

La presente selección ha sido elaborada sobre la base de material aportado y clases dictadas en años anteriores para la materia LEGISLACIÓN Y RELACIONES INDUSTRIALES, en la Facultad de Ingeniería de la UDELAR, a cargo del Prof. Titular Dr. Jorge Rosenbaum Rimolo .

Esquemas Prof. Jorge Rosenbaum

SEGUNDA PARTE

El empleador. Denominación. Concepto y caracteres.

1. Consideraciones generales.

Se trata del otro sujeto (o actor) principal del DL

Es el co-contratante del tbj dentro del esquema del contrato de trabajo (o relación de trabajo)

Pero en este caso, también puede ser sujeto “directo” del DL en el ámbito de la proyección colectiva.

¿Por qué? Por la “in-esencialidad” de su carácter colectivo para constituir un sujeto legitimado.

Motivo: el Der Col de T hace prevalecer al sujeto trabajador como un sujeto colectivo (Sindicato), a los efectos de que a través del agrupamiento de sujetos individuales (trabajadores) (“agrupamiento más solidaridad”), se produzca un reequilibrio de poder frente a un esquema de relaciones en el que, ab initio se supone que existe un actor principal (el trabajador) que se encuentra en una posición de debilidad (económica, social y principalmente jurídica) respecto del otro sujeto (empleador).

De allí que del lado del empleador no se exija necesariamente la participación de un sujeto colectivo (organización profesional de los intereses patronales), bastando que actúe un empleador individualmente considerado (p.ej: la empresa) para validar una relación colectiva de T (p. ej.: una negociación colectiva)

2. Definición

PLA RODRÍGUEZ: Se trata, pues, de aquel sujeto para quien se trabaja (acreedor de T) y, por consiguiente, quien remunera al trabajador (deudor de salario).

MARTINS CATHARINO: es el sujeto principal desde el punto de vista económico. Pero desde el punto de vista del carácter tuitivo del DL, pasa a ocupar un lugar "secundario". El DL y todo el ordenamiento jurídico del T se construye, en principio, con el objeto de proteger al trabajador (Const.: "el trabajo está bajo la protección especial de la ley").

DE BUEN: Hoy asistimos, sin embargo, a una transformación en los fines perseguidos por DT. Este se encamina más a la protección del empleo (puesto de T), que del sujeto que desenvuelve el trabajo (trabajador).

ROSENBAUM: quizás sea una presentación "radical" del proceso evolutivo del DT (esta tendencia parece ubicarlo como un capítulo más de la Economía, y no como una disciplina jurídica autónoma, con principios y fines propios). Pero al menos es descriptiva de esa interdependencia entre derecho social y economía en el mundo (real) del trabajo.

3. Denominación

- **Patrono** Denominación histórica, asimilable al titular del dominio (dueño, patrón).

Calificación empleada particularmente con una raigambre propia de las concepciones del DT como un derecho de clase: patronos y proletarios).

- **Empresario** Predomina en España: denominación apropiada, pero que vincula a la figura del empleador con la organización del T productivo: la empresa como unidad productiva.

De allí que se acerque más a una interpretación económica de la relación de trabajo.

Una crítica acerca de su insuficiencia: puede haber empresarios que no ocupen personal dependiente y, por tanto, no ser empleadores. A la inversa, pueden existir empleadores que no sean empresarios propiamente hablando (la dueña de casa, respecto de su empleada doméstica).

- **Dador de trabajo** Predomina en Italia: datore di lavoro) Derivada de la relación de cambio propia del contrato de trabajo.

Se critica su imprecisión: también "da" trabajo quien lo presta (el trabajador)

- **Acreeador de trabajo** (idem, vista desde la otra cara)
- **Jefe de empresa** Muy propia del derecho francés, en cuanto reconoce poderes especiales en la organización de la empresa y responde a una concepción doctrinaria: concepción institucionalista de la empresa
- **Principal** Proviene del Der Comercial y era empleada tanto en Francia como en España; de allí pasó a los Códigos de América Latina.

Crítica: no designa por sí misma la naturaleza de la relación jurídica de su titular.

- **Empleador** Terminología más aceptada; recogida en las normas internacionales de la OIT

Expresa gráficamente la parte que “emplea” a otro en la relación de trabajo.

4. Concepto

DE LA VILLA: Señala que el concepto de Empleador (o de empresario, que es la denominación que recoge el Estatuto de Trabajadores), a los efectos laborales, es un concepto meramente traslativo o reflejo del concepto de trabajador

Este último es el que se convierte en el concepto de referencia básico para la configuración del ámbito de aplicación de las normas del DL

Definición del Estatuto de los Trabajadores español (art. 1.2): todas las personas físicas o jurídicas (o comunidades de bienes) que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior.

En el art. 1.1 define al trabajador como las personas que “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario”

ROSENBAUM: Crítica a esta afirmación

¿No podría decirse lo mismo de la definición de trabajador? Porque la norma, al definir al trabajador, recurre a una descripción del empleador.

Lo que podría interpretarse que se quiere señalar es, en definitiva, que para el DL la figura central es el trabajador y que, en cambio, la figura del empleador está relacionada más con su interés económico que jurídico protector.

CAMMERLYNCK - LYON CAEN: [Derecho del Trabajo, p.3]

Es el propietario [JR: titular] de los instrumentos de trabajo, quien remunera y da las órdenes.

5. Caracteres

a) Puede tratarse de persona física o moral

En este último caso, a los efectos de la relación de trabajo no interesa que esa persona moral posea o no personería jurídica; alcanza con se trate de una sociedad de hecho, p. ej., en la medida que emplee personal a su cargo.

En ese caso, hasta podría considerarse a la sociedad de hecho como una pluralidad de personas físicas (JR: esto desde el punto de vista, p. ej., de la responsabilidad que habrán de asumir sus componentes frente a los trabajadores).

PLÁ RODRÍGUEZ: pueden ser empleadores el conjunto de personas sin siquiera constituir una sociedad de hecho (p. ej.: distintos médicos que comparten un consultorio común y que contratan una recepcionista para atender al público y el teléfono).

ROSENBAUM: ¿No sería el caso de los copropietarios de una propiedad horizontal?

Luego veremos otras formas de “agrupamiento” de empleadores (grupos de empresa, conjunto económico)

b) Con o sin fines (o ánimo) de lucro

No es exigible que quien emplea los servicios de otro persiga fines lucrativos.

P. ej.: una mera Asociación (filantrópica, cultural, deportiva, sindical) puede tener empleados.

Un ama de casa puede emplear a una doméstica.

En este caso no se ejerce por parte del empleador una actividad económica (que tenga por objeto “el cambio económico o la producción de bienes o servicios” para obtener un lucro o beneficio).

Basta con que emplee a una persona, bajo una relación de subordinación o dependencia, que preste sus servicios en forma remunerada y por cuenta ajena.

ROSENBAUM: Alcanza que, incluso, se obtenga un beneficio propio y directo a través del T prestado por el empleado (muy claro en el servicio doméstico: la empleadora “se beneficia” con la prestación de la doméstica, que limpia, cocina, ordena la casa).

Por eso se dice que el empleador es la persona que recibe los servicios y se beneficia con ellos.

c) Persona privada o pública (Estado-empleador)

SALA FRANCO: La condición de empleador puede ser asumida tanto por una persona privada como por una persona jurídico-pública.

El Estado puede contratar como empleador.

Muchos países extienden a las relaciones trabajador e empleados “públicos”, las normas generales del DT, aunque regulando específicamente ciertos aspectos de interés público, como la carrera funcional, la estabilidad, las reglas disciplinarias, etc., a través de normas estatutarias propias.

Esta tendencia coincide con el carácter fragmentario que presenta habitualmente el DT, desde que son muchos los denominados “estatutos especiales” que ameritan regulaciones diversas de los trabajadores entre sí, o de las propias actividades entre sí (como ocurre en Uruguay: Estatuto del Trabajador Rural, ley del trabajo a domicilio, ley de los trabajadores del hogar, gente de mar, portuarios, vendedores de plaza y viajantes, etc.)

El problema se da en muchos países (entre los cuales Uruguay) que distinguen el tratamiento esencialmente diferenciado entre el régimen “estatutario” del derecho público, respecto del ordenamiento jurídico laboral que rige en la actividad privada. En tal caso, existen fuertes tradiciones que continúan considerando que la relación jurídica del Estado con sus funcionarios, es de naturaleza administrativa y regida por el Derecho público.

Por ello, no les alcanzan:

- Las leyes “laborales”
- El fuero o jurisdicción especializada del trabajo
- El procedimiento laboral

Sin embargo, CASSINELLI MUÑOZ apela a lo que ha denominado la “teoría general del trabajo”, fundada en que los principales artículos de la Constitución que hablan del trabajo y regulan su protección, no hacen una distinción entre su carácter privado o público.

(Bibliografía a consultar: Horacio **Cassinelli Muñoz**

- Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios, en RDJA, t. 58, p. 232;
- El régimen de los funcionarios públicos en la Constitución uruguaya, en RDJA, t. 65, p. 277 y ss.;
- Cursillo sobre Derecho del Trabajo y los funcionarios públicos, en Biblioteca de Derecho Laboral,, p. 104

Aun subsistiendo este trato diferencial en la práctica, es dable efectuar algunos señalamientos trascendentes:

- Los funcionarios públicos tienen derecho a sindicalizarse (CIT núm. 87).
- También los alcanza el ejercicio del derecho de huelga (art. 57 de la Constitución).
- Se promueve la negociación colectiva entre sus organizaciones sindicales y el Estado (CIT N° 98, 154 y 151; más recientemente Ley N° 18.508 sobre negociación colectiva en el sector público).
- Los “funcionarios” de las personas públicas no estatales se rigen por el DT.

LECTURA COMPLEMENTARIA

Nuevas categorías de funcionarios públicos: BECARIOS y PASANTES

Emilio Biasco

C) La relación laboral en las Personas Públicas no Estatales y Paraestatales⁶¹

En cuanto a la caracterización del vínculo laboral de los funcionarios o empleados de las Personas Públicas no Estatales o de las Paraestatales, la doctrina y la jurisprudencia nacional no ha sido pacífica, habiéndose sostenido concepciones afines, y contradictorias.-

a) En un primer momento la Suprema Corte de Justicia sostuvo que eran empleados públicos⁶²; no obstante lo cual, en reciente fallo, sostuvo que los empleados de la PPnE no son funcionarios públicos, y se rigen por el Derecho laboral, *a pesar de lo cual no debe olvidarse que el personal perteneciente a los referidos organismos -como el Instituto Nacional de Carnes- se encuentra alcanzado por estatutos especiales.*-⁶³

b) Son empleados públicos, no estatales.-⁶⁴

c) Son trabajadores privados regidos por el Derecho laboral (posición sustentada por Francisco De Ferrari)⁶⁵; o asimilables a los trabajadores privados (Carlos Sacchi).-

d) En el caso de las Personas Públicas no Estatales, no existe relación de trabajo privada; toda vez que:

60 Lo cual no requiere una dedicación total; pero el funcionario no puede anteponer la realización de otras actividades, al ejercicio de la función pública.-

61 Tomado de Emilio Biasco: Las Personas Públicas no Estatales y Paraestatales, Montevideo, 2000.-

62 Vé.: S. de 22.VIII.1952, en LJU y. 26, caso n° 3685.-

63 Vé. SCJ, S. N° 34/99, de 24.II.1999.-

64 Vé. Antonio Grille. Sentencia

65 Vé. Francisco De Ferrari: Lecciones de Derecho del Trabajo, t. IV.-

C:\Documents and Settings\msorensen\Escritorio\Milton\BECARIOS Y PASANTES[2].EBM.doc
Página - 26 -

- no son nombrados libremente, sino mediante procedimientos especiales;
- tienen estabilidad en el cargo;
- no pueden ser separados arbitrariamente;

- no se les aplican los Consejos de Salarios;
- no se les aplica la indemnización por despido;
- están sujetos a un régimen estatutario legal (Real).-66

e) No son funcionarios públicos, pero se encuentran en una relación públicoadministrativa67.-

f) No son funcionarios públicos, ni tampoco trabajadores privados; se trata de una relación sui generis o de tercium genus: ni pública ni privada68.-

g) Como no son funcionarios públicos, se rigen por el Derecho laboral, sin perjuicio de las disposiciones expresas que existieren en cada caso (Sayagués)69.-

h) La relación entre la PPnE y el personal, es privada; y esos trabajadores son funcionarios privados (TCA, Ss. de 1972 y 1975)70.-

Al no encontrarse incorporados a una entidad estatal, sus trabajadores no se consideran funcionarios públicos; regulándose por el Derecho laboral.-

No obstante la aparente equiparación en cuanto a la aplicación del derecho laboral, se encuentran sometidos a regímenes jubilatorios variados.-71

En definitiva corresponde concluir que, en la Constitución uruguaya, existe una correspondencia biunívoca entre la naturaleza de la Persona Jurídica y el carácter de la relación de empleo, por lo que los denominados *funcionarios públicos*, **sólo son los funcionarios estatales**.-

A los funcionarios de las PPnE originarias, sólo se les podía considerar **funcionarios públicos en sentido amplio**, en virtud de ejercer actividades reguladas *aunque ilegítimamente* por el Derecho público.-72

66 Vé. Carlos Sacchi: RDL N° 146.-

67 Es la posición de Martins, Prat y Carvalho.-

68 Es la posición de Américo Plá Rodríguez:

69 Vé. E. Sayagués Laso: Tratado de Derecho administrativo, t. II, p. 236.-

70 Mediante una R. de Coprin (N° 20), se los calificó como trabajadores privados, con la finalidad de aplicarles la Ley N° 13720.-

71 P.e.: es lo que ocurre con la Caja Bancaria; la Caja Notarial; la Caja de Industria y Comercio.-

72 Al respecto cabe recordar que la Ley N° 15783 dispuso un tratamiento similar para empleados estatales y no

C:\Documents and Settings\msorensen\Escritorio\Milton\BECARIOS Y PASANTES[2].EBM.doc

d) No es “intuitu personae” (salvo raras excepciones)

A diferencia de la figura del trabajador respecto del empleador, en donde lo que importa es el carácter personalísimo de la prestación del primero (no es lo mismo que yo contrate a Juan que contrate a Pedro), el empleador no es un sujeto que represente un interés “intuitu personae” (personalísimo) respecto de la persona del trabajador.

ROSENBAUM: Este puede trabajar tanto si su empleador es una persona física o una persona jurídica; si es una sociedad de hecho o si se transforma en una Anónima; si el titular de la sociedad que lo emplea es una sola persona física, una familia o si lo son diversos accionistas, incluso que van cambiando por la venta y compra de acciones que dan la titularidad de la empresa a sus poseedores).

En general, no interesa al trabajador quien es el “titular” (económico ni jurídico) de la empresa que lo emplea.

PLÁ RODRÍGUEZ: El hecho de que la empresa pertenezca a una persona física o a una persona jurídica o moral, no le interesa en absoluto al trabajador.

Ello importa desde el punto de vista práctico porque no pueden afectarle, p. ej., los cambios de titularidad que puedan ocurrir en la persona jurídica (ventas, fusiones, absorciones), ni tampoco los cambios de la propia personería jurídica o forma jurídica (transformaciones societarias, como p.ej., una SRL que se convierte en SA).

Por ello se entiende, como regla general, que los contratos de trabajo subsisten (y lo hacen en las mismas condiciones) frente a las variaciones producidas en la persona del empleador (reiteramos, cambios en su forma jurídica; cambios en su titularidad; etc.).

Esa indiferencia del trabajador frente a los cambios que ocurran en la persona del empleador (quien puede ser sustituido por otro o puede sufrir transformaciones muy diversas sin que el contrato de trabajo se altere), responde a diferentes motivos:

- el carácter despersonalizado con que el DL puede llegar a considerar al empleador como sujeto contratante de trabajo (salvo situaciones excepcionales en las que la persona del empleador asume una importancia central)
- el interés del DL porque los contratos de trabajo perduren en el tiempo (principio de continuidad)

Situaciones en las que la persona del empleador reviste un interés especial para el trabajador:

En algunos casos, el contrato de trabajo puede ser “intuitu personae” respecto del empleador: ello ocurre cuando el trabajador tuvo en cuenta la PERSONA del empleador para celebrar el contrato de trabajo.

Ejemplos manejados en clase:

(1) cuando la relación de trabajo requiere una actividad íntimamente conexas con la actuación personal del empleador, que no puede ser sustituida por otros que lo reemplacen.

PLÁ RODRÍGUEZ: Caso del secretario de un político; caso del ayudante de un profesional liberal (por la afinidad y el contacto personal que suponen ambas relaciones de trabajo, así como otras valoraciones vinculadas con la militancia o el aprendizaje).

Caso de la acompañante de un enfermo o de una institutriz.

(2) cuando la propia actividad que supone el CT es, esencialmente, personalísima.

P. ej.: contrato doméstico (puede no ser indiferente trabajar en una casa para una familia, que hacerlo para un dueño de casa, hombre sólo; tampoco es indiferente continuar el trabajo para los herederos, cambiando incluso de hogar).

(3) cuando el objeto del CT está ligado principal y exclusivamente con la persona del empleador

P. ej.: se contrata a una persona para cuidar un enfermo y éste fallece (o tiene que ser internado en una casa de salud)

[Ver AJL 2002, Caso 838, pág. 379]

(4) cuando la actividad que desarrolle el trabajador puede estar íntimamente vinculada a una idea, opinión o militancia (religiosa, periodística, política)

P. ej.: un periodista de opinión (no es lo mismo escribir el editorial de El País que de La República)

La empresa ante el Derecho del Trabajo.

Personería laboral del empleador. Sujeto complejo y conjunto económico.

Personería laboral del empleador.

1. Concepto

- Es admitido en el DT (en algunos casos, incluso por su ordenamiento jurídico) que se reconozca una “personería laboral” a determinadas realidades, lo que implica configurar derechos y obligaciones respecto de algún sujeto considerado exclusivamente en el ámbito de las relaciones laborales.

2. Personería clásica de derecho común.

No se trata, pues, de la personería jurídica clásica, propia del derecho común.

Cuando media un reconocimiento de esta “personería laboral”, ello no implica extenderla u otorgarla a todos los efectos jurídicos.

Un ej.: el sindicato (organización profesional de trabajadores que puede tener personería jurídica de derecho común o no, pero que en todos los casos es titular de una “personería laboral”

Consecuencia: se trata de una organización representativa de un interés colectivo, capaz de desenvolver válidamente actividad sindical, negociar convenios colectivos o recurrir al conflicto colectivo. Ello no implica que ex este último caso le sea posible adquirir un inmueble o un vehículo).

Algo similar ocurre respecto del empleador: se entiende que existe y se verifica una personería laboral del empleador en todas aquellas situaciones en las que una persona física o moral (aún sin personería jurídica) emplee a un tbj dentro de una relación o contrato de T

En general, puede decirse que se trata de un mecanismo instrumental propio del derecho adjetivo (der. Procesal del T) en cuanto a facilitar una adecuada tutela al trabajador que pretende responsabilizar al empleador por créditos laborales.

3. Autonomía o especialidad del Derecho del Trabajo.

El reconocimiento de la “personería laboral” del empleador se fundamenta en la autonomía y especialidad de esta disciplina.

Ma. JOSEFINA PLA: Esta rama del derecho no puede permitir que un excesivo formalismo la torne inoperante y haga ilusoria la aplicación de la legislación en la materia.

En particular se tienen en cuenta sus principios propios, como:

- el p. de primacía de la realidad
- el p. de razonabilidad
- el p. de buena fe
- el p. protector
- el p. de continuidad

4. Proyecciones prácticas del concepto.

La personería laboral del empleador así concebida tiene utilidad práctica.

* Puede suceder que:

- el trabajador desconozca quien es el verdadero titular de la empresa
- se verifique un error procesal sobre quien es su empleador (nombre, naturaleza jurídica de la sociedad, domicilio, etc.) o que se demande a un socio (cuando en realidad existe más de uno)

Referidas a posibles errores procesales:

- en el nombre (se conoce la marca del producto, pero no la razón social de la empresa)
- en la citación y el emplazamiento (se cita a la sociedad que es dueña de una marca y no a la sociedad que siendo empleadora, actúa como agente o dispone de un royalty para explotar la marca)
- en la naturaleza jurídica de la sociedad (en una SRL y no una Anónima)
- en la demanda instaurada a un copropietario del establecimiento únicamente

No se admite la nulidad de estas situaciones procesales por vicios de forma.

* También se entiende que no es posible que el trabajador se perjudique en los casos de sustituciones de empleador (p. ej.: variaciones sucesivas en la titularidad de la empresa por cesión, transferencia, cambio de firma, etc.).

En función de ello, la jurisprudencia no hace lugar a la invocación de tercerías.

* Otro tanto ocurre respecto a desajustes entre la realidad y la forma (a veces intencionales, incluso, con el fin de burlar obligaciones laborales o de seguridad social)

La demanda se admite que es válida si se entabla contra quien ha actuado en los hechos como empleador, aunque formalmente no lo sea (por no ser socio, no figurar como tal, etc.).

Conjunto económico.

1. Noción.

Es posible hablar del grupo de empresas o del conjunto económico como empleador.

Se lo describe en el ámbito laboral como el “conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés”.

PLÁ RODRÍGUEZ: “un núcleo de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única”

Existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Se trata de realidad más económica que jurídica

2. Caracteres o elementos:

I: **Esenciales:**

- pluralidad de empresas o componentes con autonomía formal o aparente de los mismos

ROSENBAUM: decimos de componentes porque sería admisible también un conjunto económico entre empresas y personas físicas (titulares de una actividad empresarial; p. ej.: empresa unipersonal)

Puede existir:

- por descomposición de una empresa en varias “sub – unidades”
- por concentración de unidades preexistentes

Generalmente presentan “personerías jurídicas” independientes.

Pero subyace una realidad sustancial (económica, funcional) que va más allá de la meramente formal (estructural) que identifica una “unidad del todo”.

- realidad económica subyacente
 - funcionamiento del conjunto
- existencia de cierta organización entre las mismas;

Los componentes se encuentran íntimamente relacionados entre sí y constituyen, en la realidad, una única organización

ROSENBAUM: Muchas veces, en la apariencia externa, esa organización se desdibuja o no es visible frente a terceros, pero en lo interno traduce grados importantes de organización común (p. ej.: una empresa provee insumos o materias primas; otra empresa fabrica; otra comercializa; etc.).

- jerarquía dentro del grupo;

Las relaciones internas pueden ser, generalmente, de subordinación respecto de una empresa matriz (madre, principal) y otras filiales (o subsidiarias).

Y ello ocurre aun cuando se reconozca autonomía formal a cada componente

- actividad similar o complementaria;

También es una característica la posible complementariedad de actividades (reiterar ej. anterior).

En otros casos, simplemente se trata de actividades similares (p. ej.: un banco; una empresa que comercializa tarjetas de crédito).

ROSENBAUM: Sin embargo, hoy día la expansión de muchos grupos económicos lleva a la explotación de actividades sustancialmente diversas,

tratando de imponer presencia en distintos ámbitos (p. ej.: una cadena de hoteles, pero que a la vez maneja negocios de tickets alimentación; o un grupo económico que es propietario de un hotel, de un banco y de un diario).

- control;

Existe, en general, un vínculo de dominación entre los participantes del grupo por el cual uno de ellos adopta una posición dominante sobre los demás.

Precisamente, el control es la posibilidad de ejercicio de una influencia dominante de una empresa sobre otra.

El control se manifiesta de diversos modos:

- puede ser interno o societario (p. ej.: mayorías accionarias)
- puede ser externo o contractual (p. ej. contratos de asistencia técnica, de transferencia de tecnología, de agencia y distribución, de suministro, de concesión, de patentes, de leasing, etc.)
- poder económico dentro del grupo.

Generalmente traduce la unidad subyacente en el interés económico del grupo.

El poder económico se sitúa a nivel del grupo.

El ejercicio del poder económico asume también otras proyecciones, a través de una estrategia única y común, de una unidad de decisión, etc.

II: **No esenciales**

- dimensión o tamaño de los componentes del grupo
- fin de lucro (p. ej.: una Fundación como componente del grupo)
- modalidades operativas

3. Efectos:

Como existe un riesgo real de que la noción de persona jurídica se pueda transformar en un disfraz que oculte la verdadera naturaleza del ser y del interés que constituye su soporte, ha comenzado a admitirse el carácter “instrumental” de la personalidad jurídica admitiéndose la posibilidad de que la misma sea dejada de lado o sea traspasada para alcanzar al sujeto real escondido detrás de ella.

De allí que las consecuencias se traduzcan en identificar a:

- Una única empresa y un empleador también único (por tanto, un único deudor)

La unidad subyacente debe prevalecer sobre de multiplicidad de formas exteriores (por aplicación del p de primacía de la realidad)

- Una solidaridad pasiva y activa

Es la “unidad” (el conjunto) la que resulta responsable de las deudas contraídas o de los actos cometidos

4. Prueba del conjunto económico: indicios.

Algunos indicios jurisprudenciales:

- Trabajadores que están sólo en la planilla de una empresa, pero prestan tareas para más de una empresa (a la vez), las que se benefician por igual de dicho trabajo;
- Alternancia sucesiva de personal entre las empresas;
- Los trabajadores responden a las órdenes de más de una empresa o de todas ellas;
- Conexión entre los giros de las empresas (más aún cuando están vinculados y uno es el eslabón del otro para hacer posible y rentable el funcionamiento);
- Coincidencia de domicilio;
- Coincidencia de administración de las mismas;
- Actuación de un mismo principal (quien actúan incluso como si fuera un único empleador);
- Apariencia de dueño de una única persona;
- Dirección técnica y maquinaria utilizada en común;
- Directores de las empresas son los mismos;
- Comparecencia en juicio de las empresas representadas por un mismo profesional;
- Constitución de un mismo domicilio procesal;
- Recepción de órdenes y pago de salarios a través de una misma persona física;

PARTE II

LA CLASE CONTIENE UN RESUMEN EXTRAÍDO DEL LIBRO:

REGIMEN JURIDICO DE LA SUBCONTRATACION E INTERMEDIACION LABORAL. Estudio de las Leyes 18.099 y 18.251, de Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello, ed. FCU, 1ª. Edición 2009

***Nuevas modalidades de organización del trabajo.
Descentralización empresarial.***

I Aspectos generales

1. La intermediación laboral es un fenómeno muy antiguo que ha tenido gran expansión y diversificación en los últimos 15 años.
2. Antes se concentraba en actividades intensivas en mano de obra, ahora en todos los sectores.
3. Evolución jurídica: se ha pasado de una concepción negativa (fraude - prohibición) a un enfoque permisivo (admisión de ciertas formas de intermediación).

Intermediación de mano de obra

Concepto clásico: práctica por la cual un empresario contrata a un trabajador, por cuenta y orden de otro empresario, para ponerlo a disposición de este último, que es quien dirige y se beneficia del trabajo.

El intermediario era considerado testaferro u hombre de paja.

Se imputaba la relación laboral al auténtico empleador (comitente)

Ilícitud de la intermediación

➤ *Tradicionalmente la intermediación estaba prohibida por tres razones básicas:*

- suponía una forma de lucrar con el trabajo
- implicaba el riesgo incumplimiento de la legislación social
- representaba riesgos de frustración en el cobro de los créditos laborales por insolvencia del intermediario

Resurgimiento de intermediación

- Nuevas formas: cooperativas obreras, trabajo compartido, cesión o préstamo de mano de obra, suministro de mano de obra, contratos de equipo, etc.
- Causas: transformación en los modelos de organización del trabajo y en los sistemas de producción (Externalización)

Formas de organización empresarial

- Antes: empresa vertical y autosuficiente (“cuasi-Estado”)
- “Por una puerta entraba la materia prima y por la otra salía el producto terminado”

Ahora: la empresa desplaza hacia otras entidades sus funciones desprendiéndose de activos fijos y recursos humanos (paradigma de empresa flexible)

Causas de la externalización

- innovaciones tecnológicas
- entorno de hiper competencia
- cambios en el modelo de producción: de Taylor/fordista a toyotista
- cambios ideológicos
- pérdida de poder sindical
- especialización productiva de las empresas y división del trabajo
- funciones desprendiéndose de activos fijos y recursos humanos (paradigma de empresa flexible)

Objetivos de la externalización

- *Reducción y diversificación de riesgos*
- *Optimización de recursos*
- *Disminución de costos*
- *Flexibilidad organizativa y presupuestal*
- *Especialización productiva*
- *Mejoramiento de la calidad del producto*
- *Disminución del tamaño de la empresa*
- *Eficiencia económica*

Concepto de externalización

“Consiste en una forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una “empresa principal” decide no realizar directamente ciertas actividades, optando, en su lugar, por desplazarlas a otras “empresas auxiliares” con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles, mercantiles o administrativos”

Alcances de la Externalización

Dos nociones diferentes de Externalización:

Externalización de operaciones

Proceso por el que una empresa “Comitente” encarga a otra “Auxiliar” la realización de una obra o servicio

La “empresa auxiliar” debe aportar valor añadido (no solamente proveer trabajo), poseer medios e infraestructura propios y dirigir – controlar sus trabajadores

Jurídicamente se identifica con “contratas y subcontratas”

Externalización de mano de obra

Consiste en la utilización directa de trabajo humano sin ser formalmente empleador

Lo que se externaliza es la función de contratación de personal

Ejemplos: suministro profesional de trabajo (ETT), préstamo de mano de obra entre empresas, cooperativas de trabajo

Jurídicamente se identifica con la intermediación

Características comunes a todas estas formas de

intermediación laboral:

- generan una relación de trabajo **triangular**

- el trabajador se encuentra en situación de **subordinación de facto** con la usuaria
- el trabajador **se integra en la estructura de la empresa usuaria**
- la empresa obtiene fuerza de trabajo **sin contratarla directamente**

Diferencias entre ambas formas

A) Poder de dirección: *en la externalización de operaciones debe recaer exclusivamente sobre “empresa auxiliar” y en la externalización de mano de obra recae sobre “empresa usuaria”*

B) Objeto del contrato inter-empresarial: *en la externalización de mano de obra es ceder, prestar o suministrar fuerza de trabajo y en la externalización de operaciones es ejecutar una obra o servicio encomendado*

Enfoque jurídico laboral

➤ Desde el punto de vista laboral:

- Contratación con trabajadores autónomos
- Grupos de empresas (filialización)
- Suministro profesional de mano de obra (ETT)
- Intermediación en sus diversas modalidades
- Contratación-Subcontratación obras – servicios
- Trabajo a distancia (teletrabajo)

Problemas laborales

Determinación del empleador: disociación entre contratación y dirección del trabajo

Crisis del prototipo de empleador-contratante y empleador unitario (¿co-empleadores?)

Insolvencia del empleador “formal”

Barreras (legales e invisibles) para el ejercicio de derechos sindicales

Deterioro de condiciones de trabajo

Antídotos del DT

Flexibilización del concepto de empleador

Régimen de responsabilidad solidaria para alcanzar a las empresas que dominan proceso

Principio de igualdad de trato entre trabajadores directos e “indirectos”

Tercerizaciones. Consecuencias respecto de la responsabilidad del Empleador

5.1. Intermediación laboral.

El art. 1º de la Ley N° 18.099 establece que todo patrono o empresario será responsable laboral solidario cuando utilice “*intermediarios*”, sin definir este sujeto ni tampoco brindar una noción sobre qué se debe entender por “intermediación”.

La Ley N° 18.251, establece en su Art. 1º que “a los efectos de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007”, se entiende que “***intermediario es el empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal***”.

La definición que trae la ley presenta algunos puntos claros y otros que resultan bastante oscuros.

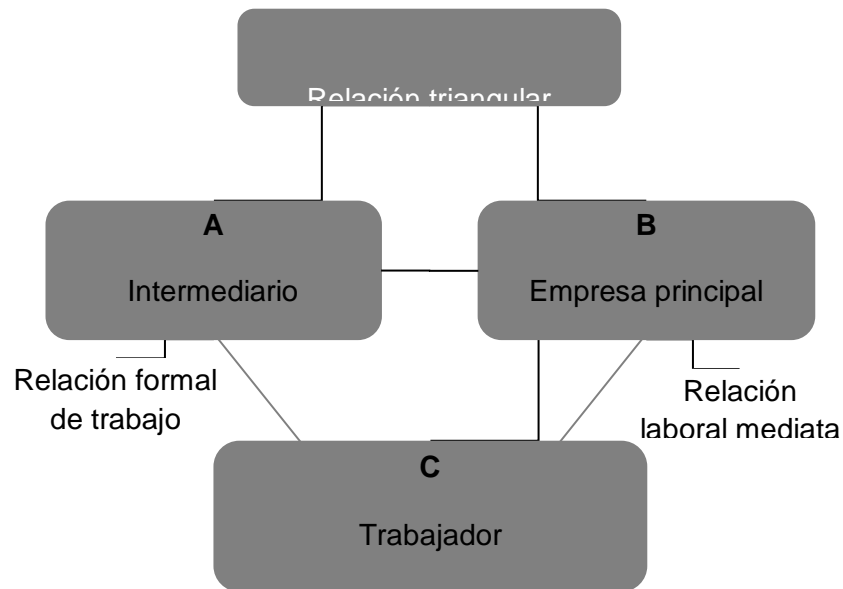
5.1.1. Primera hipótesis legal: contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero.

La primera hipótesis de intermediación que plantea la definición refiere a los casos en que un empresario “**contrata**” trabajadores para que presten servicios para un tercero. Ello implica que el intermediario busca, selecciona, recluta y vincula formalmente a los trabajadores a su propia empresa, pero luego los hace prestar servicios directamente para un tercero, denominado “empresa principal”, pero usualmente también conocida con otras denominaciones como “empresa tomadora de los servicios”, “empresa receptora”, “empresa usuaria”, entre otros.

En este proceso el intermediario figurará formalmente como empleador, encargándose de registrar al trabajador ante los diversos organismos correspondientes (BSE, BPS, etc.) y de pagarle los salarios devengados, pero en los hechos las tareas serán realizadas por el trabajador a favor y en beneficio de un tercero (empresario principal), aún cuando las mismas puedan no realizarse dentro del ámbito físico (establecimiento) de este último.

En el proceso de intermediación laboral tradicional, el objeto de la relación entre la empresa principal y el intermediario, se circunscribe a la cesión, puesta a disposición o suministro de mano de obra, que es dirigida, controlada y utilizada por el primero, o al menos ese debe ser el *objeto predominante* de la relación civil o comercial que se traba entre las partes.

De esa forma, desde el punto de vista jurídico laboral se crea una *relación jurídica triangular*, que vincula a tres sujetos de derecho: dos empresas (una que figura como empleador directo y otra que se transforma en la usuaria o tomadora del servicio) y un trabajador dependiente. En este supuesto, el fundamento de la responsabilidad laboral del tercero que formalmente no se presenta como empleador, radica en que la relación de trabajo debe imputarse al sujeto que verdaderamente utiliza y dirige el trabajo, ya que surge una **relación de dependencia de facto o de hecho** entre el trabajador que presta el servicio y la empresa que recibe los mismos, verificándose así la premisa o condición necesaria para que se aplique la legislación laboral.



Esta modalidad de utilización del trabajo humano sin figurar como contratante directo, tiene larga tradición en el Derecho del trabajo, siendo muy difundida en sectores y tareas de poca calificación como la agricultura, forestación, industria de la vestimenta y el calzado, construcción, estiba portuaria, etc. Desde el punto de vista económico, la intermediación constituye una forma de *externalización de mano de obra*, es decir, una modalidad de externalizar las funciones de selección, contratación y gestión administrativa del trabajo encargándolas a un tercero.

En muchos casos la intermediación constituye una forma de aproximación rápida y eficaz entre la oferta y la demanda de trabajo. Ello ocurre principalmente en las actividades zafrales, transitorias, por temporada, etc. En otros casos, la *externalización de mano de obra* responde a necesidades de especialización productiva o de organización interna de la empresa usuaria.

Pero en otras situaciones, la intermediación persigue una finalidad directamente fraudulenta, como la elusión de las responsabilidades laborales por parte de quien utiliza los servicios de los trabajadores pero sin figurar como empleador. En estos casos, el intermediario no es empleador más que en apariencia, constituyéndose en un testaferro u hombre de paja.

RASO DELGUE señala que se ha extendido la práctica de que empresas arrienden trabajo permanente a través de empresas suministradoras para **evitar la incorporación de personal**. De esta forma, el trabajador suministrado no significará estrictamente un costo laboral sino el pago de un servicio más, proporcionado por un tercero (la empresa suministradora).

También hace referencia a otras formas de intermediación fraudulenta, como el **staff leasing**, que consiste en una modalidad por la cual la Empresa de trabajo temporal proporciona a la empresa cliente la totalidad del personal necesario para ella o para algunos sectores de la producción.

Otro caso similar es el del **pay-rolling**, en virtud del cual la empresa suministradora de mano de obra no proporciona trabajadores, sino que se limita a ofrecer su planilla de trabajo para que los empleados figuren como dependientes de la misma y no del empleador real.

5.1.2. *Intervención en la contratación de trabajadores para un tercero.*

La segunda situación que incluye el art. 1º de la Ley N° 18.251 en la definición de intermediario, es aquella en la que un empresario “**interviene**” en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. En este punto la definición legal se torna sumamente oscura.

No resulta sencillo comprender qué casos son los que el legislador quiso incluir en el concepto de intermediario, al establecer que éste puede ser aquel que **interviene** en “la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero”. Para que exista intermediación laboral, es necesario que el intermediario contrate los trabajadores a nombre propio y no se limite a “intervenir” en la contratación, luego retirándose de la misma.

5.2. **Suministro de mano de obra.**

La segunda modalidad de relacionamiento empresarial cuya verificación hacer nacer la responsabilidad consagrada en las Leyes es el *suministro de mano de obra*. De lo expresado en el capítulo anterior, se extrae fácilmente que

en nuestra visión esta forma de vinculación entre empresas queda inmersa en el concepto de *intermediación* laboral, por lo que de haberse omitido su inclusión en los textos legales la consecuencia jurídica hubiese sido la misma.

5.2.1. *Concepto de Empresa Suministradora de Mano de Obra.*

El art. 1º de la Ley N° 18.251 define en su literal C la noción de “**Empresa suministradora de mano de obra**”, en los siguientes términos: “Agencia de empleo privada o empresa suministradora de mano de obra es la *que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución*”.

La definición fue tomada del Convenio Internacional del Trabajo N° 181 sobre Agencias de empleo privadas. A diferencia del caso anterior, la noción que brinda el legislador es clara, adecuada y no genera importantes dificultades en su aplicación práctica.

Desde hace varias décadas han aparecido empresas que **realizan esta operativa de modo organizado y profesional**, a las cuales se las conoce como Empresas de Trabajo Temporal (ETT), Empresas de Servicios Eventuales o Transitorios o según ha preferido el legislador patrio, “Empresas Suministradoras de Mano de Obra”.

Inicialmente, el funcionamiento de este tipo de empresas fue visto con fuerte recelo por el Derecho del trabajo. Es así que una importante cantidad de países prohibieron durante mucho tiempo su funcionamiento (a vía de ejemplo Italia, España, Alemania, Francia).

El CIT N° 181, que ha sido ratificado por Uruguay por la Ley N° 17.692 de 2003, establece tres figuras diferentes: a) agencia de colocación, b) selectoras y consultoras de personal, c) empresas de trabajo temporal o empresas suministradoras de personal.

Las **agencias de colocación** se encuentran definidas en el CIT N° 96 como toda persona, sociedad, institución, oficina y otra organización que sirva como intermediario para procurar un empleo a un empleador. La agencia de colocación se limita a poner en contacto a las partes de la relación de trabajo, sin formar parte directa o indirecta de ésta. De ahí que las agencias de colocación no tengan responsabilidad laboral alguna por eventuales deudas y obligaciones contraídas por el empleador.

5.2.2. *Función de la Empresa Suministradora de Mano de Obra.*

En contraste con las dos figuras anteriores, la empresa suministradora de mano de obra realiza la función de búsqueda, selección, entrenamiento, etc., pero además también formaliza con el trabajador un contrato de trabajo, aún cuando los servicios serán prestados materialmente a favor de un tercero (empresa usuaria).

A nivel doctrinario, la ETT ha sido definida como aquella empresa que se dedica a colocar trabajadores en otra (denominada “usuaria” o “receptora”), para atender necesidades temporales de ésta y asumiendo el pago de los créditos que se generen, lo que coincide básicamente con la definición que trae la Ley N° 18.251.

Existe acuerdo en que el único ámbito en que puede aceptarse la actuación de este tipo de empresa es el del *trabajo interino, temporal o provisorio* (suplencias, trabajo eventual u ocasional, zafral, etc.). La contribución que harían estas empresas al mercado de trabajo consistiría en la respuesta rápida y eficaz que podrían darle a los empleadores que tienen necesidades imprevistas y extraordinarias de trabajo, suministrándoles un trabajador que revistaría en su lista de aspirantes o bolsa de trabajo.

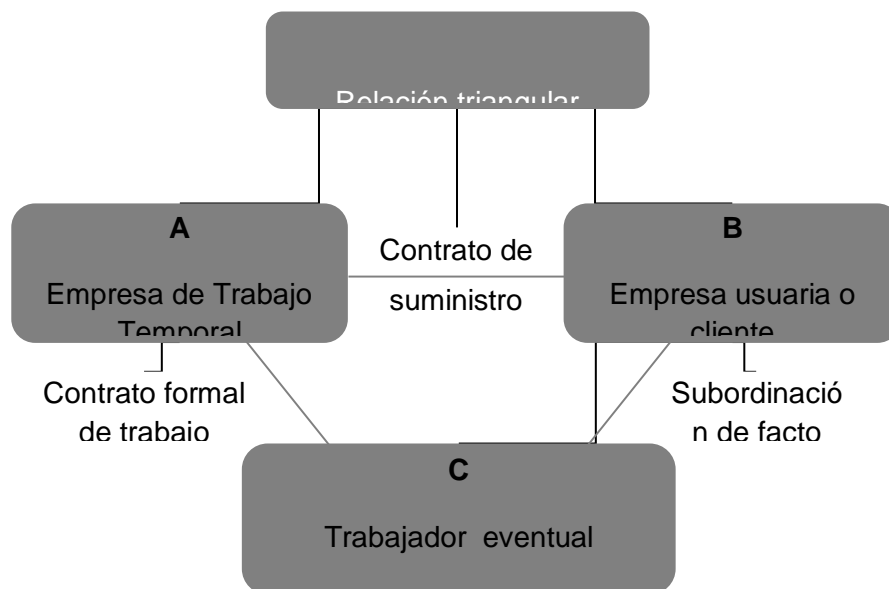
Al tratarse de una *modalidad de intermediación laboral*, no cabe duda de que el funcionamiento de la ETT produce una *relación triangular*.

1) se genera una relación civil o comercial entre la ETT y la empresa usuaria, en virtud de la cual la primera se compromete a suministrar un

trabajador obteniendo su ganancia en la diferencia entre lo que percibe como “precio” y lo que paga por costos asociados al trabajo y su administración;

2) se perfecciona un contrato de trabajo entre el trabajador y la ETT, que no utiliza de forma directa sus servicios sino que los pone a disposición de la usuaria; y

3) paralelamente, se traba una relación de trabajo real y directa entre el trabajador y la empresa usuaria.



Como se suele hacer notar, el accionar de la ETT se diferencia de las agencias de colocación y servicios de empleo en que éstos solamente acercan a las partes de la relación laboral, las ponen en contacto, pero no participan de ella, por lo que la relación de trabajo se traba formal y sustancialmente con el empleador que utiliza y recibe los servicios.

5.2.3. Diferencias entre intermediación y suministro de mano de obra.

De cuanto se ha expuesto precedentemente surge que, en nuestra visión, **la intermediación constituye un fenómeno más amplio que el suministro de mano de obra.** La intermediación es el género y el suministro de mano de obra una especie. En efecto, el suministro de mano de obra comprendería únicamente los casos de cesión, colocación o puesta a

disposición de trabajadores a favor de una empresa usuaria, siempre que esta actividad se realice a través de una Agencia de empleo privada o Empresa suministradora de mano de obra. La calidad que asume el proveedor del trabajador (ETT) en el marco de la relación triangular que se configura, es lo que lleva a calificar a la situación como suministro de mano de obra.

5.3. Subcontratación laboral.

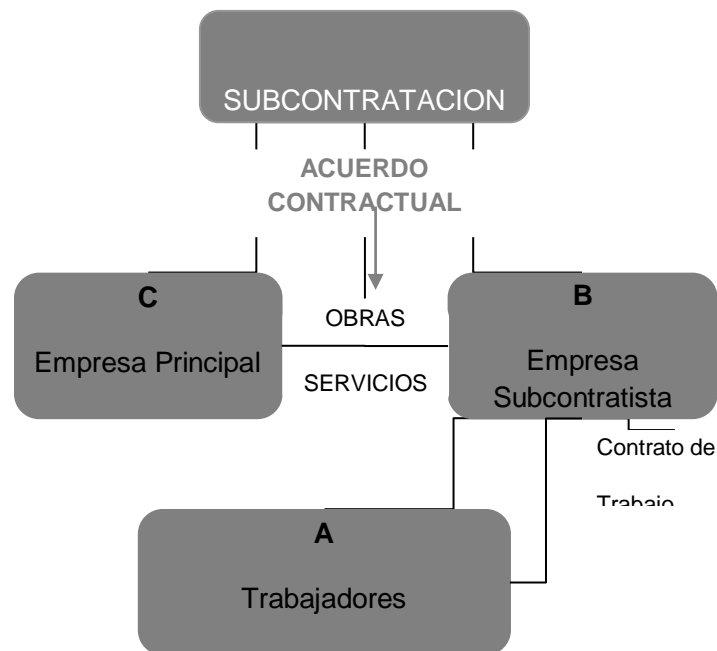
5.3.1. Consideraciones generales.

El tercer sujeto al cual hace referencia el art. 1º de la Ley N° 18.099, cuya contratación por parte de una empresa hace nacer un régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria según el caso, es el denominado “*subcontratista*”.

Si bien no se trata de un fenómeno nuevo, la subcontratación directa e indirecta de trabajo constituye hoy una práctica cada vez más extendida, que obedece a las transformaciones en la organización del trabajo y el progreso tecnológico, que facilitaron la desagregación del proceso productivo para reducir costos y minimizar la mano de obra que la empresa emplea directamente.

La subcontratación normalmente es entendida como una expresión o modalidad de la externalización de operaciones. Si así no fuese, habría que concluir que los términos *intermediación*, *suministro de mano de obra* y *subcontratación* serían intercambiables y habrían sido utilizados por el legislador como sinónimos, lo cual no solamente es infundado teniendo en cuenta los antecedentes, fines y espíritu que persigue la Ley N° 18.099, sino que, además, fue expresamente rebatido y rechazado por el legislador al consagrar las definiciones contenidas en la Ley N° 18.251.

La **subcontratación** que regula la Ley N° 18.251 es la que se puede esquematizar de la siguiente forma:



Nuestro legislador optó por aplicar a las relaciones de *subcontratación* laboral, el mismo régimen de responsabilidad (solidaria o subsidiaria) que alcanza a los procesos de *intermediación* y *suministro de mano de obra*.

Dicha solución no nos parece adecuada, especialmente porque tratándose de una manifestación de la *externalización de operaciones*, partimos del presupuesto de que los trabajadores de la empresa proveedora o auxiliar (subcontratista) no se encuentran en régimen de *subordinación de facto* con la empresa comitente o principal, por lo que no surgen dudas en cuanto a cuál debe ser el sujeto al que se le imputa la relación de trabajo.

Entendemos que haber consagrado el mismo régimen de responsabilidad para todas estas formas y grados de externalización (mano de obra y operaciones), supone desconocer las diferencias sustanciales que existen en la ejecución del trabajo en uno y otro caso, extremo que no puede resultar indiferente para la legislación laboral.

5.3.2. Dificultades para delimitar la noción de subcontratación. Superación de un largo debate.

El término “subcontratista” ya era utilizado por el art. 3 de la Ley N° 10.449, que imponía un régimen de responsabilidad subsidiaria en materia salarial, para los casos de utilización de ese tipo de empresa, habiendo generado un mar de dudas sobre su alcance y noción, al punto de que hubo múltiples definiciones y enfoques sobre el fenómeno de la subcontratación. Dudas que también se verificaron en otros países, lo que demuestra la complejidad y riqueza que tiene la temática en estudio.

En ese orden, son conocidas las dificultades que se presentaron en el seno de la Conferencia de la OIT, cuando se pretendió elaborar un convenio internacional del trabajo sobre la subcontratación. El primer y principal escollo que se debió enfrentar fue precisamente la determinación de la noción o concepto de “*subcontratación laboral*”.

5.3.3. *Análisis de la definición legal.*

Curiosamente, en el literal A del art. 1º de la Ley N° 18.251 no se define la figura del “subcontratista”, pese a que ese vocablo es el que se consigna al comienzo de dicho literal A, sino que se define el fenómeno o proceso que se genera a raíz de la contratación y actuación de esta clase de empresa, es decir, la **subcontratación**, haciéndolo en estos términos:

“A) (Subcontratación). Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”.

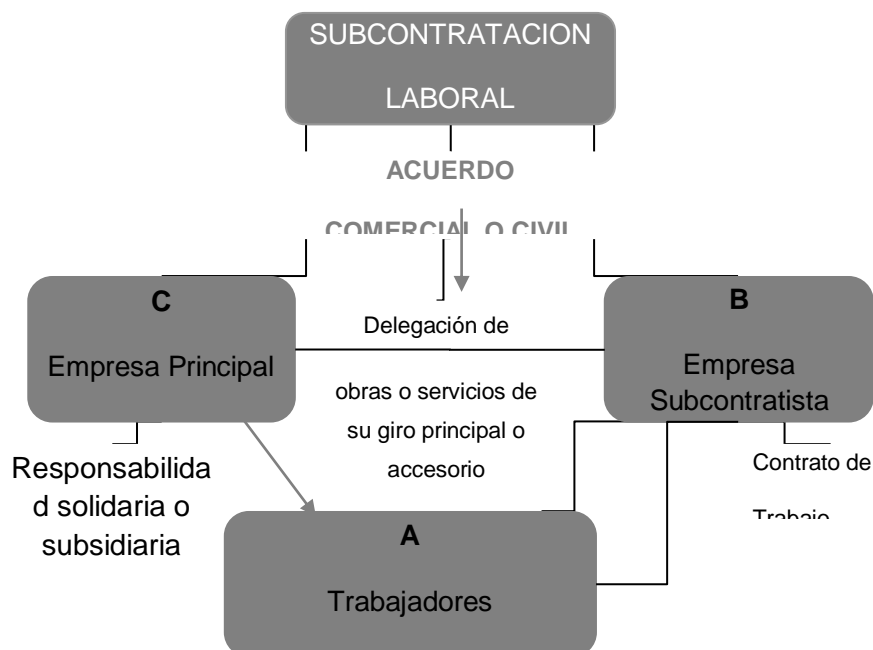
Las leyes parten de la base que de que contratista o subcontratista, es la empresa que se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, lo que implica que este tipo de

empresario debe **poseer una organización productiva propia, contar con medios materiales y humanos suficientes y ejercer directamente las facultades de organización y dirección del trabajo** desarrollado por los trabajadores contratados.

La definición bajo examen ubica al fenómeno de la subcontratación en un escenario diferente al de la *intermediación y suministro de mano de obra*.

En la *subcontratación* la *empresa comitente* encarga a la *empresa subcontratista* la realización de una obra o servicio, que ejecuta con sus propios recursos y bajo su propio riesgo, por lo que los trabajadores no estarán bajo subordinación de hecho en relación a la empresa principal.

De ese modo, en la definición de *subcontratación* que aporta el art. 1º de dicha ley se exige un *quid pluris*, un **valor añadido**, respecto a la sola puesta a disposición de personal que se verifica en la *intermediación y suministro*. Para ello se requiere que la *empresa proveedora o auxiliar (subcontratista)* organice, coordine y dirija a sus propios trabajadores.



En concreto, para que exista subcontratación la Ley N° 18.251 exige la concurrencia de los siguientes elementos:

a) la existencia de un **acuerdo contractual** cuyo objeto es el encargo de ejecución de obras o servicios (*requisito negocial*);

b) el subcontratista debe ser una **empresa auténtica**, que posea una organización productiva propia de medios y recursos materiales, técnicos, económicos, financieros y humanos, los cuales utilizará y dirigirá con autonomía jurídica y funcional (*requisito subjetivo*);

c) las obras o servicios encomendados deben tener una especial relación con la organización y actividad que cumple la empresa principal o comitente (*requisito objetivo*).

-III-

REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD LABORAL DEL EMPRESARIO PRINCIPAL O LA EMPRESA USUARIA

El art. 3 de la Ley N° 10.449 establecía un régimen de responsabilidad *subsidiaria* en materia de salarios mínimos para el empresario que utilizara intermediarios y subcontratistas. En la práctica, la subsidiariedad funcionaba de manera ágil y adecuada ya que la justicia laboral exigía como única condición para reclamar al empresario principal el pago de los créditos adeudados al trabajador, que éste previamente embargase genéricamente a su patrono directo.

El art. 1° de la Ley N° 18.099 consagró un régimen de responsabilidad **solidaria** pasiva, al establecer que “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será **responsable solidario** de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos

que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores”.

La herramienta de la solidaridad, cumple una función esencial de garantía ante la inejecución de las obligaciones laborales, procurando la satisfacción de los créditos del trabajador que se ha desempeñado en el marco de procesos de externalización empresarial. La solidaridad se vuelve especialmente importante en aquellos sistemas, como el uruguayo, donde no existe un Fondo de Garantía Salarial para los casos de insolvencia del empleador directo. Sin embargo, la subsidiariedad ha dado resultados prácticamente idénticos pero implica un reconocimiento implícito de que el empresario principal no es el deudor original frente al trabajador, sino que responde a modo de garante o fiador de su patrón. De ahí que el sistema de responsabilidad subsidiaria generalmente ofrezca menos resistencia para el sector empleador que los regímenes de solidaridad, en los cuales las empresas son puestas en pie de igualdad y consideradas todas ellas como co-deudoras.

El régimen de responsabilidad solidaria consagrado en el art. 1º de la Ley Nº 18.099 levantó fuerte oposición y disconformidad entre los empresarios, lo que motivó que en el Proyecto de Ley modificativo enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento (transformado en la Ley Nº 18.251), se hubiese optado por establecer un nuevo sistema de doble pista:

a) por un lado, un *régimen de responsabilidad subsidiario* para el caso de que la empresa principal hubiere hecho ejercicio del derecho a exigir información al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra, en relación al estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales y las correspondientes al seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;

b) por otro lado, un régimen de responsabilidad solidario cuando no ejerció efectivamente dicho derecho de información.

5.4. Procedencia de la responsabilidad subsidiaria. Derecho de información.

El elemento clave que sirve para determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a la empresa principal o usuaria, es si ejerció o no de su **derecho a exigir información** al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra. A tales efectos, el art. 4 de la Ley N° 18.251 otorga a la **empresa principal** el derecho a exigir la exhibición de una serie de documentos, que son demostrativos del estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte **del intermedio, subcontratista o suministrador de mano de obra**:

A) declaración nominada de historia laboral y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional;

B) certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda;

C) constancia del Banco de Seguros del Estado que acredite la existencia del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales;

D) planilla de control de trabajo, recibos de haberes salariales y, en su caso, convenio colectivo aplicable.

Asimismo, dicha norma establece que la empresa principal o usuaria estará facultada para requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio, a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

5.4.1. ¿Se requiere controlar la documentación para que corresponda la responsabilidad subsidiaria?

De acuerdo al art. 6 de la Ley N° 18.251, “Cuando el patrono o la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informado establecido en el art. 4 de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el art. 1° de la Ley N° 18.099 de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7 de la presente ley. Cuando no ejerza dicha facultad, será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones”.

En la mecánica de la ley, la empresa principal no tiene obligación de controlar si el intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra cumplen adecuada y regularmente con sus obligaciones laborales y previsionales en relación a sus trabajadores. Sin embargo, si así lo hace, se verá beneficiado al aplicársele un régimen de responsabilidad patrimonial un poco más benigno. En cierto modo, la ley busca premiar a la empresa que actúa con la *diligencia de un buen hombre de negocios*, la que se manifiesta a través del ejercicio de potestades de contralor sobre los terceros con los que se vincula en el marco de los procesos de descentralización, así como también persigue elevar los niveles de cumplimiento de la legislación laboral y previsional, trasladando la carga de fiscalización a la empresa principal o usuaria.

Sin dejar de reconocer que el punto es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado estudio o examen de ningún tipo.

5.4.2. Derecho de retención y pagos por subrogación.

La posición que hemos sostenido en el apartado anterior se ve robustecida por la circunstancia de que el art. 5 de la Ley N° 18.251 le confiere a la empresa principal, el derecho a retener del precio que deba pagar al

intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra, el monto correspondiente a las obligaciones laborales y previsionales incumplidas.

En esa dirección, la norma legal dispone que “cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en la forma señalada, el patrono o empresario principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto correspondiente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas”.

Asimismo, el art. 5 de la Ley N° 18.251 aclara que “En todo caso, el patrono o empresario podrá pagar por subrogación al trabajador, a la entidad previsional acreedora o al Banco de Seguros del Estado”. Como se podrá apreciar, el derecho de retención y de pago por subrogación previstos en la ley siguen los mismos lineamientos establecidos en la Ley N° 18.098 para el caso de relaciones de tercerización en el marco de la contratación estatal.

5.4.3. Efectos de la subsidiariedad.

Nuestra legislación carece de una regulación expresa y sistemática de la responsabilidad subsidiaria. Con carácter general, se entiende que el principal efecto jurídico que tiene la subsidiariedad es que el acreedor no puede ejecutar al deudor subsidiario en vía de apremio, mientras no haya previamente intentado cobrar su crédito contra el deudor principal (que sería el empleador directo). Quiere decir que el trabajador deberá acreditar que ha realizado sus mejores esfuerzos por cobrarle a su empleador, y fracasado ello podrá reclamar y ejecutar el crédito contra el empresario principal. Hasta tanto ello no suceda, esta último podrá oponer el beneficio de excusión.

Para dar por acreditado el intento de ejecución contra el deudor principal, nuestros tribunales habitualmente han requerido la intimación de pago de la deuda y la traba e inscripción de un embargo genérico contra aquel. Cumplido ese extremo, el acreedor estaría habilitado para proseguir las acciones contra el deudor subsidiario. Interesa señalar que, tanto el empleador

directo como la empresa principal deberán ser demandados conjuntamente en el mismo juicio. De lo contrario, no podrá hacerse valer la responsabilidad subsidiaria. Dicha exigencia procesal ha sido expresamente contemplada en la Ley N° 18.251, cuyo art. 10 dispone que “en los procesos en los que se invoquen las responsabilidades emergentes de los artículos 6 y 7 de la presente ley, deberán ser emplazadas conjuntamente todas las personas contra las cuales se pretenda exigir el cumplimiento de tales obligaciones”.

5.5. Procedencia y régimen de la responsabilidad solidaria pasiva.

De lo expuesto en los apartados anteriores, se desprende que la responsabilidad solidaria será aplicable en aquellos supuestos en los que la empresa principal o usuaria no haya hecho uso de su derecho de información, con el contenido, alcance y modalidad comentados precedentemente.

La solidaridad pasiva implica que el acreedor laboral tiene el derecho al cobro de la totalidad de su crédito contra cualquiera de los deudores (empresa principal y empresa auxiliar). La insolvencia de un deudor es soportada por los demás codeudores (art. 1404 inc 2 del CC).

De acuerdo a las leyes N° 18.099 y N° 18.251, la responsabilidad solidaria se aplica indistintamente a los supuestos de intermediación, suministro de mano de obra o subcontratación. Esta solución no parece ser la más adecuada, ya que se otorga idéntico tratamiento a situaciones que tiene naturaleza muy diversa.

Asimismo, interesa destacar que para el nacimiento de la solidaridad no interesa si existe fraude o encubrimiento laboral, así como tampoco si la finalidad que busca el empresario es la elusión de las normas laborales, la rebaja de costos asociados al trabajo, la diversificación de riesgos o la especialización productiva. Todos ellos son elementos neutros. Lo único que importa es si se verifica el supuesto de hecho que prevé el art. 6 de la Ley N° 18.251.

Las normas bajo estudio consagran únicamente un régimen de *solidaridad laboral pasiva*, que alcanza a la empresa principal o usuaria que contrata con un intermediario, suministrador de mano de obra o subcontratista.

-IV-

ALCANCE OBJETIVO O MATERIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL O USUARIA

La responsabilidad abarca el siguiente ámbito objetivo o material:

- a) obligaciones laborales;
- b) contribuciones a la seguridad social;
- c) prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional adeudada al Banco de Seguros del Estado;
- d) recuperos decretados por el Banco de Seguros del Estado; y,
- e) deber de colaborar en la aplicación de las medidas de prevención de riesgos laborales y de seguridad e higiene.

5.6. Limitación temporal: obligaciones devengadas durante período de subcontratación, intermediación o suministro.

El inciso final del art. 1º de la Ley N° 18.099 disponía que *“la responsabilidad solidaria queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra”*.

El art. 8º de la Ley N° 18.251 sustituye este texto, estableciendo que *“La responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas. Cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de períodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el empresario principal o la empresa usuaria no podrá exceder el equivalente de lo que se hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo”*.

La regla parece razonable, ya que la responsabilidad solo puede surgir si hubo utilización o aprovechamiento del trabajo y por el tiempo que se verificó tal situación. Ello excluye toda posibilidad de reclamación contra la empresa principal o usuaria, por parte de trabajadores contratados por el intermediario, suministrador de mano de obra o subcontratista, que no hayan trabajado o intervenido directa y efectivamente en obras y servicios realizados a favor de la primera, extremo que deberá ser acreditado fehacientemente por el trabajador.

-V-

MEDIDAS ADICIONALES DE PROTECCION LABORAL APLICABLES A LOS PROCESOS DE EXTERNALIZACION

La responsabilidad transmitida, que constituye el núcleo central de las leyes N° 18.099 y N° 18.251, se complementa con otros instrumentos protectorios del trabajador que presta servicios en el marco de procesos de descentralización empresarial.

5.7. Prohibición de utilizar modalidades de externalización para reemplazar trabajadores.

El art. 3 de la Ley N° 18.099, prevé la restricción de la facultad del empleador de sustituir trabajadores propios mediante el recurso de modalidades de externalización, en dos casos distintos: a) cuando el trabajador se encuentre amparado al subsidio por desempleo y b) cuando el trabajador se encuentre en estado de conflicto colectivo. De esta manera, la legislación exhibe una preferencia por el mantenimiento del empleo interno y directo en la empresa, en lugar del empleo indirecto o mediato, que generalmente presenta condiciones inferiores de protección laboral y social.

5.8. Obligación de informar.

El art. 4 de la Ley N° 18.099 establece que el trabajador contratado mediante alguna de las modalidades previstas en la misma, deberá ser informado previamente, por escrito, sobre sus condiciones de empleo, su

salario y, en su caso, la empresa o institución para la cual prestará servicios. Por su parte, el art. 9 de la Ley Nº 18.251 aclaró y complementó dicha obligación, estipulando que “el empleador deberá dejar constancia de que, en forma previa al inicio de la actividad laboral, ha informado al trabajador de las condiciones de empleo, el salario y, en su caso, la institución, la empresa o titular de la misma para la cual presta servicios. En oportunidad de abonar la remuneración, el empleador entregará al trabajador un detalle escrito de la información referida”.

-VI-

REGLAS ESPECIALES PARA EL SUMINISTRO DE MANO DE OBRA

El art. 5 de la Ley Nº 18.099 dispone que “Los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los consejos de salarios, convenios colectivos o decretos del Poder Ejecutivo para la categoría que desempeñen y que corresponda al giro de actividad de la empresa donde los mismos prestan sus servicios”.

La norma legal viene a consagrar así un viejo criterio reclamado en la doctrina laboral uruguaya, que consiste en **la paridad o igualdad de trato** laboral entre el trabajador eventual y el trabajador contratado directamente por la empresa usuaria.

Según el texto legal, el principio de paridad de trato presenta varias particularidades en su aplicación. En **primer lugar**, se requiere que se trate de un supuesto de suministro de mano de obra. Por lo tanto, queda claro que dicho principio no es aplicable a los casos de subcontratación e intermediación. En **segundo lugar**, el nivel de equiparación o igualdad de trato se circunscribe a los beneficios laborales establecidos en laudos, convenios colectivos o decretos. La enumeración es de carácter taxativa, por lo que el trabajador suministrado no tendría derecho a reclamar el pago de beneficios o niveles salariales mayores que rijan en la empresa, siempre que provengan de otras fuentes de obligaciones que no sean mencionada por la ley, como pueden ser

las prácticas profesionales, usos y costumbres, contrato individual de trabajo, entre otros. Acorde a lo anterior, entendemos que la Ley N° 18.099 recogió una forma o modalidad de equiparación de carácter relativa.

En **tercer término**, los beneficios laborales a los cuales tiene derecho a acceder el trabajador suministrado, son aquellos que provengan de laudos, convenios colectivos o decretos, que resulten aplicables a la actividad o giro de la empresa usuaria. Ello significa que lo que debe mirarse no es la regulación que rige la actividad de la ETT, sino de la empresa que contrata sus servicios. La solución es compartible, debido a que el trabajador mantiene una *relación de trabajo de facto* con la empresa usuaria. En los hechos, este criterio ya fue recogido en el año 2005 en la primera decisión que dictó el Consejo de Salarios correspondiente al grupo de las ETT, por lo que no representa una alteración significativa de las reglas que regulan las relaciones laborales en ese sector de actividad.

En **cuarto lugar**, la paridad de trato refiere a “beneficios laborales”, expresión que resulta comprensiva no solamente de retribuciones salariales previstas en laudos, decretos o convenios colectivos, sino también de cualquier otra prestación salarial, sea en dinero o en especie.

En **quinto lugar**, el criterio contenido en el art. 5 de la Ley N° 18.099 ofrecerá especiales dificultades (y distorsiones) cuando se trate de aplicar a la actividad pública. En efecto, según quedó dicho la norma legal remite a los niveles de beneficios consagrados obligatoriamente para el “giro de actividad de la empresa” donde los trabajadores prestan sus servicios y para “la categoría que desempeñen”. En el caso de las entidades estatales, los beneficios laborales no provienen de laudos de consejos de salarios ni de convenios colectivos, sino fundamentalmente de leyes. En especial, los niveles salariales de cada cargo son asignados por leyes de presupuesto y de rendición de cuentas, más allá de los incrementos porcentuales fijados por Decreto. En virtud de lo anterior, la regla de trato paritario o equiparación resultará excepcionalmente aplicable a los casos de suministro de mano de obra cuyo sujeto receptor sea una entidad estatal.

€€€€€€€€€€€€€€

Parte III: El ordenamiento jurídico laboral

Los principios del Derecho del Trabajo.

I Introducción

- 1.- Importancia: * frente a la autonomía de la disciplina
* como soporte de su estructura (conceptual)
- 2.- Noción: grandes líneas directrices

que sirven para :	--- informar }	función política
	--- integrar }	función jurídica
	--- interpretar }	función jurídica

II Principios

1. *PROTECTOR:* El DT tiende a proteger al trabajador, en tanto sujeto más débil de la relación laboral

- 1.- Importancia: Inherente al DT --- función de TUTELA

Históricamente nace para proteger al sujeto considerado “más débil” de la relación de T (a diferencia del resto del derecho, en el que rige el p. de igualdad entre las personas; p. ej.: igualdad entre las partes contratantes)

PLA RODRÍGUEZ: “Todo el derecho de trabajo nació a impulso de un propósito protector. Si éste no hubiere existido, el derecho del trabajo no hubiera nacido. Surgió con el objeto preciso de equilibrar con una desigualdad jurídica favorable la desigualdad económica y social que existía en los hechos”

(ACTUALIDAD DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL, en LJU, Doctrina 40).

Función: sirve para nivelar desigualdades sustantivas. ¿Cómo? Creando compensaciones jurídicas que “favorecen” al tbj.

Así, p. ej., no se admite que su jornada sea mayor a las 8 horas diarias; se crea el derecho-deber de gozar una licencia anual; se determina el salario mínimo que debe percibir.

Todas estas “normas” disponen limitaciones al empleador, lo que demuestra que no hay una “igualdad” entre los contratantes.

2.- Fundamento: arts. 7 y 53 de la Constitución [ver]

3.- Reglas aplicativas:

Este principio se materializa a través de 3 reglas concretas, a saber:

(a) IN DUBIO PRO OPERARIO (En caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras –tener diferentes significados- o que la valoración de una prueba plantee dudas legítimas, ha de preferirse aquella interpretación o valoración que favorezca al tbj.)

Invierte el p. del derecho común: en caso de duda, a favor del deudor

Peligro: uso erróneo (siempre “por operario”, olvidando el “in dubio”) ⁱ

Requisitos: (1) que existan DUDAS sobre el alcance de una norma
p. ej. : dos maneras de entenderla

Debe tratarse de una duda real y objetiva.

a) que no se entre en pugna con la voluntad del legislador

Hay que estar al “tenor literal” de la norma (lo que el legislador dijo o quiso decir); sólo se recurre a la “ratio legis” (el espíritu de la ley) si aquella interpretación no es posible.

(b) NORMA MÁS FAVORABLE (Cuando existan dos o más normas jurídicas, aún provenientes de distintas fuentes formales, ha de aplicarse siempre la que resulta más favorable al tbj.)

Según puede apreciarse, se produce una fractura del principio de jerarquía (formal) de las normas.

Fundamento : En el DT se parte de la base de que:

- Las normas establecen “niveles mínimos” en principio inderogables (Pisos de protección)
- (a) Nada impide que esos mínimos sean “superados” por otras normas (sobrepajamiento)

Como si se tratara de los escalones de una escalera o los pisos de un edificio

Esto puede alterar la jerarquía “formal” de las normas (p. ej., es posible que prime un cocol sobre una ley)

- Límites: No opera frente a:
*Normas inderogables (de orden público)
*Normas que marcan niveles máximos (topes o techos)
- Problema: ¿Cómo se determina cuál es la N más favorable?
Supone elegir entre 2 normas, la que resulta más favorable para el tbj (p. ej., entre dos cocol)

Pero una misma norma puede contener diversas disposiciones, unas favorables y otras perjudiciales

3 posibles formas de cotejo:

1: Comparación global: se comparan el convenio colectivo y la ley en su conjunto; de acuerdo al resultado que arroje esta comparación “global”, se determina cuál de ellas es la norma aplicable integralmente.

2: Comparación analítica: se comparan fraccionando las diferentes normas en sus distintos elementos P. ej.: cuál es la duración específica del periodo de amamantamiento que prevé el convenio colectivo y cuál es la duración que determina la ley; el que resulte más favorable es el que se aplica).

3: Comparación por unidades inescindibles (se compara el conjunto integrado por normas referidas al mismo tema. P. ej.: se compara un convenio colectivo con las normas legales, examinando caso a caso los diferentes beneficios regulados -la licencia, el descanso semanal, el descanso intermedio, la antigüedad, etc.- y en cada uno de ellos se aplica la regulación que sea más favorable para el tbj. Esto provocará que en algunas situaciones se aplique el convenio y en otras la ley).

En Uruguay, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan predominantemente por el primer método (comparación global).

(c) CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA (Al aplicarse una nueva ley, no es posible que se afecten o disminuyan aquellas condiciones más beneficiosas de las que ya goza el trabajador por vía de un contrato, de usos y costumbres o de prácticas profesionales seguidas o admitidas por el empleador).

Preferencia opera en dos direcciones:

- 1: Restrictivamente

Valla o límite para el empresario ya que debe respetar y mantener las condiciones de las que YA disfrutaban los tbjs (en tanto sean más beneficiosas), aún cuando una nueva norma (p. ej.: una ley o un laudo de Consejo de Salarios) imponga otras condiciones

(P. ej.: en la empresa los trabajadores vienen gozando de hecho una licencia de 30 días por año. Se aprueba una nueva norma (p. ej., una ley) que

determina un aumento de la licencia legal que hoy es de 20 días, a 25 días por año. Continuará rigiendo la condición más beneficiosa de los 30 días).

2: Extensivamente

Reafirma que lo que el ordenamiento vigente estipula son mínimos inderogables pero hacia abajo.

Nada impide que las partes puedan estipular condiciones superiores (más beneficiosas)

(P. ej.: medio aguinaldo complementario en diciembre)

2: IRRENUNCIABILIDAD Imposibilidad jurídica del tbj. de privarse voluntariamente de derechos, beneficios o ventajas reconocidas por el DT en su favor.

1.- Inversión de las reglas de derecho común: por principio general se admite la renuncia voluntaria de derechos por las partes, con los límites que establezca la ley.

2.- En DT ocurre a la inversa: nadie puede privarse de las ventajas establecidas en su provecho.

Ello puede derivar de:

- una disposición expresa de las normas (p. ej.: periodos no menores de 10 días en la división de la licencia);
- el carácter imperativo de las normas laborales (p. ej.: duración máxima de la jornada);
- el carácter de orden público de las normas (ii);
- las limitaciones expresas a la autonomía de la vol. de las partes (p. ej.: nadie puede celebrar contratos de por vida)

3.- Efectos:

4. la renuncia es ineficaz (no produce efectos)
5. se considera nula sólo la cláusula, NO todo el contrato
6. la cláusula anulada es automáticamente sustituida por la norma laboral renunciada "ilícitamente"
7. los servicios prestados en virtud de un contrato nulo, NO carecen de valor (sólo para el futuro)

4.- Situaciones análogas:

- No significa que no se pueda renunciar al empleo
(OJO: se exige que la renuncia sea expresada en forma:
 - (b) clara
 - (c) libre
 - (d) válida
- No significa que no pueda llegarse a una transacción

(Acto bilateral por el que las partes se hacen recíprocas concesiones para precaver o extinguir una situación litigiosa, es decir, que genera dudas) ⁱⁱⁱ

No existe privación de derechos, sino ventajas recíprocas ^{iv}
Esto supone que las concesiones recíprocas han de ser reales; si el trabajador nada recibe a cambio, o simplemente lo que recibe ya constituía una obligación legal del empleador, se entenderá que no existe transacción válida y eficaz.

- Tampoco significa que no pueda celebrarse una conciliación (Procedimiento de solución “amigable” de un diferendo que está o va a ser sometido a la justicia)

¿Cuáles son sus garantías?

8. se lleva a cabo frente a un tercero que controla, dirige y orienta las negociaciones (p. ej., la conciliación individual previa a un juicio, que se celebra en el Ministerio de Trabajo)
- No significa que no tenga validez la prescripción de las acciones o la caducidad de los derechos.

(Ambas representan la pérdida de la acción emergente de un derecho por el transcurso del tiempo)

3: CONTINUIDAD Preferencia del DT por los contratos de tiempo indefinido (sin plazo) como forma de asegurarle al tbj. estabilidad en el empleo.

1.- Fundamento: el CT es un contrato de “tracto sucesivo”
La relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de un acto. Por ello, la misma no está pensada para ser efímera, sino prolongada en el tiempo

2.- Aspectos sociales involucrados: Históricamente se han generado dos sentimientos contradictorios.

- f) Uno que alertaba sobre el peligro que podría representar la perdurabilidad de la relación dependiente de trabajo (como una forma de sometimiento capaz de revivir modalidades propias de estados de esclavitud o servidumbre).

Desde la época napoleónica, los Códigos Civiles (entre ellos el nuestro) establecieron una valla a esto: *“nadie puede obligar sus servicios personales sino temporalmente o para obra determinada”* (art. 1836)

- g) Pero también fue surgiendo la convicción sobre la patología que para los individuos genera la inseguridad en el empleo Incluso la genera para la empresa, en tanto se afecta la integración del tbj a la misma

Se entiende que el deseo de seguridad es uno de los rasgos más típicos del ser humano contemporáneo.

3.- Remedio: Frente a ello emerge este principio que busca atribuirle al contrato

de trabajo la más larga duración posible
El sujeto beneficiado es el tbj.

4.- Proyecciones:

a) Preferencia de los contratos SIN plazo (de duración indefinida)

En algunos derechos comparados: sólo se los admite si responden a la necesidad de una causa especial, exigiéndose que sea escrito y con un plazo limitado por la ley.

Consecuencias prácticas:

1 - si no es estipuló plazo, se presume que es un contrato de duración indefinida ^v

2 – si tiene plazo, pero su ejecución se prolonga más allá, se convierte en un contrato SIN plazo ^{vi}

3 - cuando vence el periodo de prueba y no se rescinde, idem

4 - sucesión ininterrumpida de contratos con plazo es vista como un solo contrato SIN plazo ^{vii}

5 - no se admite la transformación de un contrato SIN plazo en otro de duración determinada

b) Admisibilidad de transformaciones y mutaciones del CT

Responde a su dinamismo.

P. ej.: carrera funcional (variaciones en el cargo, en la remuneración, etc., sin que ello le haga perder vigencia al CT)

c) Mantenimiento del CT en casos de nulidades o incumplimientos

Al menos cuando quien es responsable es el empleador.

Caso inverso: analizar caso del despido indirecto

d) Resistencia al despido

En algunos derechos : se requiere una “justa causa” o autorización administrativa para despedir

Incluso existen casos de estabilidad pactada por convenios colectivos.

e) Presunción de que interrupciones en la relación constituyen meras suspensiones (y no su extinción)

P. ej.: cuando el tbj se enferma, se accidenta, toma licencia, ejerce la huelga, etc.

(Caso de la privación de libertad)

Idem a la inversa: cuando ocurren situaciones de desempleo por falta de T, por fuerza mayor o caso fortuito

f) Pedurabilidad del CT en casos de sustitución del empleador

Carácter no personal a su respecto ^{viii}

4: PRIMACÍA DE LA REALIDAD Lo que interesa más allá de las meras formalidades (apariencias formales) es la verdad de los hechos (verdad material).

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero.

1.- Posibles fuentes de desajustes:

- a) intención deliberada de simular, ocultar o disfrazar la realidad ^{ix}
- error (p. ej., al no aplicarse un descuento de sueldo que correspondía)
- c) falta de actualización de datos (p. ej., el salario o la categoría en la Planilla de Trabajo)
- falta de cumplimiento de requisitos formales (p. ej., contrato del viajante o vendedor de plaza no inscripto en el Registro que lleva el Ministerio de Trabajo)

2.- Consecuencias:

- (e) No le quita valor a las disposiciones contractuales
- (f) Requiere que el contrario lo pruebe ^x

3.- Bilateralidad del beneficio: favorece tanto al tbj como al empleador, porque lo que interesa es la verdad.

Este principio es BIFRONTE: no beneficia sólo al tbj. (como lo hacen otros principios: protector, irrenunciabilidad, continuidad), sino que es aplicable también a favor del empleador. ¿Por qué? Porque lo que se busca es privilegiar la verdad material, la realidad frente a las formas.

O sea que también puede incidir a favor de la empresa ^{xi}

5: DE BUENA FE Tanto el tbj. como el empleador deben dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, en forma fiel y correcta y bajo una lealtad recíproca

1.- Alcances:

- (a) La buena fe tiene dos proyecciones, al implicar potencialmente:
- una CREENCIA (quien ignora determinados hechos y piensa que su conducta es legítima);
 - una LEALTAD (quien considera realmente estar cumpliendo con su deber (deber de actuar con fidelidad) ^{xii})
- Esto último es lo que le interesa al DT
- (b) Abarca a AMBAS partes del CT
- (c) Abarca todos los derechos y obligaciones (no sólo a algunas)

6: DE RAZONABILIDAD Parte de la base que todos los hombres han de adoptar conductas racionales (razonables), que responde a patrones de conducta lógicos y preestablecidos en la vida corriente.

1.- Precisiones:

- a) Tiene un alcance subjetivo de apreciación (donde es muy importante la “vara de medición”) ^{xiii}
- b) Es sumamente amplio y flexible
- c) Sirve para:
 - medir la credibilidad de un hecho, una explicación o una solución ^{xiv}
 - actuar como un límite o freno frente a posibles arbitrariedades ^{xv}

Importancia práctica frente al “jus variandi” (potestad que tiene el empleador de cambiar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato de trabajo), poder disciplinario, notoria mala conducta, etc.

ⁱ CASOS JURISPRUDENCIALES.

AJL = Anuario de Jurisprudencia Laboral (editado por la Revista Derecho Laboral, Fundación de Cultura Universitaria).

AJL 82/83 – 837 (p. 343): “Si bien la doctrina y jurisprudencia coinciden en que la apreciación del aporte probatorio del obrero debe hacerse con amplitud de criterio, dado lo difícil que en general resulta al trabajador producir probanzas, ello no implica una inversión de la carga de la prueba [que se rigen por el C.G.P]... Los pp. del DT tienen su adecuado campo de aplicación al efectuarse la apreciación de la prueba, pero de ningún modo tales pp. pueden tener el efecto derogatorio de normas legales” (TAT sent. 51 de 29/4/82)

-
- ii AJL 80/81 – 985 (p. 328): “Si la renuncia anticipada de su derechos [del tbj] está contenida en las condiciones de trabajo, tal renuncia debe reputarse nula por ser las normas laborales de orden público” (TAT sent. 115 de 28/7/80)
- iii LJU Tomo 137 Año 2008 - Son irrenunciables los derechos ciertos; los derechos litigiosos que presuponen inseguridad en cuanto a la existencia y límites, son transables
El argumento central para admitir el instituto es que los derechos del trabajador que son irrenunciables son aquellos ciertos y no los litigiosos, inciertos en cuanto a su existencia y/o alcance.. S.C.J.; N° 191/06; Fecha: 15/XI/06
- iv LJU Año 2001 – SCJ Sent. N° 112 de 22/6/2001. En este sentido, para que una impugnación tenga probabilidades de éxito debería demostrar, inequívocamente, que lo pagado no significó ninguna concesión de parte del empleador, y que éste se limitó a abonar únicamente los rubros que de antemano había reconocido o, en todo caso, los rubros que siempre deben liquidarse al egreso de cualquier trabajador (salarios pendientes, licencia no gozada, salario vacacional y ... aguinaldo)... La Corporación – en mérito a la precedente argumentación – considera que no medió en la especie concesión alguna de la empleadora y que, consiguientemente, hubo una renuncia de derechos del trabajador, violando entonces la sentencia impugnada un principio básico del derecho del trabajo, como es el principio de irrenunciabilidad.
- v AJL 2005 Caso 584 – No hay constancia en el caso que se hubiera celebrado contrato alguno por tiempo determinado y sabido es que ello configura una excepción que en todo caso debió acreditarse por la demandada en forma fehaciente y no lo hizo. El derecho laboral tiene marcada preferencia por los contratos de duración indeterminada, como una de las manifestaciones del principio de continuidad y si no se dijo nada en forma expresa al inicio de la vinculación, debe entenderse que nos encontramos frente a un contrato de trabajo de duración indefinida. TAT 3° Sent. N° 382 de 14/9/2005
- vi AJL 2003 Caso 875 – Si bien el contrato agregado a fs. 13 resulta que *prima facie* se concretó un contrato a término para obra determinada (Hotel Sheraton y Estacionamiento del Shopping de Punta Carretas), la cierto es que el actor continuó trabajando para la empresa ... en la obra Torre de las Comunicaciones, hecho ... que desnaturaliza el contrato inicial. TAT 2° Sent. N° 5 de 3/2/2003
- vii AJL 2004 Caso 676 En función del principio de continuidad, la sucesión de contratos con plazo determinado, pero sin interrupción de la prestación del trabajo contratado, deviene en permanente. JLT 1° Sent. N° 62 de 30/7/2004.
- viii VER Caracteres del sujeto empleador. AJL 2005 caso 685 ... Los empresarios cambian y la realidad laboral continúa si se sigue prestando el servicio por el trabajador y continúa vinculado a la empresa que nunca abandonó... TAT 3° Sent. N° 430 DE 7/10/2005.
- ix AJL 2005 Caso 601 - ... En aquellos casos en se emitieron recibos o se inscribió a la persona en la planilla de trabajo como dependiente -pese a no serlo-, es claro que existe una situación de fraude, el que no puede favorecer al autor... JLT 14° Sent. N° 69 de 2/8/2005
- x AJL 2001 Caso 828 Sabido es que el valor probatorio emergente de la prueba documental, sólo puede ser destruido por una prueba testimonial firme y contundente, y la carga probatoria pesa totalmente sobre la parte actora, pues el empleador cumple con agregar la documentación que obra en su poder... JLT 1° Sent. N° 27 de 30/3/2001
- xi AJL 2006 Caso 330 Es asimismo atendible el principio de primacía de la realidad respecto del empleador... TAT 3° Sent. N° 240 de 22/6/2006.
- xii AJL 2003 Caso 870 De acuerdo con esta prueba, resulta manifiestamente verosímil la existencia y contenido del documento, lo que permite concluir que el no haberlo agregado la demandada, se puede estimar como reconocimiento de ese contenido (que no puede ser otro que el aludido por la parte actora en cuanto al horario que dijo), siendo ello una clara aplicación del principio de buena fe, en tanto el mismo determina que la parte deba contribuir a la averiguación de la verdad... JLT 14° Sent. N° 148 de 15/9/2003.

^{xiii} AJL 2003 Caso 896 ... El principio de la razonabilidad se basa en el supuesto de que el hombre común actúa normalmente conforme a la razón y encuadrado en ciertos patrones de conducta que son los que convenientemente se prefieren y se siguen por ser los más lógicos.... SCJ Sent. N° 342 de 19/11/2003

^{xiv} AJL 2005 Caso 602 del informativo testimonial ... surge acreditado que el actor desempeñaba la categoría de joyero, pues hacía engarces, grabados en anillos, fabricaba alhajas, compostura de joyas, y la actora era pulidora. JLT 1° Sent. N° 17 de 4/3/2005. AJL 2001 Caso 833 rechina al principio de razonabilidad que se trabaje durante un considerable periodo de la relación laboral, sin que se cobrara y no se reclamara las invocadas horas extras ... TAT 3° Sent. N° 347 de 24/10/2001.

^{xv} AJL 2002 Caso 524 ... En efecto; ninguna explicación lógica tiene la multicitada “renuncia” del trabajador al cargo, mientras estaba en seguro de paro y tramitaba su expediente jubilatorio. TAT 3° Sent. N° 527 de 23.12.2002