crisis del modelo fordista determinó que la empresa, asumida como el centro de imputación de los derechos y obligaciones que surgen de la relación de trabajo, dejase de ser entendida como *un espacio tangible* (una hacienda) que delimita el ámbito del poder de ordenación de los factores de producción reconocido al empleador, para ser considerada, ahora y más bien, como *una actividad*, como una organización de factores, dirigida a la producción de bienes y servicios, con finalidad de lucro o no.

Ello explica, precisamente, porque uno de los indicios de la *laboralidad* más frecuente y admitido en el derecho comparado sea, precisamente, “la integración del trabajador en la organización de la empresa”, en los términos de la Recomendación 198 de la OIT de 2006¹⁸ sobre la relación de trabajo, lo que no supone un espacio, necesariamente, pero sí la organización de una actividad acomodada a un fin productivo.

Por eso mismo se viene cuestionando si el criterio de la subordinación o de la dependencia —al menos de la manera en que tradicionalmente se formuló— es capaz todavía y por sí solo de delimitar los contratos laborales de otros que no siéndolo, en puridad, tienen igualmente por objeto la prestación de servicios. Y ello es todavía más trascendental si se repara en que, la piedra fundacional para el levantamiento del derecho del trabajo latinoamericano fue, precisamente, la noción de la subordinación lo que, de otra parte, significó tradicionalmente el criterio delimitador entre los servicios incluidos y los extrañados, por el contrario, del ámbito de regulación del derecho del trabajo que históricamente resultaba así el derecho del trabajo subordinado.

Además, y ello es particularmente relevante, la empresa se ha descentralizado o externalizado en cuanto que la actividad que le es propia, acomodada a la producción de bienes y de servicios, se da, con frecuencia cada vez mayor, fuera del espacio físico de ella, si es que alguna vez lo tuvo. Bien que lo sea bajo la modalidad del *outsourcing*, la externalización propiamente, de la triangulación de relaciones de trabajo con la intermediación de empresas de trabajo temporal (ETT) o de otras modalidades de igual signo. En fin, la sociedad se ha tercerizado y ello ha impactado sensiblemente la arquitectura del derecho del trabajo.

Obvio es que la externalización o la triangulación del trabajo y de las relaciones de trabajo desde el núcleo (espacio) central de la empresa, no implica, *per se*, la inaplicación de la legislación del trabajo ni mucho menos, automáticamente, la desprotección de los trabajadores involucrados. Pero, igualmente, es claro que ese fenómeno tan recurrente y que de algún modo signa el tiempo presente de las relaciones laborales de la América Latina, viene determinando con inconveniente frecuencia la expulsión de trabajadores del ámbito de protección que la legislación laboral dispuso para normar la relación de trabajo.

Todo ello suscita una suerte de *deslaboralización* de la prestación de servicios por cuenta ajena que acarreará necesariamente, entre otras consecuencias no menos relevantes, la *descolectivización* del modelo de relaciones de trabajo, en obvio perjuicio del derecho humano fundamental de la libertad sindical, al difuminar la base social que presupone la implantación de sindicatos y, antes, el propio derecho de coalición. Los cambios en la estructura del ciclo productivo con frecuencia están determinando la fractura de la unidad del trabajo y, por ende, de la coalición.

El problema no parece reservado a la necesidad inexorable de reformas legislativas —no menos útiles a veces— antes que a un fortalecimiento de la administración del trabajo, de la función inspectora propiamente y, al mismo tiempo, de la justicia laboral.

Las relaciones triangulares de trabajo que vinculan en principio a un trabajador y a su empleador, suponen al mismo tiempo la intervención de un tercero que tradicionalmente tomaba la forma de un intermediario o de un contratista y hoy, además, del subcontratista, del

outsourcing, de empresas de trabajo temporal (ETTs), de cooperativas de trabajo asociado, de franquicias, de órdenes de servicios profesionales (OSP), en fin, de diferentes terceros que intermedian en la relación de trabajo.

Se trata de relaciones triangulares de trabajo o, como se ha generalizado, de relaciones de trabajo *tercerizadas*, en la terminología que se ha venido asumiendo, incluso en algunas experiencias legislativas recientes en la región latinoamericana. Valga aclarar de entrada y en la intención de delimitar terminológicamente lo que corresponda, que la relación triangular de trabajo supone una sola relación jurídica con participación de tres partes, lo que es distinto de la *pluricontratación* que por definición implica más de una relación jurídica.

La figura del contratista, reconocida como un sujeto de la relación de trabajo, tuvo como finalidad normar una externalización de actividades vinculadas directamente con el giro de la empresa que ella decide administrar de manera indirecta. Tardaría en generalizarse el anglicismo *outsourcing*, pero no así la idea de una descentralización de las actividades productivas, lo que en el derecho laboral latinoamericano tuvo desde su momento fundacional una consideración y tratamiento puntual.

Al mismo tiempo, la razón que justificaba la intermediación laboral propiamente, ora por vía de la intermediación, *stricto sensu*, o de los contratistas, no desestimó tradicionalmente el posible y no deseable efecto de la desprotección, o lo que es igual, que la triangulación de la relación de trabajo arrojara, bien por prácticas simulatorias, por fraude de ley o por una suerte de *descentralización en cascada o subcontratación en serie* al final no regulada, relaciones de trabajo que si bien antes parecían perfectamente nítidas, terminaban por resultar ambiguas (*labour relation disguised*), encubiertas y, por ende, desprotegidas.

Ello explica los términos del número I.1 de la Recomendación núm. 198 de 2006 sobre la relación de trabajo: "Los miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, *a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo*".

Por otra parte, la redacción del número I.5:

En el marco de la política nacional los miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva *a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo*, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

El contenido mínimo de esa política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir, por fin y conforme con la Recomendación 198:

- a. Orientaciones para *determinar la existencia de la relación de trabajo* y la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;
- b. El *combate contra las relaciones de trabajo disfrazadas o encubiertas*;
- c. La *determinación de las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes*, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
- d. Las normas que estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección;
- e. Mecanismos apropiados para la solución de controversias;
- f. Atención especial a los *trabajadores más vulnerables especialmente afectados por la incertidumbre respecto de la existencia de la relación de trabajo*;
- g. La cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en las que existe falta de claridad;
- h. La colaboración de y entre las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores;
- i. La atención de los trabajadores contratados en un país para trabajar en otro, en cuyo caso, los miembros interesados pueden considerar la posibilidad de acuerdos bilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas, y
- j. La no afectación de las relaciones civiles y comerciales legítimas.

VI. LA REFORMA LABORAL EN AMÉRICA LATINA

La reforma laboral en la América Latina ha conocido, contemporáneamente, etapas distintas y señaladamente identificables. En los años noventa del siglo pasado, las reformas que se impulsaron estuvieron en buena medida orientadas en un sentido flexibilizador. Se sostenía, en general y con los matices del caso, que una reforma laboral a la baja haría más atractivas las inversiones y permitiría abatir el desempleo. Pasado el tiempo esta tesis no se verificó y, más bien, las legislaciones no volvieron a su estado anterior.

La Ley 50 de Colombia de 1990, del 28 de diciembre, por la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se adoptaron otras disposiciones, se señala generalmente como punto de partida de esta tendencia, lo que debe afirmarse no sin matizaciones. Ciertamente, no todas las reformas legislativas laborales de aquella época tuvieron esta orientación; valga citar apenas la reforma del Código del Trabajo de la República Dominicana de 1992 que se consensuó tripartitamente y que pasó a ser acaso la primera ley laboral *pactada* en la región latinoamericana, en cualquier tiempo. Además, a partir de la última década del

siglo pasado se dieron procesos de reforma constitucional en la región que, en general, vinieron a reforzar la tutela de los derechos fundamentales vinculados al trabajo.

Ahora bien, el momento actual de la reforma laboral en la América Latina tiene tres ejes temáticos:

1. *Las reformas dirigidas a re-regular el ámbito de la relación de trabajo*

El segmento del trabajo protegido continúa reduciéndose y con ello se acrecienta la distinción entre quienes trabajan o no bajo el ámbito de una relación de trabajo. Es lo que se ha dado en llamar la *dualización del mercado de trabajo*. Las consecuencias de ello son previsibles.

- a. Ciertas formas de externalización *outsourcing* o de relaciones triangulares de trabajo no definidas (tercerización) han acentuado las relaciones laborales ambiguas o encubiertas, para utilizar la terminología de la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006).
- b. Si no se regula ni acota lo que puede ser descentralizado y lo que no, es más que probable que se susciten casos de competencia desleal entre empresas, lo que la propia Recomendación 198 sobre la relación de trabajo de 2006 ya advertía.
- c. Se posibilita, en la práctica, una transferencia del riesgo de la empresa hacia los trabajadores y se acentúa el riesgo de precarización de las condiciones de trabajo de los terceros (tercerizados en la terminología que ya se hizo común) con el saldo de una menor protección.
- d. La implantación de sindicatos se dificulta cuando se diluye una condición necesaria para el ejercicio de la libertad sindical como es, no sólo la reunión de trabajadores sino, más aún, el reconocimiento de un colectivo en su condición de tal: el presupuesto del derecho de coalición y de la noción de categoría, en su más primario sentido.
- e. Por fin, lo que es más relevante y concluyente, se hace evidente una reducción del ámbito de vigencia efectiva del derecho del trabajo.

Todo lo anterior explica, en buena medida, por qué la materia de más especial atención de la legislación laboral de la América Latina en los últimos tiempos y, específicamente, de los procesos de reforma, haya sido ésta precisamente: Chile, Perú, Uruguay y el Ecuador legislaron recientemente sobre la subcontratación, la tercerización o, en fin, sobre las relaciones triangulares de trabajo, con especial atención a las agencias privadas de colocación y a la cesión de trabajadores.

La reforma de la Ley Federal del Trabajo de México del 2012 (LFT), por su parte, destacaba, entre los cinco ejes temáticos del proyecto: "...fortalecer las facultades normativas de vigilancia

y sancionadoras de las autoridades del trabajo, para lo cual se requiere... ii: Regular la subcontratación, tercerización u *outsourcing*...". Entre los artículos 15.a y 15.d de la LFT modificada —además del artículo 1004.c— se concretan las innovaciones más resaltantes respecto del trabajo en régimen de subcontratación, normativa que por cierto algunos sectores criticaron abiertamente.

2. *La reforma procesal laboral*

La reforma del proceso judicial de trabajo es una segunda tendencia actual y consolidada en la legislación laboral de la América Latina: Venezuela (2002), Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009), Perú (2010), Nicaragua (2012) y Costa Rica (2014) adoptaron reformas sobre el proceso judicial del trabajo.

El común denominador de las reformas habidas es tornar efectiva la protección contenida en la normatividad laboral y de seguridad social, facilitando el acceso a un procedimiento judicial que asegure un buen nivel de justicia pronta y cumplida.

En general, estas reformas se han orientado en el sentido de procurar apuntalar un proceso judicial regido por los principios de especialidad, oralidad, concentración, publicidad, celeridad y la intermediación del juez, esto es, su presencia directa en las fases más relevantes del proceso.

3. *La reforma de las legislaciones que regulan el servicio civil*

Es acaso un tópico que por ser más reciente no llega a ser todavía una tendencia consolidada, pero que ya apunta en este sentido. En 2012, el Perú adoptó una reforma de la Ley del Servicio Civil (Ley 30057 del 3 de julio de 2013) que tuvo por cierto una fuerte contestación sindical. En la República de El Salvador, por su parte, se ha preparado una propuesta de Anteproyecto de Ley de la Función Pública que seguramente entrará próximamente a la Cámara Legislativa que surgió de las pasadas elecciones.

VII. EL VÍNCULO ENTRE LAS RELACIONES DE TRABAJO PRECIARIAS Y LA FORMALIZACIÓN DE LA INFORMALIDAD

En su 90a. reunión (junio de 2002), la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó una resolución relativa al trabajo decente y la economía informal cuyo párrafo 9o. dice así:

Los déficit de trabajo decente son más acusados en la economía informal. Desde el punto de vista de los trabajadores no protegidos, los aspectos negativos del trabajo de la economía informal superan con creces los aspectos positivos. *Los trabajadores de la economía informal no están reconocidos, registrados, reglamentados o protegidos en virtud de la legislación laboral y la protección social, por ejemplo en los casos en que su situación de empleo es ambigua y, por consiguiente, no pueden disfrutar de sus derechos fundamentales, ejercerlos o defenderlos. Como*

generalmente no están organizados, la representación colectiva ante los empleadores o las autoridades públicas es insuficiente o inexistente. A menudo, el trabajo de la economía informal se caracteriza por lugares de trabajo pequeños o no definidos, condiciones de trabajo inseguras e insalubres, bajos niveles de competencias y productividad, ingresos bajos o irregulares, largas jornadas laborales y por falta de acceso a la información, los mercados, los recursos financieros, la formación y la tecnología. Puede decirse que los trabajadores de la economía informal se caracterizan por diferentes niveles de dependencia y vulnerabilidad.²⁸

Como la misma resolución reconoce en su párrafo 3o. “[s]i bien no existe una descripción o definición precisa aceptada universalmente, por lo general se entiende que el término ‘economía informal’ abarca una gran variedad de trabajadores, empresas y empresarios con características identificables”.

Con todo, la misma resolución establece que

El término “economía informal” hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. *Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o imponer costos excesivos.* Las labores de la OIT deben tener en cuenta las dificultades conceptuales que se derivan de esa gran diversidad.

Por lo tanto, hay un hilo conductor de la aproximación que desde el derecho del trabajo (que incluye naturalmente a las normas internacionales del trabajo) pueda hacerse al tema de la economía informal y que es el de *la protección del trabajo* que en ese ámbito se suscita. Por eso mismo no puede extrañar que convenios modernos de la OIT vinculen explícitamente ambos tópicos. Por todos ellos, el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) dispuso en su artículo 4.3.

3. El sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo deberá incluir, cuando proceda...

(h) mecanismos de apoyo para la mejora progresiva de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en las microempresas, en las pequeñas y medianas empresas, y en la economía informal.

Tal parece, fuera de toda duda, que el combate contra las relaciones de trabajo precarias o desprotegidas se enlaza con la estrategia de la formalización de la informalidad. Estas relaciones de trabajo desprotegidas lo son o bien por la inaplicación del estatuto laboral de protección desde que la relación de trabajo, nítida o explícita, se presenta como una relación ambigua o encubierta, para decirlo en los términos de la Recomendación 198, o bien porque

las condiciones que surgen del estatuto de protección se desconocen de modo absoluto o al menos parcial.

A su lado, el vínculo entre sector formal e informal con mucho se explica desde la descentralización del trabajo o incluso de procesos productivos que pudieron antes haber estado en el ámbito de la economía formal.

En este estado, una aproximación a las *relaciones triangulares de trabajo* en sus distintas modalidades resulta fundamental para una comprensión jurídica y propiamente *ius laboralista* de la formalización de la informalidad.

En verdad, mucho antes de la adopción de la Recomendación 198 (2006), la OIT se había ocupado de las relaciones triangulares de trabajo, si bien en el marco de instrumentos de objeto muy distinto: el Convenio 94 sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949, dispuso en su artículo 1.3: “El presente Convenio se aplica a las obras ejecutadas por subcontratistas o cesionarios de contratos, y la autoridad competente deberá tomar medidas adecuadas para garantizar la aplicación del Convenio a dichas obras”.

Por su parte, el Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988, dispuso en su artículo 2o. “A los efectos del presente Convenio... e) la expresión empleador designa: i) cualquier persona física o jurídica que emplea uno o varios trabajadores en una obra, y ii) según el caso, el contratista principal, el contratista o el subcontratista...”.

El Convenio 176 sobre seguridad y salud en las minas (1995) dispuso en su artículo 1o.: “...2. A los efectos del presente Convenio, el término empleador designa a toda persona física o jurídica que emplea a uno o más trabajadores en una mina, y según proceda, al encargado de la explotación, al contratista principal, al contratista o al subcontratista”.

El Convenio 177 sobre el trabajo a domicilio, de 1996, por su parte, dispuso en su artículo 8o.: “Cuando esté permitido el recurso a intermediarios en el trabajo a domicilio, las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios deberán determinarse mediante la legislación o decisiones judiciales, de conformidad con la práctica nacional”.

Por fin, el Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, sobre el cual volveremos puntualmente, dispone en su artículo 1o. que

la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:... b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución...

De cualquier manera, es obvio que en las normas internacionales del trabajo que desde antiguo se ocuparon del tema, el interés fue siempre alertar y procurar que ciertas modalidades de relaciones triangulares no arrojaran trabajos desprotegidos. Eso explica que al momento de la adopción de la Recomendación 193 sobre la promoción de las cooperativas de trabajo asociado, 2002, la Conferencia Internacional del Trabajo debiera advertir contra la intermediación de trabajo por empresas cooperativas que terminan muchas veces posibilitando la evasión de la protección que surge de la legislación laboral o, en fin, fomentando relaciones laborales ambiguas o encubiertas: “b) velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, *y luchar contra las seudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas*”.

Treinta y seis años antes, la OIT adoptaba la Recomendación 127 sobre las cooperativas (países en vías de desarrollo) (1966) que nada decía en relación con el asunto. Entonces el problema de la reducción del ámbito del trabajo por cuenta ajena efectivamente protegido, no tenía la dimensión que tiene ahora.

Con todo, conviene apuntar que las nociones, relación triangular de trabajo y relaciones de trabajo ambiguas, deben necesariamente distinguirse. *El Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, de la Comisión de las Comunidades Europeas, lo entendió de este modo:

La aparición de distintas formas de trabajo atípicas difumina las fronteras entre el derecho laboral y el derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta “ajena” y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Pueden surgir diferencias sobre la condición jurídica de una relación laboral cuando está oculta o si surgen verdaderas dificultades de ajuste entre unas nuevas modalidades de trabajo dinámicas y la relación laboral tradicional.

Existe trabajo oculto cuando una persona trabajadora por cuenta ajena no está considerada como tal, para disimular su verdadera situación jurídica y evitar determinados costes como los impuestos y las cotizaciones de seguridad social. Esta práctica ilegal puede proceder de un uso indebido de las disposiciones del derecho civil o mercantil...

La “relación de trabajo triangular” entre una empresa usuaria, un trabajador por cuenta ajena y una empresa de trabajo temporal corresponde por lo general a la situación en la que esta última contrata a un trabajador y después lo cede a una empresa usuaria para efectuar prestaciones en virtud de un contrato mercantil. La “dualidad de empleadores” resultante aumenta la complejidad de la relación laboral.

²⁹

Ahora bien, la conexión entre las dos nociones apuntadas se explica pues, según sea su modalidad, la triangulación hará más factible la ambigüedad o el encubrimiento, en tanto pueda estimular relaciones ubicadas al final en las llamadas *zonas grises o de frontera* donde el contrato de trabajo, que implica necesariamente la prestación de un servicio personal, se confunde con otros de naturaleza no laboral, ora civiles o mercantiles, entre otros, que igualmente suponen la prestación de servicios: son los llamados *contratos prestacionales*.

Todo ello no es una consecuencia necesaria, valga aclarar de entrada; ocurre, con todo, que en muchas de estas modalidades de trabajo tienden a desdibujarse los signos vectores, lo que es igual, los indicios de la relación de trabajo y, en particular, el modo como se materializa la subordinación o la dependencia.

Dicho en los términos de la Recomendación 198 (2006):

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

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

A estas alturas y a modo de recapitulación se imponen algunas puntualizaciones:

1. El trabajo rendido bajo modalidad triangular no es *per se* un trabajo desprotegido y, por ende, no puede ni debe ser sin más desautorizado. Distintas formas de relaciones triangulares suponen estrategias comerciales e industriales perfectamente legítimas, otras no desde luego.
2. En efecto, la OIT dedicó el Convenio 181 a la regulación de las agencias de empleo privadas (1997) y, conjuntamente, adoptó la Recomendación 188 sobre las agencias de empleo privadas (1997), de donde surge una típica relación triangular en la cual el titular fáctico del poder directivo y de supervisión no ostenta la condición de empleador. En el ámbito de una relación de trabajo mediada por una agencia privada de empleo, ésta ocupa “trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.
3. Como se infiere, la subordinación, esto es, lo que fue el poder paradigmático reconocido al empleador en la relación de trabajo, se ejerce, en este caso, por quien no tiene (como la empresa usuaria) la condición de empleador. Se disocian así —entre dos sujetos o acaso entre más— los atributos específicos que corresponden al empleador. Esa es la principal especificidad —no la única desde luego— de la triangulación o tercerización de la relación de trabajo.

4. De otra parte, la Recomendación 198 (2006) declara expresamente que “la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho”, lo que tendrá un efecto determinante llegada la hora de delimitar, en línea con la propia Recomendación, entre los trabajadores asalariados y los trabajadores independientes, dejando un amplio campo de actuación a la jurisprudencia.
5. Se muestra así la intención de equilibrar dos intereses y dos expectativas: de una parte, la preservación de un ámbito efectivo y razonable para las relaciones descentralizadas, civiles o comerciales, propias del giro de la empresa y, de la otra, velar por que ello no implique hacer aparecer verdaderas relaciones de trabajo como si no lo fueran, arrojando como consecuencia un trabajo desprotegido.

Como se deduce del sentido de cada una de las normas internacionales mencionadas, es obvio que el foco del problema reside en la desprotección que pudiera surgir del uso de ciertas modalidades de relaciones triangulares, de *outsourcing* o descentralización; contratación o subcontratación, que pueden diluir las señales de identidad de la relación de trabajo y que muchas veces terminan arrojando trabajos no protegidos.

Bien que se presenten bajo modalidades, al final ambiguas o encubiertas, o por simulación de contratos, materialmente laborales, como si fueran civiles o mercantiles, la Recomendación 198 (2006) se plantea

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

Y, de otra parte, cuando “...hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”.

Lo que aquí se juega es crucial, porque la relación de trabajo es, al final, *un acto condición* (Supiot) que incorpora al que presta un servicio por cuenta ajena a un estatuto protector o garantista que soporta todo el tramado de derechos y de instituciones que ordenan al trabajo y a su entorno.

La más clásica doctrina *ius* laboralista latinoamericana lo entendió así: “El contrato individual de trabajo continua siendo la institución fundamental de la rama jurídica que nos ocupa, por la razón evidente de que es el que determina la aplicación del derecho del trabajo; por eso es que las categorías patrono y obrero solo pueden entenderse en función de él”.

Aún más, la distinción entre contrato y relación de trabajo es de la más ancestral tradición en el derecho laboral latinoamericano, y en el derecho laboral mexicano particularmente. En efecto, la diferenciación que la doctrina clásica hizo entre la manifestación de voluntad y la efectiva prestación de servicios (la relación de trabajo *stricto sensu*) es del todo relevante pues, en realidad, “la prestación de servicios es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo”.

Por eso mismo, y conforme con el número I.4.f) de la Recomendación 198 (2006), la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a “asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo”, al tiempo que “en el marco de la política nacional, los miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a *eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas*”, lo que evidencia que el sentido y finalidad de la Recomendación es, particularmente, disciplinar la influencia de ciertas modalidades de relaciones de trabajo ambiguas y, por ende, del trabajo no protegido.

En el mismo sentido, la Declaración de la OIT sobre la justicia social equitativa de 2008 destacaba que:

...la importancia de la relación de trabajo debería reconocerse como un medio para ofrecer protección jurídica a los trabajadores...”; el Pacto Mundial del Empleo (2009), por su parte, expresa que “además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, *la relación de trabajo*, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (SST), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social.

VIII. LOS DESAFÍOS DEL DERECHO LATINOAMERICANO DEL TRABAJO. A MODO DE CONCLUSIÓN

- a) La América Latina cuenta con una antigua tradición de legislación laboral que inició incluso mucho antes del proceso de codificación de comienzos de los años treinta del siglo pasado. Se trató, el de la Codificación, de un proceso sostenido y de onda larga —en el cual la OIT jugó un papel protagónico, por cierto— que culmina a comienzo de los años sesenta del siglo anterior, marcando un ciclo perfectamente secuencial que duró unos cuarenta años. A su lado, la región, como es sabido, muestra un índice de ratificaciones de convenios de la OIT comparativamente muy alto, lo que resulta un dato de evidente trascendencia; de una parte, porque los convenios internacionales del trabajo están llamados a actuar como garantías contra el retroceso de los beneficios reconocidos por la legislación, lo que viene a justificar el principio de la llamada *irregresividad de los derechos fundamentales*, en la

perspectiva del derecho universal de los derechos humanos, y de otro porque a no dudar lo las NIT's han desarrollado una especie de derecho internacional consuetudinario de una obvia influencia en la jurisdicción laboral y constitucional.

- b) Con todo, y ya es un tópico afirmarlo, el déficit en la región más que de legislación es de aplicación. No por otra cosa, el profesor Héctor Hugo Barbagelata había incluido a *la tara de inanidad* como uno de *los particularismos* del derecho latinoamericano del trabajo. Las razones de ello irían desde la debilidad institucional, incluyendo la de la administración del trabajo; la de la misma justicia laboral, hasta un debilitamiento del ámbito efectivo de ejercicio de las libertades sindicales y de la negociación colectiva, todo lo cual arroja una reducción visible del trabajo efectivamente protegido, esto es, del trabajo que se presta bajo el amparo de la legislación.⁵⁵
- c) Ante ello se suscitan de ordinario posturas contrastadas que apuntan, de una parte, a la inadecuación del esquema legislativo: en este sentido valga recordar que la legislación laboral latinoamericana se diseñó —y se levantó— pensando en un modelo fordista de producción y de ordenación del trabajo que dista sideralmente del actual que evidencia un crecimiento inusitado del sector de los servicios, cuando las legislaciones tradicionales surgieron para normar, por sobre todo, trabajos industriales o antes, del sector comercial, minero o agrícola. Una de las tendencias recientes del derecho laboral latinoamericano se ha decantado por promover un derecho del trabajo *modular o por escalas* que consagre estatutos laborales especiales según, por ejemplo, el tamaño de las empresas.⁵⁶
- d) A su lado, las nuevas formas de ordenación del trabajo están produciendo con frecuencia una *dualización del mercado* de trabajo que coloca de una parte al trabajo efectivamente protegido y de la otra al que no lo está; fenómeno de serias consecuencias que preocupan a los poderes públicos pero también, naturalmente, a los factores de la producción. Sin una verificación científica concluyente se ha predicado con frecuencia en la región latinoamericana que las rigideces del mercado de trabajo y de su regulación, en particular, resultan en buena parte responsables del desempleo o de que los estándares del trabajo decente no se reproduzcan.
- e) Las empresas reclaman flexibilidad para actuar frente a mercados altamente competitivos y tecnificados; los sindicatos resienten el debilitamiento de su incidencia en amplios segmentos del trabajo por cuenta ajena y la administración del trabajo, por fin, reconoce con frecuencia no poder garantizar y/o supervisar el trabajo por cuenta ajena y su protección. Acaso aquí se ubica el nudo de tres visiones y preocupaciones tan legítimas como de signo distinto, que con todo pueden y deben ser conciliadas.
- f) La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2008, dispuso: "...fomentar la eficacia de la

legislación y las instituciones laborales, *en particular respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales* y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo" (I.A. iii).

- g) Por su parte, el Pacto Mundial para el Empleo adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2009, incluyó a la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo dentro de los instrumentos prioritarios para la gobernanza: "Además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, *la relación de trabajo*, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (SST), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social" (14.2).
- h) Desde la historia y el devenir que se ha tratado de describir, ¿cuáles serían los desafíos que el derecho latinoamericano del trabajo enfrenta?
1. La tendencia al achicamiento del universo de quienes están llamados a ser regulados y protegidos por él.
 2. La reducción significativa y tendencialmente creciente de los trabajadores por cuenta ajena protegidos por ese tramado garantista que significó, históricamente, el derecho latinoamericano del trabajo, se suscita cada vez más por la expulsión —respecto de su amparo— de quienes pasaron de una relación de trabajo estable, definida y delimitada, a otra, por definición, ambigua o encubierta. Ello suscita de entrada una crisis de identidad en medio de la cual se pone en cuestión si, en efecto, son trabajadores y si el receptor de su trabajo resulta su empleador.
 3. En este ámbito, la incidencia del crecimiento de la informalidad; de los trabajadores autónomos que conviven con los falsamente autónomos, de los trabajadores vinculados a cooperativas, sean reales o más bien seudocooperativas, de los trabajadores externalizados que pueden o no estar vinculados materialmente al sector formal, es un dato y una aproximación necesaria para entender la dimensión propiamente jurídica de la formalización de la informalidad.
 4. La relación de trabajo es, de una parte, *un acto condición* que incorpora a unos sujetos (trabajador y empleador) y a una relación jurídica, la de trabajo, al régimen legal del trabajo por cuenta ajena. Pero al mismo tiempo, y desbordando el ámbito de las obligaciones y del interés patrimonial de las personas, significa *el presupuesto del acceso a los derechos de ciudadanía*. De esta manera, de la mano del déficit de trabajo y de trabajo decente, especialmente, se arriesga al final el disfrute de las libertades públicas. No por otra cosa se

admitirá, como apuntó antes y mejor Umberto Romagnoli, que “la marginación social empieza con la exclusión del trabajo”.

¹ Recibido el 16 de febrero de 2015 y aceptado para su publicación el 23 de marzo de 2015.

La presente publicación es la segunda de dos partes. La primera parte se publicó en el número 21 de la Revista Latinoamericana de Derecho Social.

² Especialista principal en Derecho del Trabajo. Unidad de Derecho Laboral y Reforma. Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la OIT, Ginebra, Suiza. Las opiniones expresadas incumben solamente al autor y no reflejan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo. *villasmil@ilo.org*.

³ En este número se sigue resumidamente el estudio del autor Villasmil Prieto, Humberto, *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: unas notas introductorias*, Ginebra, Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo. Oficina Internacional del Trabajo, diciembre de 2011, pp. 6-9.

⁴ *Derecho Laboral Cubano*, La Habana, LEX, 1957, p. 93.

⁵ Ley 2.920, 23 de julio de 1951; sería su primer código laboral.

⁶ Blleloch, David, “La América Latina y los estándares internacionales del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. XXIII, núm. 4, abril de 1941, p. 432.

⁷ Si bien algunas experiencias que es de rigor destacar se dieron fuera del lapso indicado. La Ley núm. 49, de 28 de diciembre de 1984, por la que se promulgó el Código de Trabajo de Cuba, fue publicada en la *Gaceta Oficial*, 23 de febrero de 1985, núm. 2, p. 17.

⁸ Consolidación de Leyes Laborales (CLL).

⁹ Código que tuvo en la Ley 10a. del 20 de noviembre de 1934 (*Diario Oficial*, núm. 22.746, de 27 de noviembre de 1934), “Sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos y por la cual se establecen algunos derechos de los empleados”, su antecedente directo. Entre los artículos 12 y 20 (último) de su texto la Ley 10a. estableció disposiciones sobre la definición de empleado particular y de patrono (artículo 12), las formalidades del contrato de trabajo (artículo 13), el derecho a las vacaciones, auxilio de enfermedad y auxilio de cesantía (artículo 14), sobre la jornada máxima de trabajo (artículo 15), servicio militar obligatorio (artículo 16), empleados extranjeros y colombianos (artículo 17), solución de conflictos del trabajo (artículo 18), irrenunciabilidad de las garantías establecidas por esta Ley (artículo 19), y excepciones al régimen de descanso semanal (artículo 20).

¹⁰

Ley núm. 20.744, texto ordenado por Decreto 390/76, Ley de Contrato de Trabajo, Buenos Aires, 13 de mayo de 1976, *Boletín Oficial*, 21 de mayo de 1976.

¹¹ Algunas de las cuales datan de finales del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, como se apuntó antes, pero, en todo caso, sancionadas antes de la fundación de la OIT en 1919.

¹² O, dicho en los términos del artículo 405 del Tratado de Paz de Versalles: "S'il s'agit de un projet de convention, le Membre qui aura obtenu le consentement de l'autorité ou des autorités compétentes communiquera sa ratification formelle de la convention au Secrétaire général et prendra telles mesures qui seront nécessaires pour rendre effectives les dispositions de ladite convention".

¹³ Poblete Troncoso, años después, organiza la Primera Conferencia Regional de los Estados Americanos miembros de la OIT celebrada en Santiago de Chile en 1936, entre otros tantos datos biográficos que resultaría de interés destacar.

¹⁴ DFL núm. 178, publicado en el *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1931.

¹⁵ República de Cuba. Secretaría de Estado. Proyectos de leyes sobre el trabajo: para adaptar nuestra legislación nacional obrera a los convenios internacionales del trabajo ratificados por Cuba. Redactados por la Comisión nombrada con ese objeto por la Secretaría de Estado para ser remitidos por el honorable presidente de la República al Congreso Nacional, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 405 del Tratado de Versalles: La Habana, Rambla, Bouza Y Ca. Pi y Maragall, 33 y 35, 1932.

¹⁶ Villasmil Prieto, Humberto, *La relación de trabajo*, pról. de Gustavo Saturno Troccoli, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 14.

¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹⁸ II.13.a.

¹⁹ Véase la ley que regula los servicios de tercerización de Perú, 24 de junio de 2008, disponible en http://www.leyesdelperu.com/Normas_legales/2008/06_Junio/NL_24062008.pdf.

²⁰ Las relaciones triangulares de trabajo, propiamente.

²¹ Ley núm. 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, <http://www.diariooficial.cl/actualidad/2011/06/20123.html>.

²² Véase la ley que regula los servicios de tercerización, *cit.*, nota 17.

²³ Ley núm. 18.099. Derechos de los trabajadores. Se establecen normas para su protección ante los procesos de descentralización empresarial, de 10 de enero de 2007, <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18099&Anchor=>; y Ley núm. 18.251 de responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial, de 27 de diciembre de 2007, <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18251&Anchor=>.

²⁴ Reforma al Código del Trabajo mediante el cual se regula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, de 23 de junio de 2006 que, no obstante, fue derogada por el Mandato Constituyente núm. 8, de 30 de abril de 2008, que prohibió la tercerización e intermediación laboral. La vigente Constitución del Ecuador, en su artículo 327, dispuso: “La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley”.

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 30 de noviembre de 2012.

²⁶ Concluido este estudio, el pasado 12 de diciembre de 2014 el presidente de la República de Costa Rica, Luis Guillermo Solís, levantó el veto que la anterior mandataria, Laura Chinchilla, había interpuesto respecto del proyecto de Ley de Reforma Procesal Laboral adoptado en 2012 (Ley 15.990).

²⁷ <http://www.deperu.com/archivos/ley-30057.pdf>.

²⁸ <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf>.

²⁹ <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/31258.pdf>, pp. 12 y 14.

³⁰ *Crítica del derecho del trabajo*, Edición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1996, p. 111.

³¹ Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1938, t. I, p. 341.

³² *Ibidem*, p. 352. La reforma de la Ley Federal del Trabajo de México de 1970, de la cual Mario de la Cueva fue su principal proyectista, plasma aquella tradicional distinción en los términos del vigente artículo 20: “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos" (*Diario Oficial de la Federación*, 1o. de abril de 1970).

³³ Enrique Marín Quijada, reflexionando a propósito de este asunto, propone una distinción entre la ineficiencia y la inobservancia del derecho laboral venezolano que vale igual en perspectiva latinoamericana y que ilustra destacar: "En este sentido, al contacto con el derecho positivo, aparece una primera tendencia, la llamada "ineficiencia del derecho del trabajo", crónica y compartida por muchos países. Siempre hemos sabido y tolerado, y hasta aceptado de alguna manera, que un porcentaje importante de las normas de la legislación del trabajo están allí como de adorno, como para reforzar nuestro ego social, pero no tienen mayor aplicación práctica. Hay una tendencia parecida a la ineficiencia pero que pasa... por debajo de la mesa, como si fuera invisible, quizás porque nos resulta más incómodo reconocerla, y es la tendencia a la inobservancia de las normas laborales, de muchas de ellas. La ineficiencia está referida a un defecto de la norma o a una debilidad del Estado para imponer su aplicación. Para la ineficiencia tenemos un culpable ajeno, que es el Estado. Es culpa suya. La inobservancia, en cambio, tiene que ver con el comportamiento de los ciudadanos para actuar como lo prescribe la norma jurídica. Nos hacemos de la vista gorda para cumplir una norma laboral. Es el caso, por ejemplo, del empleador que puede contentarse con pagar salarios calculados de manera estrecha, o hacer un reparto caprichoso, en su favor, de las utilidades que entrega a los trabajadores, o tratar de rebajar el monto de las prestaciones sociales aplicando criterios alejados de la norma, sin que la conciencia lo perturbe demasiado". *Apud, Tendencias del derecho del trabajo venezolano, cit.*, p. 3.

³⁴ Véase la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña empresa del Perú, Ley núm. 28015, promulgada el 3 de julio de 2003, cuyo artículo 43 dispone: "Objeto. Crease el régimen laboral especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de las microempresas, mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

El presente régimen laboral especial es de naturaleza temporal y se extenderá por un periodo de cinco años desde la entrada en vigencia de la presente Ley, debiendo las empresas para mantenerse en él, conservar las condiciones establecidas en los artículos 2o. y 3o. de la presente Ley para mantenerse en éste.

El régimen laboral especial comprende remuneración, jornada de trabajo, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, despido injustificado, seguro social de salud y régimen pensionario.

Las microempresas y los trabajadores considerados en el presente régimen pueden pactar mejores condiciones a las previstas en la presente Ley, respetando el carácter esencial de los derechos reconocidos en el párrafo anterior". <http://www.ampeperu.gob.pe/documentos/Normas%20de%20Interes%20Municipal/Ley%2028015%20Promoco%C3%B3n%20y%20Formalizaci%C3%B3n%20MYPES.pdf>.