

# Subordinación

## Estudio comparado de jurisprudencia Uruguay-Brasil

Rosina Rossi Albert<sup>1\*</sup>

María del Carmen Corujo Milán<sup>2\*\*</sup>

**Sumario:** I El tema de investigación y metodología. II La subordinación. III El marco normativo. 1 Brasil. 2 Uruguay. 3 El Derecho Internacional del Trabajo. IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay – Brasil. 1 Naturaleza de los indicadores. 2 Tendencias de la jurisprudencia. 2.1 Retribución. 2.2 No participación en los riesgos. 2.3 Trabajo realizado a través de vínculos con terceros entablados por el sujeto beneficiario del trabajo humano. 2.4 Sujeción a horario. 2.5 Formalización del vínculo. 2.6 Prestación personal de la tarea. 2.7 Prolongación del vínculo durante años. 2.8 Inserción del trabajo prestado por quien trabaja en la organización de la empresa de quien lo recibe o se beneficia de él. V Aspectos probatorios. 1 Valoración en conjunto de todos los factores; uno solo en sentido contrario no alcanza para descalificar la naturaleza laboral del vínculo. 2 Principio de primacía de la realidad. 3 Principio “in dubio pro operario”. 4 Carga de la prueba respecto de hechos modificativos de la pretensión. Conclusiones.

### I El tema de investigación y metodología

La calificación del vínculo jurídico que se crea y desarrolla en torno al trabajo humano es el tema central de la presente investigación.

El *objeto* sobre el cual se ha realizado la investigación jurídica consiste en sentencias dictadas por tribunales brasileros y uruguayos. Las sentencias brasileras fueron seleccionadas por participantes del curso y las uruguayas por

---

1\* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Ministro de Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno. Uruguay.

2\*\* Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno. Uruguay.

una de las autoras de este análisis. <sup>3</sup>

El *criterio de selección* ha consistido en la inclusión de sentencias representativas de los elementos más o menos constantes manejados por la jurisprudencia cruzada – Uruguay-Brasil – que apreciados desde una perspectiva global podrían marcar una tendencia.

El *objetivo de la investigación* se concreta en la determinación de las similitudes y diferencias del tratamiento jurisprudencial en torno a la calificación del vínculo jurídico cuando está comprometido trabajo humano para presentarlo sistemáticamente a los magistrados con competencia en materia laboral de modo de aportar elementos estimuladores del espíritu creativo imprescindible a la hora de resolver diferendos de esta temática.

Los *resultados de la investigación* se presentan a través de los siguientes puntos: **II La subordinación**, que aborda el concepto teórico de dependencia que incluye la trascendencia sobre la determinación, los valores y principios que entran en colisión y la importancia de la labor jurisprudencial. **III Marco normativo aplicable**. **IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay-Brasil**, que por un proceso deductivo extrae las pautas que habitualmente utiliza la jurisprudencia consultada de los dos países para encartar o descartar la relación de trabajo. **V Aspectos probatorios**, que reseña ciertas constantes relevadas principalmente respecto de criterios de evaluación de la eficacia probatoria.; y **Conclusiones**.

## II La subordinación

El tema de investigación despierta especial interés por cuanto, la calificación jurídica de un vínculo es el elemento determinante de la rama jurídica – coincidente - que regirá las relaciones que de aquel nacen: desde su constitución, a su ejecución a su finalización.

Ahora bien. La posición en la que se halla la persona que entrega los frutos de su fuerza de trabajo a favor de otra que los hace suyos desde su gestación; quien dirige, controla, administra y lo evalúa y busca beneficiarse con él o, sin tales actividades simplemente lo toma con el mismo objetivo, ha sido el motor del nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica

---

<sup>3</sup> Rosina Rossi Albert realizó la selección de jurisprudencia. Sobre el concepto de investigación jurídica, Barbagelata, Héctor Hugo. La investigación en Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2011. Pag. 6.

autónoma y desgajada del derecho común.<sup>4</sup> La especial situación vulnerable del “hombre-trabajador para otro”, despertó en sus orígenes el sentimiento social y como consecuencia la formulación de un conjunto de reglas que, imponiéndose a la voluntad de ambos, actuara de contrapeso en el desequilibrio de poder.<sup>5</sup>

El Derecho del Trabajo nace desgajándose del Derecho Civil como consecuencia de estar pautado por tres aspectos: un hecho social particular, un designio inmediato y otro mediato. El hecho social, la desigualdad entre los sujetos que se vinculan en torno al trabajo. El designio inmediato o instrumental del segundo, el desequilibrio normativo impuesto a los sujetos que se relacionan. El designio mediato, la aspiración de igualdad real de los mismos sujetos. Vale decir, la desigualdad como instrumento de concreción de la igualdad.<sup>6</sup> Así el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica nace a la vida de la decisión axiológica de la heteronomía con fórmulas de desigualdad compensatoria para caminar hacia la igualdad real.

De allí que se edifica sobre la idea de protección del hombre que trabaja para otro; la protección del trabajo dependiente.

Necesariamente se desgaja del Derecho Civil por cuanto el punto de partida de éste, que lo contrapone al Derecho del Trabajo, consiste en la igualdad de los sujetos y por tal condición la libertad para negociar y crear las reglas a las que se someterán.<sup>7</sup>

En su etapa inicial, su ámbito de aplicación se ciñó al hecho social del trabajo subordinado y por cuenta ajena. El concepto de subordinación, en el sentido de dependencia o sujeción plena y directa del trabajador al poder de dirección del empleador que controla, dirige y se aprovecha el trabajo humano, se presentó como decisivo y determinante del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.<sup>8</sup> Y en general la doctrina latinoamericana aceptó la subordinación

---

4 Como expresa la Recomendación de OIT n. 198 , “[...] la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998 , y el Programa de Trabajo decente.

5 Barbagelata, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento juslaboralista. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo , octubre 2009 pag. 125 y sgtes. Plá Rodríguez, Américo . “La evolución del Derecho del Trabajo uruguayo en los últimos cuarenta años “ en rev. Derecho Laboral n. 150 pag. 156

6 Ermida Uriarte, Oscar. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2011 pag. 6.

7 Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral T. I. Vol 1. Ed. Idea 1991 Pag 72 . Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T. I Vol.I Parte 1 cap.I. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 2002 pag. 96

8 Rivas, Daniel. La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo 1996 pag.

como un elemento fundamental para la existencia de la relación de trabajo y consecuentemente para la aplicación del Derecho Laboral.<sup>9</sup>

Empero, el trabajo humano fue tomando nuevas modalidades en su prestación. De allí que el concepto eje de la subordinación fue quedando estrecho para un importante elenco de situaciones de trabajo en las que la dependencia se presentaba en forma diversa a la habitual. En puridad, los cambios y desarrollos tecnológicos y de organización de la producción, el auge de las corrientes de pensamiento neoliberales, fueron alterando las necesidades y modalidades de prestación del trabajo humano, y determinaron que no solo criterio clásico diferenciador de la subordinación quedara obsoleto, sino también, el jaque al Derecho del Trabajo todo. El Derecho del Trabajo se vio cercado por las economías neoliberales que hacían culto la libertad y autonomía de la voluntad, que aunque viciada y pautada por el rol de un contratante con libertad formal pero no sustancial, habilitaban la exclusión de la disciplina en la regulación de múltiples formas de prestación de trabajo humano. Pero estas nuevas formas – extrañas al ámbito de aplicación clásico del Derecho del Trabajo – también requerían de protección. De allí que el afán protector condujo al re dimensionamiento del concepto de subordinación especialmente por vía de dar mayor incidencia a los otros elementos típicos de la relación de trabajo, o más bien, dándole un contenido deductivo de aquellos. Vale decir, extrayendo la idea de la subordinación de la presencia de al menos uno de los otros elementos. Y así, logrando un corrimiento o ensanchamiento de las fronteras del Derecho del Trabajo.<sup>10</sup>

Así, el concepto clásico de subordinación dejó paso al concepto neoclásico que si bien no lo excluyó, puede entenderse re dimensionado a través de la especial consideración de la incidencia de antiguos elementos sintomáticos de la presencia de la relación de trabajo, como la *inserción* y la *ajenidad*. No se trata

---

34. Plá Rodríguez, Américo. “Curso..” op.cit. T. I Vol.1 pag. 19. Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. “ Crítica de la subordinación “ en rev. Derecho Laboral n. 206 pag. 228 ; Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2009 pag. 23.

9 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “ Crítica...” pag. 228.

10 Plá Rodríguez, Américo. “Sobre las fronteras del Derecho del Trabajo” en Estudios en Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, 1997 citado por Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. “Crítica de la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 206. Montevideo . pag. 226. Ermida Uriarte, Oscar. “El futuro del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales” en Sindicalismo latinoamericano entre la renovación y la resignación. Caracas 1995 pag. 48; La flexibilidad. Montevideo, 2000. Pag. 21; Castello, Alejandro. “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral . Una nueva tendencia a fines del siglo XX” en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 295. Fernández Brignoni, Hugo. “Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90” en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 342; Raciatti, Octavio. “El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo” en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 564 y sgtes.

del abandono del concepto de subordinación como criterio determinante de la relación de trabajo sino de darle contenido a través de la especial consideración que le aportan la inserción de la actividad del trabajador en la actividad de la empresa así como la ajenidad del mismo tanto en las ganancias como en las pérdidas de la misma.

La *inserción* en el sentido de inclusión del concreto trabajo humano en la cadena organizativa de la producción, con independencia del lugar físico de prestación y de la más o menos inmediata y detallada dirección (sujeción en cuanto a horarios, órdenes, etc) y evaluación.

En las primeras décadas del siglo XX se desarrolló especialmente en Alemania, la denominada teoría institucional de la empresa que concebía a ésta como una institución existente en la sociedad y que cumplía dentro de la misma objetivos precisos, configurando un particular mundo de relaciones en el cual cada uno de los sujetos participantes desempeñaba para el cumplimiento de tales objetivos, funciones previamente determinadas. Esta concepción sostiene que la inserción la organización empresaria es el hecho que otorga al trabajador no solo su condición de tal, sino que le proporciona la titularidad de los deberes y derechos que dentro de esta organización corresponde a los trabajadores y que además, le hace sujeto de la especial tutela proporcionada por el Derecho Del Trabajo. No prescinde del concepto clásico de subordinación sino que lo plantea como una consecuencia de la inserción: el trabajador ocupa un rol pautado por la sujeción personal a la señoría del empleador y de la empresa. En su formulación más extrema, esta concepción llega a señalar que la relación de trabajo, como vinculación jurídica entre el empresario empleador y sus trabajadores, se conforma en función de las circunstancias fácticas de la incorporación del trabajador a la empresa y no de los acuerdos celebrados entre trabajador y empleador en ejercicio de la libertad negocial.<sup>11</sup>

En tal sentido, la constatación de hechos reveladores de la inserción del trabajador en la actividad de la empresa ,podrá operar como pauta ilustrativa del estado de subordinación , aunque el trabajo se preste a distancia o con cierta autonomía por parte del trabajador o no esté sujeto a directo control del sujeto de la relación jurídica que directa o indirectamente se beneficia de él.

Resulta interesante advertir que la jurisprudencia de Brasil se encuentra en una etapa más consolidada que la de Uruguay, respecto de la especial determinación de la subordinación a través de la consideración de los elementos inserción y ajenidad. Quizás ello sea producto de que la doctrina ha desarrollado

---

11 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. "Crítica..." pag. 241 y 242.

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.<sup>12</sup>

Este concepto de subordinación objetiva o funcional ha sido complementado por el de “subordinación estructural” expresada en el “leading case” proceso nº 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 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.

Por su parte, la ajenidad en los riesgos – elemento caracterizante de la relación de trabajo de otrora- pasó a sobredimensionarse y a tener una incidencia decisiva en la calificación del vínculo al amparo del Derecho del Trabajo. Dejó de ser un agregado para pasar a ser un elemento estelar, y además el único justificativo ético-jurídico del trabajo humano administrado, dirigido y para otro. Si la riqueza se produce de la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de

---

12 Paulo Emilio Ribeiro. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 473, traducción de las autoras del presente análisis)

los riesgos por parte del empleador; es decir la ajenidad.<sup>13</sup> En realidad, este elemento ha tenido especial relevancia en la doctrina española; autores como Alonso Olea consideran a la ajenidad como el elemento esencial y diferenciador del contrato de trabajo y por en el hito fundamental que marca la frontera del Derecho del Trabajo con otras disciplinas. Expresa este autor que la dependencia no es un dato de carácter autónomo sino derivado o corolario de la ajenidad.<sup>14</sup>

Este nuevo concepto de subordinación re elaborado por la doctrina en el que se integran ajenidad e inserción, fue marcando la senda no solo en la determinación de la relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo, sino también en la tarea de distinción entre las formas típicas (plena de derechos) y las atípicas (con especialidades o modalidades que en general suponen o bien disminución o bien alteración de derechos).<sup>15</sup>

En puridad el nuevo concepto doctrinario de subordinación es el recogido

---

13 Ermida Uriarte, Oscar. Álvarez Hernández, Oscar. Op.cit. "Crítica..." pag. 240 donde expresan que "Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir por la ajenidad." De todos modos los autores expresan que tampoco el énfasis en la ajenidad es suficiente para atrapar aquellas situaciones en las que el trabajo humano aparece disfrazado con otras formas jurídicas ( situaciones fugadas), justamente con el objetivo de eludir la aplicación del Derecho del Trabajo. Como el trabajo humano con forma de empresa unipersonal, de socio cooperativista, de co contratante civil o comercial. Y en consecuencia, proponen como remedio, el ensanchamiento de las fronteras de la disciplina como forma de atrapar a los fugados.

14 Alonso Olea, Manuel. "Trabajo libre y trabajo dependiente" en Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje a Mario Deveali. Ed. Heliasta. Bs. As. 1979 pags. 156 y 157. Citado por Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Op . cit "Crítica..." pag. 240.

15 Raso, Delgue, Juan. Op.cit "La contratación..." pag. 37. En la sentencia n. 308/2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno (Uruguay), en un caso en el que el demandante califica el vínculo como un contrato de trabajo típico y sin plazo pretendiendo la condena en indemnización por despido, y el demandado se defiende calificándolo como atípico y para obra determinada sosteniendo entonces la exclusión legal del beneficio, ha expresado que: "Sin perjuicio del elenco de reglas interpretativas que plantea el ordenamiento jurídico, en primer término corresponde interpretar la convención a la luz de las reglas del Código Civil sistematizadas y en conexión lógica con los principios que particularizan la disciplina y por ende, constituyen la guía en la aplicación de todas las normas. Tanto las heterónomas como las autónomas. Entre las segundas, el contrato. Esto significa ni más ni menos que, la tarea del hermeneuta estará pautada, siempre y cardinalmente, por el principio constitucional de protección del trabajo. Ello importa que salvo en el caso de que este principio se oponga a otro de la misma jerarquía, y éste haga ceder al primero, el producto de la interpretación inexorablemente, deberá guardar un sentido protector.

En segundo término el contrato – que , en el caso es escrito – debe ser interpretado en sus elementos textuales y extratextuales , como edicta el art. 1291 del C.Civil, y estos últimos podrán extraerse entre otros medios, de los actos del los contratantes posteriores a la convención como indica el art.1301 del mismo cuerpo normativo sin distraer los efectos del típico estado de subordinación en el que se halla el trabajador. ( Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. XVIII pag 242; Rodríguez Russo, Jorge. La interpretación de contrato. Pag.206)

En tercer término, no puede soslayarse que el contrato de trabajo es un contrato de adhesión: el empleador es quien lo produce y el trabajador es quien adhiere. La desigualdad negociada sobredimensiona la incidencia de la regla hermenéutica prevista en el art. 1304 inc. 2do. del C.Civil; esto es, la interpretación contra quien lo extendió si la ambigüedad proviene de su falta de

por la Recomendación n. 198 de OIT sobre determinación de la Relación de trabajo cuando refiriéndose a los índices específicos indica:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador a la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona, que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo ; que el trabajo sea de cierta duración y tenga cierta continuidad, o requiera la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de materiales, herramientas, y maquinarias por parte de la persona que requiera el trabajo.

Cuanto viene de señalarse arroja tanto la trascendencia del tema en sí mismo - la calificación del vínculo jurídico como objeto y bajo las fronteras de aplicación del Derecho del Trabajo-, como de la labor de la jurisprudencia cuando se enfrenta a resolverlo - la sentencia que , o bien dará paso a la protección especial del trabajo humano aplicando reglas de derecho objetivo que tratarán en forma desigual a los sujetos involucrados, o bien le cerrará su paso, abriéndolo en cambio a otras que los tratarán como iguales-. Pasada la etapa declarativa de la sentencia, una y otra calificación traerán consigo la apreciación de la pretensión bajo la lupa y respectivamente, o bien del principio de protección del trabajo humano, o bien , del principio de libertad en su expresión contractual de autonomía de la voluntad, respectivamente.

### **III Marco normativo definidor del concepto de subordinación Uruguay-Brasil**

La jurisprudencia actúa particularmente determinada por el derecho objetivo. De allí que en el mundo comparado se puede sistematizar en forma paralela a la previsión normativa de resolución del conflicto presentado en torno

---

explicación. Este principio interpretativo establece una distribución equitativa del riesgo contractual, lo que significa que la parte adherente, al no participar en la elaboración del contrato, no tiene por qué compartir los riesgos de defectuosa declaración contractual. Si no se puede averiguar el sentido de una cláusula por otros medios, se presumirá que el correcto es el que favorezca a la parte que no lo redactó para evitar que quien lo hizo y pudo haber actuado con mayor diligencia pueda aprovecharse indebidamente de su propia negligencia. ( Rodríguez Russo, Jorge. Op.cit. pag. 240-241)"

a la naturaleza del vínculo jurídico. En tal sentido existen sistemas en los que se releva la presunción legal de laboralidad o la clara definición de los conceptos de subordinación o dependencia como sugiere a los Estados miembros la Recomendación n. 198 de OIT (arts.9 lit.b y 12; otros que por vía legislativa aportan pautas objetivas de indagatoria y análisis como el brasilero y finalmente otros como el uruguayo en que independientemente del principio constitucional del protección del trabajo humano, en el ordenamiento inferior – legislativo y reglamentario heterónimo y autónomo - creador de derechos para quien se encuentra en una relación de trabajo dependiente, no se relevan ni presunciones ni pautas, sino el silencio del legislador.

## 1 En Brasil

El concepto de subordinación puede entenderse definido por los arts. 2 y 3 de la Consolidación de Leyes del Trabajo.

El artículo 3 de la Consolidación de Leyes de Trabajo dispone: : *“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*.

Y, el art. 2 del mismo cuerpo normativo, define el concepto de empleador indicando que *“considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”*.

## 2 En Uruguay

Uruguay en cambio, acompañando la tendencia general latinoamericana<sup>16</sup>, no cuenta con una definición legislativa de la subordinación ni con una definición general de los aspectos principales característicos de la relación de trabajo. (trabajador, empleador, salario, etc). El ordenamiento jurídico presenta sin embargo, disposiciones que indirectamente inciden en la delimitación del concepto y que puede aglutinarse en tres grupos: unas, que califican todos o algunos de los aspectos característicos limitando su alcance a algún instituto en

---

16 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “ Crítica...” pag. 228.

particular<sup>17</sup>, otras, que reglamentan la responsabilidad laboral<sup>18</sup> y otras, generales ubicadas en sede de interpretación de los contratos en el Código Civil.<sup>19</sup>

De todos modos, tal reglamentación del ordenamiento inferior está iluminada y sostenida por la norma-principio constitucional que garantiza la protección del trabajo humano (art. 53) que da cuenta del hecho social de la desigualdad entre los sujetos que se vinculan en torno al trabajo humano ; empero ésta convive con el principio de igual fuente y jerarquía , de libertad de los sujetos (art. 10) que parte de la idea de igualdad de los mismos y por ende se contrapone a la primera.

A ello se agrega que la inclusión como fuente de integración de la imprevisiones constitucionales, de las doctrinas generalmente admitidas que prevé el art. 332 de la Carta<sup>20</sup>, da ingreso a la Recomendación n. 198 de OIT como expresión de la opinión de la conciencia jurídica universal derivada tanto de las mayorías necesarias para su aprobación en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, como del carácter tripartito de la integración de ésta.<sup>21</sup>

En Uruguay, el silencio legislativo tanto acerca de la determinación del concepto de subordinación como de los otros elementos típicos de la relación de trabajo, enfrenta al juzgador , cuando resuelve un diferendo en torno a la calificación del vínculo jurídico – relación de trabajo versus otra de naturaleza diversa – a encarar un choque de principios constitucionales: por un lado, el de protección del trabajo humano (art. 53 y sgtes. de la Carta) y por otro el de

---

17 Por ej, el concepto de salario es distinto en la ley de accidentes de trabajo – 16.074 – que en la que reglamenta el aguinaldo – ley 12.840-.

18 Por ej. las leyes de tercerización – 18.099 y 18.251 – que reglamentan la responsabilidad de los sujetos intervinientes indirectamente amplían el concepto de dependencia.

19 Por ej. Los arts. 1301 y 1304 que indican, el primero que los hechos posteriores de los contrayentes son los que permiten explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato y el segundo, que las cláusulas ambiguas deben interpretarse contar quien las redactó y que, siendo el contrato de trabajo de adhesión significaría interpretarlas contra el empleador.

20 El art. 332 de la Constitución expresa que “Los preceptos de la presente constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas , no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva , sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

21 Beaudonnet, Xavier. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales” en rev. Derecho del trabajo. Ediciones La ley Bs. As. , julio 2006 y en Normas internacionales del trabajo para magistrados , juristas y docentes en derecho. Dossier de Formación. 11-15 de abril de 2011. Montevideo, Uruguay. Pag. 102. Expresa que no existen diferencias entre el valor jurídico de un convenio de la OIT no ratificado y una recomendación y refiere a ciertos tribunales laborales que refieren a ellos como expresivos de reglas de equidad.

autonomía de la voluntad (art. 10 de la Carta) .

Así, la existencia de un estatuto constitucional especialmente protector del trabajo humano, completado por la edificación de una compleja red de disposiciones del ordenamiento inferior que se imponen a los sujetos sobre los cimientos del principio de irrenunciabilidad, enfrentado al principio de libertad en su expresión de la libertad contractual, determinan acudir a la técnica de la ponderación. En el caso, la ponderación se concretará en que el juzgador solo pueda marginar el estatuto protector si identifica una causa razonable que explique las razones por las cuales un ser humano titular de una garantía de protección, resuelve despojarse de ella. Vale decir, la identificación de las ventajas que le reporta el triunfo de la libertad sobre la protección garantizada de antemano, desde fuera del propio vínculo jurídico y sin que sea necesaria negociación alguna.

La ponderación entre los dos principios constitucionales, actuada bajo la guía de la explicación razonable, ha venido sido invocada, aisladamente por algunas sentencias por lo que no puede sustentarse aún la configuración de una tendencia jurisprudencial.

En tal sentido la sentencia n. 251/2010 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno , resolvió un diferendo en que el reclamante sostuvo que se ocupaba de vender discos y revistas editados por el demandado mientras que filmaba eventos y fiestas. Y demandó rubros laborales invocando su condición de trabajador dependiente. El demandado en cambio si bien aceptó los hechos calificó el vínculo como una relación comercial ya que el actor obtenía una ganancia de la diferencia por la reventa, esto es entre el precio de compra y venta al público. La sentencia indicó que

[...] el primer punto que debe plantearse o cuestionarse el tribunal, es el relativo a la libertad que tienen los sujetos para contratar o comprometer trabajo humano; en tanto el Derecho del Trabajo y el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos contienen una serie de normas de evidente corte protector para quien presta o compromete su fuerza de trabajo. De ahí el carácter de orden público de las normas laborales, puesto que en virtud de tal carácter, nadie podría verse marginado de la protección prevista, ya sea por obra del legislador, por renuncia, o bien por acuerdo con quien se sirve de la fuerza de trabajo.

Sostiene además que el problema a resolver podría situarse en

[...] si es posible dejar librado a la voluntad de los sujetos la forma contractual y como consecuencia directa, el desplazamiento de la protección constitucional. Esto es, situar la cuestión en la etapa de la creación del vínculo jurídico. ¿Pueden los sujetos válidamente pactar trabajo humano bajo cierta forma jurídica que desplace la regulación del Derecho del Trabajo cuando éste contiene un estatuto protector del sujeto que sirve ese trabajo?.

Indica que resulta indudable que en tales diferendos

[...] entran en juego o en tensión por un lado el estatuto protector del trabajo dependiente y por otro, el principio de autonomía de la voluntad, que perfectamente habilitaría para que los sujetos contrataran bajo otra forma jurídica que no importara o implicara relación de dependencia y provocara en los hechos, el desplazamiento de la protección estatutaria.

Sostiene el Tribunal, que en tales casos la labor del juez es muy exigente y se encuentra al máximo comprometida, puesto que el oficio deberá más que nunca arribar a una decisión fundada, en tanto la solución que se adopte y la ineludible tensión entre los principios en juego, deben justificarse sólidamente por cuanto su decisión determina el régimen normativo aplicable. El triunfo de uno u otro principio estará pautado “por el criterio de la justificación racional para el caso concreto”. Esto significa que “[...] un principio podrá desplazar al otro solo cuando se pueda detectar una explicación racional que lo justifique”, o lo que es lo mismo, que la decisión de los sujetos de colocarse fuera de la protección constitucional para el trabajo dependiente (artículos 53, 54 y ss de la Constitución) es legítima, si se detectan claras razones o ventajas compensatorias a favor del sujeto cuya protección especial se verá marginada.

Para ello deberá apreciarse no sólo la voluntad o intención de los contrayentes al momento de celebrar el contrato (artículo 1298 del Código Civil), sino los hechos posteriores a la celebración del acuerdo o contrato (artículo 1301 del C.C).

En definitiva, en el caso la voluntad de las partes habrá de tenerse en cuenta, pero el contenido del vínculo obligatorio entablado entre ellas, no sólo surgirá de lo pactado, sino también y fundamentalmente de la forma que se desarrolló y desarrolló en el tiempo el mentado vínculo, es decir; se deberán apreciar los hechos posteriores de los contrayentes (artículo 1301 del Código

Civil). Esto ni más ni menos significa, que no alcanzará con examinar lo que quisieron las partes al vincularse, sino que será fundamental apreciar lo que hicieron...”

En la misma línea argumental, la sentencia n.89 del 1.12.2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 4to. Turno. En el caso, la promotora indicó en su demanda que laboró para la demandada como licenciada en enfermería y como técnica podóloga, tareas ambas que cumplió en régimen de subordinación, y en los horarios y demás condiciones que la institución de asistencia médica demandada le había pautado. Afirmó que ingresó como licenciada en enfermería 1/2/1996 y egresó por despido el 28 /5/2009; en tanto que en relación a su labor de técnico podóloga, señaló que ingresó el 21/4/2006 y egresó por despido el 14/7/2009. Por su parte, la demandada Cooperativa Médica de Rivera si bien admitió la existencia de la relación laboral con la actora en relación a la labor cumplida por ésta como licenciada en enfermería, desconoció abiertamente que la tarea de podóloga hubiera sido prestada por la accionante en régimen de subordinación, indicando que en este caso, había existido un arrendamiento de servicios, y en definitiva concluyendo, que la actora por esta tarea no estaba subordinada jurídicamente, sino que labor era cumplida bajo la modalidad del ejercicio liberal de su profesión.

Indica la sentencia que

*[...] surge probado en autos, que la actora fue contratada por la mutualista para desempeñarse como podóloga, luego de una propuesta que ésta realizara a la dirección técnica de la institución, a raíz de haber obtenido el título de podóloga; hecho admitido por la accionante en su declaración de parte (fs. 612). De la referida propuesta que fuera agregada por la mutualista demandada y que luce glosada de fs. 136 a 146, emerge que la iniciativa de la accionante para el ofrecimiento de su trabajo como podóloga, se enmarcó y se le dio un rol preponderante a la atención o cuidado del pie diabético[...]*

Indica también que

*[...] como surge de la prueba testimonial recibida infolios, la actora cumplía su labor de podóloga tanto en su consultorio particular atendiendo pacientes socios de la institución demandada y también pacientes particulares, así como atendía a los usuarios de la cooperativa en las policlínicas que la institución demandada tenía y tiene en las localidades del interior del departamento, tales como Vichadero, Tranqueras, y Minas de Corrales.*

## Releva que

*[...] Contrariamente a lo sostenido por la parte accionada, de infolios no hay prueba que demuestre que el precio o remuneración prevista por dicha labor a la agonista haya sido fijada unilateralmente por ésta como se postula en la contestación de la demanda.*

La sentencia releva dos elementos decisivos: uno, la modalidad de liquidación de los servicios de podóloga -le abonaba por un sistema de tickets u órdenes que eran liquidados en forma mensual por la mutualista a la accionante y que figuraban en su recibo de salario como nurse bajo el título “viáticos y otros”. Otro, la ausencia de explicación racional que justifique que la actora hubiera 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 (información de fs. 580); por lo que ni siquiera puede argumentarse que podría eventualmente beneficiarse con otra jubilación bajo otro sistema de aportes.

Cabe indicar finalmente, que la imprevisión normativa general acerca de pautas para encartar o descartar la calificación de un vínculo como relación de trabajo, han sido determinantes en la elaboración jurisprudencial no sistemática sino que se extrae por deducción, de un elenco de hechos que considera indicadores de la dependencia laboral.<sup>22</sup>

### 3 En el Derecho Internacional del Trabajo

En esta reseña del marco normativo de cada sistema jurídico, no puede faltar la consideración de una regla de derecho objetivo que dibuja una línea transversal en ambos: la ya mencionada Recomendación n. 198 de OIT.

Ésta parte de la consideración que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo y de las habituales dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros derechos y obligaciones respectivos de

---

<sup>22</sup> Rivas, Daniel. “Los indicios del trabajo subordinado en la jurisprudencia laboral” en rev. Judicatura n. 36 pag. 73.

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 o cuando los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a que tienen derecho.

Recomienda a los Estados miembros en el sentido de que la legislación determine la naturaleza y alcance de la protección, el ámbito de aplicación y la responsabilidad que involucra y los alerta a buscar mecanismos de diferenciación entre la relación de trabajo encubierta y verdaderas relaciones civiles y comerciales.

Indica la especial consideración de los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador con independencia de la calificación contractual o acuerdo – de cualquier naturaleza- en contrario.

Relaciona una serie de indicios sugiriendo a los Estados miembros su definición y consideración para la determinación de la relación de trabajo:

- + que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona

- + que implique la integración del trabajador en la organización de la empresa;

- + que sea efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona;

- + que deba ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo;

- + que el trabajo sea de cierta duración y continuidad,

- + que requiera la disponibilidad del trabajador,

- + que implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo,

- + que se pague una remuneración periódica al trabajador;

- + que dicha remuneración constituya la única o la principal fuente de ingresos del trabajador;

- + que incluya pagos en especie tales como alimentación, vivienda,

transporte, u otros;

+ que se reconozcan derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales;

+ que la parte que solicita el trabajo pague los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo;

+ que no existan riesgos financieros para el trabajador.

La Recomendación de OIT como fuente normativa, si bien no requiere de ratificación y como su nombre lo indica no ostenta fuerza vinculante para los Estados miembros - como lo son Uruguay y Brasil – es exponente de la opinión jurídica de la mayor parte de ellos ya que del mismo modo que el convenio internacional de trabajo nace en el seno de la Conferencia General<sup>23</sup> y genera la obligación de sumisión a la autoridad competente para que le de forma de ley o adopte otras medidas.<sup>24</sup>

En los últimos veinte años, se ha dado una importante evolución respecto de la utilización por los tribunales nacionales del derecho internacional de los derechos humanos en general y del derecho internacional del trabajo en particular contribuyendo tanto al reconocimiento de derechos como a la protección judicial efectiva.<sup>25</sup>

Como se podrá apreciar, el abordaje de jurisprudencia que sigue da cuenta que Uruguay y Brasil se inscriben en esta tendencia en el ámbito de la resolución de diferendos en torno a la calificación del vínculo jurídico cuando está involucrado el trabajo humano. Concretamente, a través de la guía interpretativa que aporta la Recomendación n. 198 de OIT<sup>26</sup> que redimensiona el concepto de subordinación nutriéndolo muy especialmente de la ajenidad de la prestación del trabajador y de la inserción de aquella – aunque no necesariamente de la

---

23 El art. 19 de la Constitución de la OIT indica que para la adopción de un convenio o una recomendación será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.

24 Art. 19 numeral 6 literal b de la Constitución de la OIT.

25 Beaudonnet, Xavier. La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticia de una evolución en marcha. rev. Derecho Laboral n. 238 pag. 245.

26 Sobre otros instrumentos internacionales utilizados por la jurisprudencia uruguaya , Rivas Goycoechea, Ana "Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya" en rev. Derecho Laboral n. 244 pag. 693.

persona del trabajador – en la actividad de la empresa.

## **IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay – Brasil**

### 1 Naturaleza de los indicadores

Ciertos hechos, considerados en conjunto y enlazados por un razonamiento lógico son calificados por la jurisprudencia como indicadores de la naturaleza de un vínculo creado en torno a la prestación del trabajo humano.

Ello conlleva a la necesidad de que tales hechos constituyan hechos del proceso. En tal sentido, o bien los hechos invocados por las partes y no controvertidos (vale decir, no cuestionada su ocurrencia) o bien, controvertidos pero ilustrados por la prueba. De allí que en este último caso, la determinación de los hechos del proceso pasará por la evaluación de la eficacia de los medios probatorios producidos.

Cabe indicar que el elenco de hechos indicadores se deduce de su consideración más o menos constante por las sentencias que resuelven diferendos en torno al punto en análisis.

### 2 Tendencias de la jurisprudencia

#### 2.1 Retribución

La existencia de una retribución como contraprestación por poner la fuerza de trabajo en favor de otro que lo recibe y se beneficia de él.

A su vez esta puede ser fija o variable.

La sentencia dictada en el proceso 0001435-2011 5.04.0005 Poder Judiciario Da Uniao Justica do Trabalho da 4ta Regiao 5ta Vara do Trabalho de Porto Alegre RS destaca el elemento retribución fija como decisivo en la calificación del vínculo.

A su vez las comisiones por ventas son tenidas en cuenta como elemento definidor y exponente de la relación de trabajo dependiente en la sentencia

dictada en el proceso 0022700-77.2009 5.04.0402 RO.

De todos modos, la inexistencia de remuneración, no descarta la calificación como relación de trabajo, como lo señala la sentencia n. 530/2011 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno,

[...] el hecho de que no se reclamara el salario, resulta inocuo a los ojos del Derecho del Trabajo que no admite la irrenunciabilidad, ni expresa ni tacita a los beneficios mínimos que el estatuto laboral le asegura a quien trabaja en forma dependiente. De allí que deba hilarse muy fino cuando se aprecia el elemento onerosidad ya que la ausencia de pago, puede obedecer antes bien que a un indicador de ausencia de relación de trabajo, a una situación de incumplimiento patronal en presencia de una relación de trabajo.

En la misma línea argumental la sentencia n. 645/2012 dictada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay califica el vínculo como relación de trabajo dependiente a pesar de reconocer que en el caso, no se probó la subordinación ni la onerosidad ni que el club deportivo demandado le impartiera órdenes directas a la trabajadora reclamante, fundándose en la prueba de que había prestado un servicio personal por cuenta ajena, consistente en lavar la ropa deportiva de quienes jugaban fútbol para aquel. Agrega la sentencia que la ropa limpia era entregada al plantel por fallecido esposo de la reclamante – trabajador dependiente de la demandada según ésta misma admitiera - , quien se desempeñaba en la categoría de canchero que no incluía la tarea de lavado. De allí que, indica la Suprema Corte de Justicia, mal podía considerarse que la reclamante lavaba la ropa por mera colaboración con su esposo, sino en directo beneficio del club deportivo demandado. La prueba medular de ello surge además de que quien asumiera las tareas del canchero al fallecer, no se ocupaba de lavar la ropa sino que el club tuvo que gestionarlo a través de otra persona.

## 2.2 No participación en los riesgos

Complementa el indicador anterior que el servidor de trabajo no participe ni en las ganancias ni en las pérdidas de la gestión de quien recibe o se beneficia con el trabajo humano.

Ello puede verse reflejado por ejemplo en la utilización de los insumos, y materiales necesarios para el desarrollo del trabajo proporcionados por el

receptor del servicio: escritorios, teléfonos, papelería, uniforme , el vehículo de la empresa, los sistemas de gestión, registros informáticos, el acceso a la base de datos con los clientes de la empresa. Tal el caso del proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 RO en el que se expresa

[...] había necesidad de que todos los corredores comparecieran en la sede del Banco, vendían tarjetas de este. Para la actividad utilizaban la estructura del Banco, los materiales de trabajo. El sistema informatizado de los registros de los clientes, y se utilizaba la mano de obra de los corredores para conseguir los objetivos empresariales.

Así mismo del proceso 0001435-75.2011.5.04.0005 en el que se analizan entre otros, el uso del uniforme, y el hecho de que el trabajador no participaba en los lucros y pérdidas de la empresa.

2.3 Trabajo realizado a través de vínculos con terceros entablados por el sujeto que es beneficiario del trabajo humano

En el proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 – RO el demandante realiza tareas como corredor de seguros atendiendo clientes del Grupo económico demandado.

## 2.4 Sujeción a horario

La sujeción a un horario determinado constituye un índice más a considerar. Sin embargo la no sujeción o flexibilidad no descarta la dependencia., pues el hecho de no someterse a un control estricto o rígido de horario no revela de por sí la falta de subordinación, tampoco lo hace la circunstancia aislada de que no fuera sancionado por las faltas incurridas como indica la sentencia dictada en el proceso 001435-75.2011.5.4.0005 del Tribunal Regional do Trabalho da 4ta Região.

## 2.5 Formalización del vínculo

El objetivo inicial de las dos partes o la forma en que se inició el vínculo no resultan elementos decisivos en la calificación del vínculo. En tal sentido la

sentencia No 380/2010 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno refiere a que “ la voluntariedad en el comienzo del vínculo así como la

intención gratuita de la actividad , resultan inocuas a la decisión del debate , [...] Porque no importa si se acercaron o si se les propuso la tarea , no importa como se gesta el vínculo, sino como se ejecuta.

## 2.6 La prestación personal de la tarea

La sentencia dictada en el proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 – RO indica que el requerimiento de presentarse personalmente a la sede de la empresa, en forma regular por ejemplo para vender sus productos, se evalúa como un indicador de la relación de trabajo dependiente.

## 2.7 Prolongación del vínculo durante años

La nota de continuidad, estabilidad en contraposición con la transitoriedad, accidentalidad o de provisorio, son elementos que coadyuvan en la determinación de la subordinación, Así el caso del trabajador eventual o changador, En la sentencia No 9 del 5.3.2012 dictada por el Juzgado Letrado de Instancia única del Trabajo de 5to Turno, se establece que las tareas transitorias de corta duración que se producen por un aumento excepcional de tareas, determinan la ocasionalidad o transitoriedad , del vinculo, es provisorio o imprevisto, contingente, esporádico o eventual, todo lo que determina la inexistencia del vinculo.

Por su parte la ya citada sentencia 645/2012 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay establece “que aún en ausencia de prueba en cuanto a que se le impartieran directivas a la actora, la demandada obtuvo durante muchos años el beneficio de la tarea desarrollada por la accionante”.

## 2.8 Inserción del trabajo prestado en la organización de la empresa que lo recibe o se beneficia con él

Aspectos como constituir un eslabón o aún parte de un eslabón del proceso productivo encaminado a obtener los objetivos de la empresa que se beneficia indirectamente con el trabajo humano; o que la tarea prestada por el prestador del servicio sea de la misma índole que la que realiza la empresa; o que quien trabaja dependa en la ejecución de la labor de superiores que a su vez son dependientes de la empresa que se beneficia indirectamente con el trabajo

humano; integran el concepto más amplio de inserción como indicativo de la relación de trabajo amparada por el Derecho del Trabajo.

Para la jurisprudencia de Brasil en tendencia consolidada como expresión de la teoría de la subordinación objetiva o en su posterior desarrollo, estructural; para Uruguay por aplicación de la regla de Derecho Internacional del Trabajo que representa la Recomendación de OIT n. 198 en el sentido de que prioriza la inserción del trabajador en el proceso productivo respecto de los clásicos índices de subordinación como impartir órdenes, ejercer el poder de dirección o el poder sancionador.

En Uruguay exponentes de ello resultan las sentencias nros. 530/2011 y /2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno. La primera indica que *“[...] los actores trabajaron cumpliendo servicios en la obra, en forma onerosa, en beneficio de la demandada y ocupando un lugar en la organización de la actividad de la empresa demandada, satisfaciendo un requerimiento contractual...consistente en la custodia de la obra”*. La segunda hace lo propio destacando que el reclamante prestó servicios como encargado de distintas obras de construcción llevadas a cabo por la empresa demandada, cuyo giro principal, coincidentemente era la construcción. Agregó a tal circunstancia la ausencia de explicación razonable para que el actor aceptara comprometerse a través de una relación de arrendamiento de servicios como postuló la demandada.

En el mismo sentido la sentencia No 43 del Juzgado Letrado de Instancia Única del Trabajo de 5to Turno que expresa que la que realiza la limpiadora es una labor que *integra, obviamente, el giro normal de la empresa del demandado, y es necesaria al mismo*.

En Brasil , la sentencia dictada en el proceso 001435.75.2011.5.4.0005 expresa que

*[...] en cuanto trabaja, el hombre (su condición de ser humano) está sometido a una estructura de organización empresarial destinada a um objetivo, del cual el trabajo que él presta, forma parte conjuntamente con los otros elementos, de la empresa. La diferencia está en que ese trabajo es parte de su condición humana . De ella, él no se separa. Por eso la inserción del trabajo humano en el rol de los elementos concatenados para una finalidad empresarial genera subordinación objetiva. Una subordinación que no es personal – porque jurídicamente es afecta al trabajo humano pero no a las demás condiciones que identifican al ser humano.*

Y más adelante concluye en que

La concepción moderna de la subordinación permite que las formas de precarización o pulverización de manifestaciones aparentes de esta relación jurídica sean fácilmente aplastadas por el efecto de la aplicación de las reglas atinentes a la especie adecuada de relación de trabajo con la cual linda. En otras palabras, comprender la subordinación objetiva como inserción de la actividad en el emprendimiento, en la finalidad empresarial, implica identificarla inclusive en los casos en que el capital se pulveriza (tercerizando o cuarterizando la relación, dividiéndose entre varias empresas dentro del grupo, etc).

Este criterio también ha sido decisivo en la sentencia dictada en el proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 RO, de la 7ma. Turma en el que declara la existencia de relación de empleo entre un trabajador que desempeña actividad como corredor de seguros y un grupo económico que se dedica a la venta de éstos que lo había calificado como vendedor autónomo. También, para hacer lo propio en un diferendo planteado por una trabajadora que se ocupaba de vender los servicios financieros de un banco y pretendió la declaración de empleada bancaria con fundamento en que a pesar de su forma de contratación, llevaba a cabo actividad típicamente bancaria para aquel. La sentencia hace hincapié en la presencia de los requisitos exigidos para la calificación de dependencia estructural que se advierten del análisis de los hechos probados que ilustran la prestación de servicios en beneficio exclusivo del banco.

## **V Aspectos probatorios**

El análisis comparativo revela que la jurisprudencia de ambos países a la hora de fundar las decisiones hace hincapié en los criterios empleados en la valoración de los hechos. En efecto. En tanto, como se ha señalado precedentemente, los indicadores de la subordinación resultan de los hechos del proceso, las decisiones tienen en su base en éstos y de allí, como uno de los primeros puntos a resolver las razones por las cuales seleccionan un elenco de ellos sobre los cuales edificarán el fallo. Esto es las razones por las que entienden que tales o cuales hechos constituirán el fundamento de hecho de la decisión. En tal sentido, abordan los criterios de valoración de la prueba

producida en respaldo de los hechos planteados por las partes.<sup>27</sup>

1 Valoración en conjunto de todos los factores; uno solo en sentido contrario no alcanza para descalificar la naturaleza laboral del vínculo

La sentencia No 645/2012 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay es exponente de este criterio en tanto indica que

si bien el vínculo de subordinación es un elemento relevante a la hora de la enunciación jurisprudencial de los elementos típicos del contrato de trabajo, característico de la relación de trabajo, existen otros criterios complementarios o sustitutivos, idóneos para poner de manifiesto la subordinación, [...] tales como la continuidad entendida como la permanencia o estabilidad de la relación, la profesionalidad, entendida como el empleo u oficio que cada trabajador tiene y ejerce públicamente a cambio de un salario, la ajenidad de los frutos del trabajo que le corresponden al empleador, y la ajenidad del trabajador en cuanto a la propiedad de los medios de producción y organización empresarial.

Y dice además

[...] si bien no se logró acreditar el elemento subordinación, el mismo no deviene excluyente a la hora de valorar la relación laboral, en tanto del resto del material probatorio emerge que la reclamante prestaba un servicio personal por cuenta ajena en cual nunca fue remunerado.

La sentencia dictada por el Tribunal Regional do Trabalho de la 4ta. Región (6ta. Turma) en el proceso n. 52.8100-67.2006.5.02.0081 se recoge la misma idea en tanto se sostiene que

[...] las circunstancias relatadas por la reclamante en cuanto a que no estaba sometida a un control rígido de horario no revela la inexistencia de subordinación jurídica porque es evidente la existencia de los demás elementos de la relación de trabajo: recibía salario fijo,

---

27 No puede dejar de indicarse que en Uruguay se encuentra vigente un nuevo sistema laboral procesal desde el mes de octubre de 2009 que ha desplazado el Derecho Procesal común salvo cuando exista vacío, cuando no existan normas laborales más favorables, y habilitándose permearlo cuando además sus soluciones sean compatibles con los principios del Derecho del Trabajo. La reciente vigencia del nuevo sistema así como la imprevisión general expresa acerca de las reglas probatorias, determina que la jurisprudencia reciente aún no haya sido dictada conforme a éste sino al régimen anterior.

su actividad estaba directamente relacionada con la finalidad de la empresa. Estos factores señalizan la inserción de la obrera en el núcleo de la dinámica empresarial, con sujeción al direccionamiento ejercido por las reclamadas sobre el emprendimiento y por vía de consecuencia, sobre la forma de desenvolvimiento de la prestación del trabajo.

## 2 Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad, respecto de las formas, principio que extravasa las fronteras del Derecho del Trabajo, resulta el fundamento de algunos fallos que califican el vínculo como relación de trabajo dependiente. Este elemento indicador de la relación de trabajo dependiente es elocuentemente destacado en el voto disorde de la sentencia n. 248/2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno.<sup>28</sup> El caso refiere a un chofer de una dependencia del Estado – Administración Nacional de Educación Pública (ANEP)– quien si bien admite haber pactado un contrato de arrendamiento de servicios a través de la empresa unipersonal de su titularidad - se auto calificó como trabajador dependiente. Su posición en debate con la de la demandada que defendió la figura del arrendamiento de servicios pactado con una empresa unipersonal. Expresa el voto disorde que

[...] Probablemente, haya pocos casos tan claros como el presente, donde se configuran todas las notas del trabajo subordinado, encubiertas bajo un contrato con una empresa unipersonal.

La clave para la dilucidación del caso está en examinar las afirmaciones sobre cómo se manifestó en la realidad la relación y no en la forma en que las partes la formalizaron...” “En el caso, la empresa del actor únicamente tenía el nombre de empresa, pues es claro que el trabajador estaba sujeto al poder de dirección de la ANEP, tenía que prestar el servicio cómo y cuándo la ANEP se lo indicaba. Esta premisa fue avalada por la prueba de los siguientes extremos que dan cuenta de la subordinación existente:

1) Debía cumplir un horario” “...2) El carácter “intuitu personae” del vínculo. Como se afirmó en la demanda –y no se controvertió- no se admitía la prestación del servicio por un suplente.

---

28 Ministro disorde Dra. Selva Klett.

3) La “empresa” del actor no tenía dependientes.4) La “empresa” del actor únicamente tenía su fuerza de trabajo, pues los vehículos que utilizaba eran de la ANEP, cargaba nafta con vales de la ANEP, etc. (todos estos extremos no fueron controvertidos).

## Agrega que

[...] del cúmulo de indicios que surgen del expediente resulta claro que el actor era un trabajador subordinado desde el primer día que se vinculó con la ANEP, pese a que el vínculo se formalizó por medio de la “empresa unipersonal. Evidentemente, por estas razones, el BPS observó los contratos presentados para su registro, una y otra vez.

## Dice además que

Hay que preguntarse que cambió en la realidad desde que al actor se lo contrató mediante contrato de función pública y dejó de prestar el servicio en su calidad de “empresario unipersonal”. Y la respuesta es que no cambió nada. El actor siguió conduciendo los mismos vehículos de la ANEP, cargando combustible con los vales de la ANEP, y haciendo exactamente las mismas tareas. Lo único que cambió es la forma jurídica que se escogió. Pero, como se expresó, la forma jurídica en materia laboral es irrelevante si no se compadece con la realidad.

El abuso en la contratación de verdaderos dependientes con el ropaje jurídico de empresas unipersonales ha sido relevado por la jurisprudencia laboral y por la jurisprudencia de la Corte. Estos órganos jurisdiccionales han sostenido que, cuando hay una clara relación de dependencia, debe regir el estatuto del trabajador subordinado y que resultan aplicables las normas del Derecho laboral privado, a pesar de que el empleador sea una entidad estatal [...]

En similar sentido la sentencia de Brasil dictada en el proceso 0001435-75.5.04.0005 analiza los hechos a la luz de los principio desenmascarando una relación de trabajo encubierta bajo la forma de una supuesta cooperativa que el reclamante integraba según la versión de los hechos de la parte demandada. En efecto. Para fundarlo cita la Recomendación de OIT n 193 en tanto expresa que “...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”. Y agrega, que es exactamente la hipótesis que se analiza en el caso.

### 3 Principio protector: “in dubio pro operario”

El principio protector del trabajo reconoce tres reglas : “in dubio pro operario”, la preferencia por la norma más favorable , la persistencia de la condición más beneficiosa.<sup>29</sup>

La regla “in dubio pro operario” cuyo enunciado indica que a la hora de interpretar una norma el intérprete habrá de elegir entre varios sentidos posibles, aquel que sea más favorable al trabajador. Se trata de una herramienta del aplicación del derecho objetivo que re orienta el principio de protección del derecho civil “favor pro reo” , por cuanto en la relación de trabajo el sujeto más débil no es el deudor – empleador – sino el trabajador.<sup>30</sup>

Si bien, la jurisprudencia uruguaya tiene en cuenta el principio a la hora de interpretar normas jurídicas, pocas sentencias lo han aplicado para la valoración de la prueba y bien podría decirse que todas, lo exilian a la hora de valorar la prueba de los hechos cuando el objeto del proceso recae en la calificación del vínculo jurídico.

La doctrina releva posiciones discrepantes en cuanto a la aplicación del principio para valorar la eficacia de los medios probatorios en los procesos laborales, pero lo exilia totalmente a la hora de decidir si una persona es dependiente o no. Ello con fundamento en que justamente lo que controvierte es la existencia o no de la relación laboral.<sup>31</sup> Este temperamento lo recoge frecuentemente la jurisprudencia uruguaya siguiendo una sentencia de la Suprema Corte de Justicia que indica el argumento reseñado.<sup>32</sup> En puridad, si el “in dubio pro operario “ constituye un principio que se deduce del Derecho del Trabajo aplicable a las relaciones de trabajo, constituye una petición de principios pretender aplicarlo cuando, justamente lo que está en debate es la configuración o no de una relación de trabajo.

---

29 Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Depalma . 3ra. Edición . 1998 pag.84 y sgtes.

30 Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios ..., pag. 85.

31 Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios... pag. 99.

32 Sentencia publicada en el Anuario de Derecho Laboral 194-1995 caso 1031.

#### 4 Carga de la prueba de la demandada respecto de hechos modificativos de la pretensión

La carga de la prueba corresponde a quien invoca un hecho impeditivo o modificativo de la pretensión del actor. Esto es cuando la parte demandada controvierta la relación de trabajo calificada por el reclamante, invocando en su lugar otra – arrendamiento de servicios, trabajo autónomo, conformación de una cooperativa, trabajo voluntario, etc – es ella la gravada con la carga de la prueba de su demostración. Esta idea es desarrollada por la sentencia dictada en el proceso 0001435-75.5.04.0005 que hace referencia a que la Cooperativa demandada afirma que los servicios desarrollados por la trabajadora favorecían a la otra co-demandada, haciendo hincapié en lo que la otra no probó, cuando tenía la carga de acreditar sus dichos en tanto había invocado un hecho impeditivo.

En el Uruguay, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno da cuenta de un número importante de sentencias que resuelven diferendos como el que se analiza que adoptan decisión valorando especialmente lo que el demandado estaba llamado a probar y no probó. Entre ellas la n. 412/2010 en la que la demandada había repelido la pretensión alegando una forma jurídica distinta a la planteada por el actor.

### **Conclusiones**

A modo de conclusiones, presenta interés extraerlas de la consideración de dos aspectos: la modalidad de la investigación y el tema investigado.

En cuanto a la modalidad, el abordaje de jurisprudencia importa adentrarse en el Derecho Jurisprudencial, fuente – material, conforme el ordenamiento de Brasil y Uruguay – que es espejo de la vida misma de una sociedad en un tiempo, en un lugar. En efecto. El Derecho Jurisprudencial es espejo de la vida de una determinada sociedad visualizada a través de los conflictos que está llamada a resolver.

En cuanto al tema investigado, el Derecho Jurisprudencial sobre la calificación del vínculo jurídico cuando se debaten la relación de trabajo y otra de diversa índole, despierta un interés adicional. Principalmente por dos motivos: uno, que es revelador de la labor especialmente creativa del juez que resuelve el conflicto; otro, que las decisiones individualmente consideradas y las tendencias que puedan deducirse de la apreciación del conjunto, pueden redundar en el

pulmón o en la reducción de las fronteras del Derecho del Trabajo.

Justamente, por ese rol de artesano que juega el juez que resuelve un conflicto en torno a la calificación de vínculo, el contrapunto de jurisprudencia emitida en nuestros países, aporta tanto a quienes investigamos como quienes analicen la investigación, un insumo más en este fino hilado de indicios y razonamiento, que conformarán la decisión.

Ahora bien. Del cotejo de ambas jurisprudencias surge claramente que el objetivo de ambas está en la realización de la tutela efectiva del justiciable ya que, se esfuerzan por develar la verdad de los hechos prescindiendo, si es necesario, de las formas jurídicas a través de las que aquellos se presentan en el proceso.

Puede apreciarse cómo las dos jurisprudencias intentan introducirse en los nuevos serpenteados caminos de las formas de prestación del trabajo humano que han provocado los cambios tecnológicos, culturales y aún políticos. La jurisprudencia de Brasil, a través de la figura de la “subordinación objetiva o estructural”, co elaborada con la doctrina. Interesante enseñanza para la jurisprudencia uruguaya que recién tímidamente y en casos salpicados que aún no hacen tendencia, empieza a respaldarse en la Recomendación n. 198 de OIT para potenciar la incidencia de la ajenidad y la inserción del trabajo humano prestado en la actividad de quien lo recibe o se beneficia de él. O, como indica la señera sentencia de la Suprema Corte de Justicia n. 645 multicitada, que se despoja del mito de la prueba eficaz de la subordinación – en su versión clásica – , sustituyéndola por la decisiva incidencia de la consideración de la actividad personal y la ajenidad. Si bien la sentencia no lo plantea expresamente, su razonamiento fundante viene a seguir el camino marcado por la doctrina y la Recomendación n. 198 de OIT: la subordinación inferida de la ajenidad en la prestación de la actividad humana.

Y bien, el contrapunto de jurisprudencia, sobre la determinación de la relación de trabajo, nos permite concluir que los jueces brasileros y uruguayos transitamos el mismo camino: la eficacia del servicio de justicia a través de la efectividad de la tutela del hombre que trabaja.