



XVIII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD

Paris, 5-8 de Septiembre de 2006

TEMA II

DERECHO DEL TRABAJO (EN SUS DIMENSIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS) Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

INFORME DE URUGUAY

Alejandro Castello

ACastello@sfb.com.uy

Patricia Mariezcurrena

SUMARIO: 1.- Cuestiones generales. 1.1.- Formas más comunes de descentralización productiva. 1.2.- Ejemplos de descentralización productiva en Uruguay. 1.3.- Impacto de la descentralización productiva en las relaciones individuales de trabajo. 1.4.- Impacto de la descentralización productiva en las relaciones colectivas de trabajo. 2.- Grupos de empresa y unidad de empresa. 2.1.- Concepto de grupos de empresas. 2.2.- Personificación del grupo de empresas. Su fundamento. 2.3.- Consecuencias jurídicas de la personificación del grupo. 4.- Situación jurídica de empleados de empresas contratistas / asociadas / subsidiarias respecto a la empresa matriz. 4.1.- Régimen jurídico de la subcontratación laboral. 4.2.- Empleador complejo. 5.- Préstamos de mano de obra y otras formas de suministro de trabajadores. 5.1.- Prestamismo laboral y protección de los trabajadores. 5.2.- Regulación de las Empresas de Trabajo Temporal. 5.3.- Relaciones entre ETT, Empresa Usuaria y Trabajador. 5.4.- Formalidades que debe cumplir la ETT para su funcionamiento. 5.5.- Temporalidad del suministro de mano de obra. 5.6.- Determinación de las condiciones de trabajo. 5.7.- Responsabilidad de la empresa usuaria. 5.8.- Relaciones colectivas de trabajo. 5.9.- Decisiones judiciales. 6.- Franquicia (franchising). 6.1.- Regulación jurídica del contrato de franquicia. 6.2.- Posición jurídica del franchisee en relación al franquisor. 6.3.- Posición de los trabajadores del franquiciado frente a la empresa franquiciante. 7.- Acción y negociación colectivas en un contexto de descentralización productiva. 7.1.- Posición de los sindicatos sobre la descentralización productiva. 7.2.- Representación de los trabajadores en la empresa. 7.3.- Organización sindical a nivel de grupo de empresas. 7.4.- Negociación colectiva a nivel de grupo de empresas. 8.- Comentarios finales.

1. CUESTIONES GENERALES

La descentralización productiva, como estrategia de organización y estructuración de las actividades económicas de la empresa, es un fenómeno actualmente muy expandido y asentado en la realidad empresarial de Uruguay. Si bien la contratación con proveedores externos, de ciertas fases o actividades de la empresa, ha sido una práctica usual en nuestro país, puede afirmarse que en las últimas décadas la misma ha crecido en términos cuantitativos y ha sufrido una importante diversificación en términos cualitativos.

En ese sentido, tradicionalmente la descentralización productiva (más conocida en nuestro país como “*tercerización*”) se concentraba básicamente en las funciones complementarias o periféricas de la empresa (*descentralización de primera generación*), como es el caso de los servicios de limpieza, vigilancia, mensajería, jardinería, contabilidad, asesoramiento jurídico, mantenimiento de instalaciones, publicidad, distribución, etc.

Sin embargo, a partir de la década del ochenta del siglo XX, las empresas uruguayas comenzaron a desplazar, cada vez con más frecuencia, actividades que antes solían realizar con su propia infraestructura humana, técnica y material, las cuales en muchos casos constituyen segmentos productivos considerados estratégicos o intrínsecos al giro principal (*descentralización de segunda generación*).

Complementando lo anterior, podría señalarse que una evolución más reciente, demuestra que en ciertos sectores de actividad, especialmente de naturaleza industrial, las empresas no solamente organizan su producción delegando en proveedores formalmente externos parte de sus operaciones centrales, neurálgicas o esenciales, sino que, además, en ciertos casos las mismas son ejecutadas dentro del ámbito espacial (locales y establecimientos) de la propia empresa comitente o principal.

Si bien las causas que impulsan la descentralización productiva en nuestro país son muy variadas, parece claro que la necesidad de reducir costos y de adaptarse a los vertiginosos cambios tecnológicos, de mercado y las fluctuaciones productivas, así como también el aumento de la competitividad producto de la liberalización del comercio a nivel regional (MERCOSUR) y mundial, son factores decisivos para que las empresas hayan resuelto adoptar nuevas estrategias organizativas. De esta forma, las empresas (especialmente las de naturaleza industrial) buscan aumentar su eficiencia económica y técnica y mejorar sus niveles de competitividad. En ciertos casos, la descentralización productiva también ha sido puesta en práctica como forma de debilitar la organización sindical.

1.1. *Formas más comunes de descentralización productiva.*

Las formas que adopta la descentralización productiva en Uruguay son sumamente variadas y complejas. Las mismas refieren tanto a modalidades que implican el desplazamiento de operaciones y funciones desde la empresa comitente o principal hacia empresas auxiliares o subsidiarias (*externalización de operaciones*), como a otras que únicamente tiene por contenido el suministro, préstamo o cesión de mano de obra (*externalización de mano de obra*).

En la práctica, la *externalización de operaciones* se instrumenta a través de una extensa gama de contratos comerciales o civiles, como por ejemplo, el outsourcing, el franchising, la asistencia técnica, la transferencia de tecnología, el suministro de bienes y servicios, la distribución, el almacenaje y logística, el arrendamiento de obra, el transporte, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial (joint venture, consorcios, grupos de interés económico, uniones temporales de empresas).

Desde la perspectiva del Derecho del trabajo uruguayo, la descentralización productiva despierta interés por sus consecuencias jurídicas en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, cuando adopta alguna de las siguientes formas:

A.- Subcontratación: Si bien bajo la legislación laboral uruguayana no toda *externalización de operaciones* constituye una modalidad de subcontratación, en muchos casos el

desplazamiento de actividades de una empresa hacia otra puede encuadrarse bajo esta forma jurídica. Más adelante explicaremos el concepto de subcontratación y su regulación legal.

B.- Contratación con trabajadores autónomos: Ha constituido una práctica muy difundida en Uruguay, especialmente en el período 1996-2004, que las empresas contraten servicios (deleguen funciones) con trabajadores formalmente autónomos (empresas unipersonales), que en muchos casos, revestían la calidad de ex – trabajadores dependientes.

Ello se debió, en cierta medida, a que el art. 178 de la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995, fomentó o incentivó la contratación de bienes y servicios con empresas unipersonales, al establecer que las retribuciones que se paguen por sus servicios no constituyen materia gravada a los fines de las contribuciones especiales de seguridad social, siempre que se observen algunos requisitos formales: se haya celebrado un contrato escrito entre las partes que consigne la ausencia de dependencia laboral y la empresa unipersonal se encuentre registrada ante los Organismos recaudadores (DGI y BPS). La norma legal establece, además, que “se presumirá que no existe finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social cuando se trate de empresas unipersonales formadas por ex trabajadores de la co-contratante, cuando la relación contractual sea consecuencia de una reestructura de ésta, acordada con su Personal”.

En los hechos, dicho texto legal constituyó un mecanismo de deslaborización de muchas relaciones de trabajo dependiente y de externalización de actividades que anteriormente se desarrollaban en el seno de la empresa, por Personal subordinado. En la actualidad, el Gobierno ha anunciado la intención de modificar o derogar el art. 178 de la Ley N° 16.713, ya que se ha entendido que su aplicación ha traído consecuencias negativas para la Seguridad Social (pérdida de ingresos) y los trabajadores (pérdida de beneficios laborales y de seguridad social).

En cierta forma, los procesos de externalización y deslaborización antes mencionados también han alcanzado a las profesiones liberales. En la segunda mitad del siglo pasado, el Derecho del trabajo uruguayo admitió la posibilidad de que los profesionales universitarios pudiesen actuar tanto en forma autónoma o liberal como de manera subordinada, según las condiciones específicas en que se ejecuten los servicios. La necesidad de abatir costos, producto de la competencia comercial desenfrenada, ha provocado que un número importante de profesionales universitarios que ejercían su profesión de manera dependiente, pasaran a ser contratados por las empresas en base a un régimen de arrendamiento de obra o servicios, pese a que en muchos casos sus servicios siguen siendo prestados bajo la misma forma que antes.

C.- Cooperativas de trabajo: En ciertas actividades, especialmente industriales y de pesca, se ha vuelto frecuente que la empresa principal delegue parte de sus actividades en cooperativas de producción, en muchos casos conformadas por ex trabajadores. Cuando la cooperativa posee activos propios, utiliza su propia infraestructura y tiene un funcionamiento autónomo y diferenciado de la empresa comitente, la situación parece no tener repercusiones en el ámbito laboral. En cambio, cuando la cooperativa constituye una mera herramienta para aportar trabajo formalmente externo a la empresa comitente, puede llegar a constituir una situación de fraude laboral o encubrimiento de relaciones de trabajo dependiente.

D.- Grupos de empresas: Muchas veces el fraccionamiento del ciclo productivo implica un adelgazamiento formal pero no sustancial de la empresa, que se divide solo en el plano formal, en múltiples personas jurídicas (generalmente sociedades comerciales) pero las mismas mantienen lazos de dependencia, control y dirección entre las distintas unidades que se crean para realizar la actividad económica.

De todos modos, corresponde precisar que el proceso conocido en la literatura especializada como “filialización”, consistente en transferir parte de una empresa a otra, que

se crea como filial o subsidiaria para contratar con ella la realización de obras o servicios, no ha tenido aún importante difusión a nivel del empresariado local.

E.- Suministro de mano de obra: Debido a la ausencia de norma legal que restrinja o limite su constitución y funcionamiento, en Uruguay operan desde hace varios años las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), que son aquellas empresas que se dedican profesionalmente a seleccionar, reclutar y colocar trabajadores en otra (denominada “usuaria” o “receptora”), para atender necesidades temporales de ésta y asumiendo el pago de los créditos que se generen. Siguiendo la tendencia que parece advertirse a nivel internacional, en las últimas dos décadas las ETT han tenido un importante crecimiento y difusión en nuestro país.

Si bien con carácter general 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.), en muchos casos se observan prácticas distorsivas de esta modalidad de intermediación laboral, ya que se suministran empleados para actividades permanentes y por tiempo que excede el normalmente aceptado como razonable.

En la práctica, se suelen identificar dos tipos distintos de suministro de personal. Por un lado, el realizado por aquellas empresas que actúan de modo profesional, prestando servicios para varios clientes y cumpliendo con las actividades típicas de este tipo de empresa (selección, reclutamiento, entrenamiento, pago de salarios, etc.), contando para ello con sus propios recursos materiales, técnicos y humanos. Por otro lado, en algunas actividades económicas se advierte el funcionamiento de empresas que formalmente se presentan como “suministradoras de mano de obra”, pero en realidad solamente prestan su “planilla de trabajo” para hacer figurar los trabajadores, los cuales son seleccionados, entrevistados, reclutados, etc. por la empresa usuaria o receptora. Según la opinión más aceptada, esta modalidad de suministro constituye un claro fraude laboral.

G.- Cesión de mano de obra: Aunque con menor difusión que las modalidades de externalización anteriormente comentadas, en Uruguay se verifica el fenómeno de préstamo o cesión de mano de obra entre empresas. Ello suele acontecer, principalmente, en el marco de actividades realizadas por empresas que celebran contratos de coordinación, colaboración o cooperación interempresarial.

H.- Teletrabajo y trabajo a distancia: Facilitado por las tecnologías de la comunicación, en el último período se ha vuelto cada vez más frecuente la contratación externa de ciertas actividades económicas, especialmente aquellas que pueden ser realizadas por medio de un ordenador fuera del local de la empresa. Por lo general, las personas que trabajan a distancia no revisten formalmente la calidad de empleados del comitente.

1.2. Ejemplos de descentralización productiva en Uruguay.

La descentralización productiva abarca en Uruguay a todas las ramas de actividad (comercio, industria, servicios, etc.). Inclusive, en las últimas dos décadas las estrategias de externalización de operaciones y mano de obra han sido aplicadas en el ámbito del propio Estado, no solamente para actividades secundarias sino también principales o neurálgicas.

En el sector privado, una de las actividades con mayor proceso de descentralización es la denominada “industria del software”. Se estima que en las actividades de desarrollo, implementación, mantenimiento, entrenamiento, asesoramiento y venta de software trabajan de forma directa en Uruguay más de 10.000 personas. En dicha cantidad no se toma en cuenta las personas o empresas que prestan servicios a distancia, fuera del país (teletrabajo internacional). Hasta el año 2003, aproximadamente la mitad de los recursos humanos vinculados a la industria del software revestían la calidad de empresas unipersonales o trabajadores autónomos (analista, programadores, consultores, etc.) o profesionales universitarios en ejercicio libre de la profesión (ingenieros, contadores, etc.).

Frecuentemente, estas personas prestan servicios vinculados a la actividad principal de las empresas de software.

Otro ejemplo de un importante grado de descentralización productiva puede verse en el sector textil. En algunas fábricas la necesidad de abatir costos ha llevado a que todas las actividades secundarias hayan sido desplazadas hacia empresas periféricas (limpieza, vigilancia, jardinería, transporte, mensajería, servicios jurídicos y contables, servicios médicos internos, comercialización, distribución, almacenamiento, etc.) y también parte de las esenciales, como sucede con el caso de lavado y teñido de lana y zurcido de telas y control de calidad. La empresa principal ha retenido para sí solamente aquellas funciones estrictamente esenciales, como son el tejido mismo de las telas. En ciertos casos, la delegación de operaciones se contrata con cooperativas de trabajo o pequeñas empresas comerciales. A ello hay que agregar que, en el sector industrial tiene importante difusión el fenómeno de la contratación de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal.

Por último, puede citarse como ejemplo de externalización a la actividad bancaria. En el presente, es común que las instituciones bancarias de la plaza uruguaya contraten con terceros no solamente las actividades periféricas (limpieza, mensajería, seguridad y vigilancia, etc.) sino también ciertas actividades típicamente financieras, como la emisión y administración de tarjetas de créditos, la contabilidad y administración de documentos, el procesamiento de datos, las redes de pago a través de cajeros automáticos, la constitución y administración de garantías y pasivos, el desarrollo y mantenimiento del software, etc. En algunos casos, las empresas auxiliares que realizan estas actividades son subsidiarias o filiales de la institución bancaria, existiendo lazos de control o dependencia entre las mismas, por lo que bajo el Derecho laboral uruguayo se considera que existe un grupo de empresas.

1.3. Impacto de la descentralización productiva en las relaciones individuales de trabajo.

Con carácter general, puede afirmarse que los procesos de descentralización han tenido efectos negativos en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo. En muchos casos, la externalización de operaciones ha tenido como consecuencia la disminución de los niveles de empleo. Si bien a priori podría pensarse que la descentralización supone una mera forma de trasladar empleo de una empresa a otra, lo cierto es que muchas veces este proceso ha provocado la destrucción de empleo útil. Ello se debe que frecuentemente la descentralización va asociada de la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo, o a que la empresa auxiliar puede brindar éstos sin incrementar sus recursos humanos.

También se ha podido percibir un deterioro de las condiciones de trabajo. La externalización ha provocado una disminución de los salarios y un aumento de la informalidad laboral. No debe perderse de vista que generalmente la externalización tiene como destino empresas pequeñas y medianas, con menor disponibilidad de recursos y plantillas laborales más reducidas, lo que genera que los niveles salariales sean menores a los existentes en la empresa principal y que, en ciertos casos, tengan que evadir la legislación laboral y previsional (economía informal) para poder aumentar su competitividad. Algunos estudios demostrarían que si bien la empresa principal ha mantenido sus niveles de formalidad, la presión económica que ejerce sobre los subcontratistas e intermediarios ha provocado que éstos hayan tenido que adoptar estrategias de sobrevivencia, que muchas veces consisten en transformarse en unidades de producción informales. Por ello, en Uruguay el crecimiento de la economía informal se ha concentrado, fundamentalmente, en el sector periférico del sistema de producción.

El impacto negativo también se advierte en el ámbito de la estabilidad laboral. Por lo general, la externalización ha traído consigo un aumento de la utilización de las formas atípicas de contratación laboral, especialmente aquellas de carácter temporal (contratos a plazo, por obra, eventual, ocasional, etc.). Inclusive, en ciertos sectores de actividad, como

es el caso de la industria, se ha visto un incremento de la intermediación laboral, siendo frecuente que el personal que desempeña tareas en el proceso de producción sea suministrado por Empresas de Trabajo Temporal.

Por otra parte, como quedó dicho en el apartado 1.1, en Uruguay ha existido un aumento importante de la contratación de trabajo bajo la forma de arrendamiento de obra o de servicios (empresas unipersonales), que en muchos casos encubre verdaderas relaciones de trabajo dependiente y ha supuesto una modalidad de fuga del Derecho del trabajo.

Las consecuencias desfavorables de la descentralización productiva en el plano laboral, también se advierten en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las empresas. En efecto, las empresas auxiliares, subsidiarias o filiales normalmente son más frágiles o débiles que las empresas comitentes o principales, por lo que en caso de cese de sus actividades se plantean especiales problemas para los trabajadores en relación a las posibilidades de cobro de los créditos laborales.

Por último, interesa señalar que la externalización ha representado en ciertos casos un deterioro de las condiciones de seguridad e higiene bajo las cuales se cumple el trabajo. Así, las estadísticas indican que una parte significativa de los accidentes de trabajo ocurren en unidades productivas periféricas.

1.4. Impacto de la descentralización productiva en las relaciones colectivas de trabajo.

Las estrategias de descentralización productiva han repercutido desfavorablemente sobre los institutos del Derecho colectivo de trabajo (libertad sindical, negociación colectiva y huelga). En primer lugar, la organización sindical se ha visto debilitada ante el fraccionamiento de las actividades de la empresa. El movimiento sindical uruguayo tradicionalmente se construyó en torno al ámbito de actividades industriales o de servicios, en donde funcionaban empresas que contaban con un importante número de trabajadores dependientes.

El “adelgazamiento” de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas pequeñas y medianas, han conspirado contra la posibilidad material de que los trabajadores se puedan sindicalizar. Si bien en Uruguay no existe restricción cuantitativa (número mínimo de trabajadores) para la creación de un sindicato, en los hechos se ha tornado difícil la constitución de los mismos en ámbitos reducidos (barrera invisible).

De igual modo, la segmentación del mercado de trabajo, la precarización del empleo (mayor inestabilidad laboral), la contratación de personal eventual a través de Empresas de Trabajo Temporal, la mayor rotación de personal y la externalización de operaciones con trabajadores autónomos (empresas unipersonales), han reducido el ámbito de sujetos sindicalizables y obstaculizado la acción sindical, ya que el trabajador precario parece tener menos interés en participar en actividades sindicales. La inexistencia de una legislación que consagre efectivamente el derecho de información y consulta a nivel de empresa o rama de actividad, ha puesto al movimiento sindical en una posición de rechazo hacia los procesos de descentralización, los cuales suelen ser implementados por las empresas sin participación alguna de los trabajadores.

En segundo lugar, en nuestro país la descentralización productiva ha impactado negativamente sobre la negociación colectiva. Si bien la legislación uruguaya establece que todos los niveles están disponibles para llevar adelante la negociación colectiva (rama de actividad, empresa, establecimiento, etc.), en la práctica la misma se desarrolló principalmente en el ámbito del sector o rama de actividad (construcción, metalúrgica, banca, química, comercio, etc.). Ello se debe, fundamentalmente, a que la organización sindical adoptó tradicionalmente una estructura vertical (por rama o sector) y a que los

Consejos de Salarios¹, que funcionaron desde 1943 en adelante, han fijado salarios mínimos por categoría de forma obligatoria, haciéndolo precisamente por rama o sector de actividad, lo que en cierta manera fomentó un régimen de negociación centralizado.

En el período 1991 a 2004, que no funcionaron los Consejos de Salarios y a su vez se profundizó la estrategia empresarial de descentralización de la producción, la negociación colectiva fue cambiando predominantemente de nivel, concentrándose fundamentalmente en el ámbito de la empresa. Como la mayor parte de las empresas uruguayas son pequeñas y medianas, en los hechos la negociación colectiva se vio muy debilitada, al punto de que se estima que hacia el año 2004 solamente el 15% de los trabajadores estaban cubiertos por convenios colectivos.

A ello hay que agregar que la descentralización productiva ha provocado un cambio en el contenido de la negociación colectiva. Tradicionalmente, la negociación colectiva buscaba mejorar los niveles salariales y de condiciones de trabajo ya consagrados por convenios anteriores. La externalización ha llevado a nuevos contenidos de la negociación colectiva, entre los cuales se encuentran las reducciones salariales y de beneficios, a cambio del mantenimiento de las fuentes de trabajo. En ciertos casos la tercerización también ha sido objeto de la negociación colectiva, de manera de poner freno o contención a la misma. Sin embargo, en la mayor parte de los casos la descentralización ha sido un fenómeno impuesto unilateralmente por las empresas.

En tercer lugar, la acción sindical y los medios de autotutela (huelga) también se vieron resentidos por la externalización. La legislación uruguaya reconoce el derecho de huelga a toda clase de trabajadores, inclusive públicos, sin distinción de ningún tipo. De todas formas, los sindicatos han tenido dificultad para que sus medidas de presión sean acompañadas por los trabajadores precarios y los falsos autónomos. Los estudios estadísticos indicarían que la mayor parte de los conflictos se producen en las empresas grandes y medianas, por lo que el fraccionamiento de la actividad productiva en unidades menores traería como consecuencia una disminución de la conflictividad.

De todos modos, corresponde significar que en los últimos años se aprecia un esfuerzo de las organizaciones sindicales por diseñar nuevas estrategias de organización y acción, para contrarrestar los efectos negativos descritos precedentemente. En tal sentido, las organizaciones sindicales de las empresas principales han tratado de extender su ámbito de afiliación y actuación a los trabajadores de las empresas auxiliares o subsidiarias, así como también a los trabajadores eventuales de las ETT e inclusive, los trabajadores autónomos (empresas unipersonales). En ciertos casos los sindicatos han logrado imponer, por vía de la negociación colectiva, condiciones salariales y laborales mínimas para los trabajadores de empresas periféricas.

Tal es la situación de los servicios sanitarios privados, donde la organización sindical ha logrado extender al personal de las empresas auxiliares las mismas condiciones de trabajo y salario que rigen en las empresas principales, habiendo negociado además la centralización de algunas actividades que habían sido externalizadas.

En igual sentido, las organizaciones sindicales están implementando nuevas medidas de huelga, que pueden ser consideradas como “atípicas”, que permiten maximizar los efectos de la huelga en el marco de las estrategias de producción en red (networking). Tal es el caso de las huelgas de solidaridad, las huelgas neurálgicas, etc.

2. GRUPOS DE EMPRESA Y UNIDAD DE EMPRESA

2.1. Concepto de grupos de empresas.

¹ Los Consejos de Salarios son órganos tripartitos, convocados por el Poder Ejecutivo, cuyo cometido principal es fijar salarios mínimos por categoría y actividad. La cantidad de Consejos ha ido variando a través del tiempo. A partir del año 2005 el Poder Ejecutivo creó 20 Consejos de Salarios, que actúan en el ámbito de actividades como el sector financiero, la construcción, la salud, la industria de la alimentación, etc. En alguna medida, esta forma obligatoria de fijación de salarios fomentó que la negociación colectiva bipartita se hubiese llevado a cabo al mismo nivel.

En Uruguay existe una marcada atonía legislativa sobre los grupos de empresas², lo que ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia hayan tenido que ocupar ese lugar. En efecto, el silencio legislativo no ha sido obstáculo para que en el ámbito laboral se haya elaborado una verdadera “teoría” sobre el grupo de empresas, principalmente en orden a tutelar los derechos de los trabajadores ante los casos de insolvencia.

Así, desde la década del 70 del siglo XX la doctrina uruguaya comenzó a sostener que desde la perspectiva de los principios de la disciplina, existía un divorcio entre la realidad y las formas, y que la multiplicidad de sujetos de derecho (empresas) unidos por lazos económicos, jurídicos o financieros de control y dirección unitaria, no podían ser tratadas como personas jurídicas independientes y con patrimonio autónomo.

Si bien no existe un concepto unívoco sobre qué es un grupo de empresas, puede afirmarse que las definiciones que han aportado los Profesores Américo Plá Rodríguez y Oscar Ermida Uriarte, han constituido el soporte conceptual básico sobre el cual la jurisprudencia laboral ha recepcionado esta figura.

De acuerdo al primero de los autores mencionados, el grupo de empresas puede definirse como “conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única”³. Por su parte, Ermida Uriarte define al grupo de empresas 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. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aún cuando los derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente”⁴.

Siguiendo los criterios expuestos precedentemente, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que “cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas por un todo complejo, pero integral, entonces nos encontramos frente a una realidad económica, que seguramente es más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio”⁵. La Corporación también ha dicho que la constitución de un grupo de empresas se revela por la existencia de cierta organización entre las empresas, la jerarquía dentro del grupo que es lo que permite darle unidad, la presencia de una sociedad madre que es la que controla y domina el movimiento de las demás que vienen a ser subordinadas.

Por su parte, los Tribunales de Apelaciones del Trabajo han contribuido a la delimitación del concepto de grupo de empresas, señalando que lo que suele caracterizarlo es la presencia de varias empresas con una unidad de dirección, que puede ser una persona física o una sociedad madre o dominante, que crea, organiza y dirige al conjunto de sociedades⁶ y que la nota tipificante “es la comunidad de intereses económicos subyacente sobre la agrupación de empresas formal o jurídicamente diferentes”⁷. También han expresado que el grupo de empresas se define por la unidad de dirección, la existencia de una pluralidad de personas físicas o jurídicas, con prestaciones laborales indiferenciadas para todas ellas, la unidad patrimonial, una organización que traduce la actuación conjunta e integrada, y la apariencia

² Cabe aclarar que, en Uruguay el término “grupo de empresas” no es muy utilizado, prefiriéndose la denominación “conjunto económico” o “grupo económico” para hacerse referencia al supuesto que se analiza en este capítulo.

³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los grupos de empresas” en Revista Civitas, n° 6, abril-junio 1981, Madrid, pág. 187.

⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar, Empresas multinacionales y Derecho laboral, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981, pág. 73.

⁵ Publicada en Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL) 1996/1997 caso 227.

⁶ Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° turno publicada en AJL 2000 c. 172.

⁷ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° turno, sentencia n° 39 de 12 de febrero de 2003 (inédita).

externa unitaria, lo que trae como consecuencia la responsabilidad de todas las personas físicas y jurídicas vinculadas a la propiedad y gestión del establecimiento⁸.

En base a lo expuesto, puede señalarse que la doctrina y la jurisprudencia de Uruguay delimitan la noción de grupo de empresas en base a los siguientes criterios: a) la presencia de una pluralidad de sujetos de derecho; b) la idea de que esos sujetos son solo formalmente autónomos entre sí, ya que existiría una unidad económica subyacente; c) la presencia de dirección unitaria o unificada a la cual quedan sometidas las empresas, entendiéndose por tal la adopción de una planificación, gestión y aplicación de políticas comunes sobre aspectos comerciales, financieros, tecnológicos, productivos y laborales; d) la existencia de control o dominación entre las empresas en cualquiera de sus formas: orgánico o inorgánico, directo o indirecto.

2.2. Personificación del grupo de empresas. Su fundamento.

Como la figura del grupo de empresas carece de regulación legal, la doctrina y la jurisprudencia han fundamentado su regulación en el ámbito laboral en base de dos grandes argumentos: **a)** la autonomía del Derecho del trabajo y **b)** los principios de esta disciplina, en especial el de primacía de la realidad.

En cuanto a la autonomía de la disciplina, se señala que la misma permite otorgar “personería laboral”, esto es, considerar como sujeto de derecho, a determinadas formas de organización y vinculación empresariales, sin que ello importe otorgársela a todos los efectos jurídicos, lo que supone descartar dentro del campo laboral, privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas como el Derecho civil y el societario. Por decirlo de otra manera, en el Derecho del trabajo se reelabora la noción de sujeto de derecho, en base a lo cual se considera como empleador a supuestos que no coinciden con las formas derivadas de otras disciplinas. Por lo que refiere al principio de primacía de la realidad, se señala que acorde al mismo el intérprete puede dejar de lado las formas jurídicas adoptadas por los particulares, para adaptarlas a la verdad de los hechos.

Se entiende que las nociones mencionadas permiten superar de modo adecuado la separación estricta de la personalidad jurídica de cada empresa integrante del grupo y la responsabilidad autónoma de cada una de ellas, ajustándola a la realidad que subyace a las mismas. Conservar esa ficción en el ámbito laboral generaría enormes perjuicios para el trabajador y desmerecería principios muy arraigados en el Derecho del trabajo, como son el principio de primacía de la realidad y el protector, ya que en los grupos de empresas la independencia jurídico-formal es más aparente que real.

En base a lo anterior, en Uruguay el grupo de empresas resulta personificado a los efectos laborales, considerándose como sujeto empleador.

2.3. Consecuencias jurídicas de la personificación del grupo.

Atribuirle al grupo de empresas la calidad de sujeto de derecho laboral y de empleador trae consigo varias consecuencias. En primer lugar, se entiende que en el plano jurídico existe un único deudor de las obligaciones contraídas con los trabajadores. Todas las unidades que integran el grupo son igualmente responsables por las deudas laborales, aún cuando el trabajador haya prestado servicios para una sola de ellas.

Si bien bajo el enfoque señalado existiría un único deudor de las obligaciones laborales, lo que haría innecesario jurídicamente recurrir al instituto de la **solidaridad pasiva** para extender la responsabilidad entre las empresas, ya que la misma sería única y directa, por razones prácticas la jurisprudencia laboral emplea el mecanismo de la solidaridad como forma de viabilizar la comunicación de responsabilidad.

En segundo lugar, se sostiene que dicha responsabilidad es objetiva. La sola presencia de la estructura grupal habilita el “descorrimento del velo societario” de las empresas integrantes del grupo, sin tener que alegar y probar una conducta o comportamiento

⁸ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno, Sentencia nº 571 de 30 de octubre de 2003 (inérita).

culpable o fraudulenta del grupo o su agente controlante. No se requiere probar la existencia de fraude.

En tercer lugar, al estarse en presencia de un único empleador y un solo deudor, también se entiende que todas las unidades del grupo están legitimadas para requerir los servicios del trabajador. En cierto modo, existe una solidaridad pasiva del grupo, que lo hace deudor de las obligaciones contraídas con el trabajador, pero también tiene como contracara una solidaridad activa, que coloca a todas las empresas en calidad de acreedor de los servicios del empleado.

Los criterios mencionados permiten resolver adecuadamente en Uruguay, otra serie de importantes problemas que se crean en la práctica como consecuencia del funcionamiento de los grupos, tanto en el ámbito del Derecho individual como colectivo del trabajo. Así, en el primero de los planos, en caso de circulación de los trabajadores en el marco de las empresas del grupo, se entiende pacíficamente que la antigüedad generada en cada unidad productiva debe mirarse como parte de un todo; la antigüedad es una sola.

De igual modo, se entiende que el trabajo realizado de forma simultánea a favor de dos o más empresas integrantes del grupo, da lugar a la configuración de una única relación laboral, lo que implica que aspectos de la relación individual de trabajo como son el salario, la jornada de trabajo, los descansos semanales, las vacaciones anuales, la terminación del vínculo laboral en cualquiera de sus modalidades, etcétera, deben ser aplicados desde la óptica de que estamos en presencia de una única relación de trabajo contraída con un único empleador.

El mismo enfoque se debe aplicar para la apreciación de las potestades del empleador. Así, facultades como la de dirección, fiscalización, supervisión, disciplinaria y *ius variandi* se deben considerar atribuidas a todos y cada uno de los integrantes del *grupo de empresas*. De ese modo, el traslado del trabajador en el ámbito del grupo no puede ser visualizado como un cambio de empleador o un modo de extinción de la relación laboral, sino como ejercicio patronal de la potestad de variar las condiciones no esenciales del contrato de trabajo. Siendo ello así, el abuso o exceso cometido por una de las empresas del grupo en el ejercicio de las potestades mencionadas se refleja automáticamente sobre el resto. El incumplimiento de cualquiera de sus unidades puede ser imputado al grupo en su integridad.

La personificación del grupo de empresas también tiene proyecciones jurídicas en el ámbito del Derecho Colectivo. En relación a la libertad sindical, la amplitud con que se consagra la misma en el Convenio internacional N° 87⁹, hace jurídicamente viable en Uruguay la organización de sindicatos tanto a nivel de una única empresa como de un grupo de empresas, sin limitaciones de ningún tipo.

En cuanto a la negociación colectiva, si bien la constitución de un grupo de empresas puede implicar ciertas barreras invisibles (dificultades prácticas) para la vigencia real de aquella, desde el punto de vista dogmático en Uruguay no existe ningún obstáculo para el desarrollo de la negociación colectiva en el ámbito del grupo. El artículo 1° de la Ley N° 13.355 dispone que solo podrán causar los efectos legales aquellos convenios colectivos que hubieran sido concertados entre un empleador o un grupo de empleadores, o una o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y por la otra, por una o varias organizaciones representativas de los trabajadores involucrados. La fórmula amplia prevista en dicha norma admite, sin hesitación alguna, la libertad de las partes para establecer el nivel y ámbito de negociación que se considere adecuado, siendo el grupo de empresas uno de ellos.

⁹ El art. 2 del Convenio n° 87 establece que los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, incluyéndose en esta fórmula amplia la libertad para fijar el ámbito espacial y geográfico de formación y actuación del sindicato.

Respecto al ejercicio del derecho de huelga, bajo el enfoque jurídico recogido en la Constitución uruguaya en su artículo 57¹⁰, que concibe a la misma no solo como un derecho sino también como una libertad, resulta claro que cualquier interferencia externa, estatal o patronal, que implique un tratamiento negativo, represivo, restrictivo, limitativo o discriminatorio para su ejercicio, deberá considerarse ilícita. Por esa razón, tratándose de un grupo de empresas los trabajadores tendrán amplia libertad para concertar las formas y modalidades de autotutela que consideren adecuadas, tanto en cuanto a su ámbito espacial como a su contenido, con las únicas limitaciones referidas al mantenimiento de los servicios esenciales y a su carácter pacífico.

Por último, interesa señalar que en Uruguay no existe legislación sobre participación de los trabajadores en el ámbito de la empresa, ni tampoco suele ponerse en práctica la misma. Por lo general, tanto el movimiento sindical como las organizaciones de empleadores se han mostrado contrarios, o al menos muy poco proclives, a la puesta en práctica de mecanismos de participación de los trabajadores en el interior de la empresa, por lo que la constitución de un grupo de empresas no ha suscitado en nuestro país los problemas y dificultades teóricos y prácticos que se han presentado en el ámbito europeo.

4. SITUACIÓN JURÍDICA DE EMPLEADOS DE EMPRESAS CONTRATISTAS/ASOCIADAS/SUBSIDIARIAS RESPECTO A LA EMPRESA MATRIZ

En el Capítulo II de este Informe se hizo referencia a la situación de los trabajadores de la empresa subsidiaria o filial, en relación a la empresa matriz o controlante, en los casos de grupos de empresas. En el presente capítulo abordaremos dos fenómenos diferentes, cuales son el de la subcontratación laboral y el del “empleador complejo”, a efectos de determinar en qué casos la empresa contratista, comitente o principal puede ser responsabilizada frente a los trabajadores de la empresa “subcontratista”, “auxiliar” o “periférica”.

4.1 Régimen jurídico de la subcontratación laboral.

Los procesos de descentralización productiva han traído consigo un aumento considerable de las prácticas de subcontratación e intermediación. No obstante ello, corresponde advertir que bajo la legislación uruguaya no toda externalización adopta alguna de estas dos formas, por lo que constituye un error simplificar el cuadro jurídico de la tercerización a las hipótesis de subcontratación e intermediación laborales.

En Uruguay, el art. 3º de la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943 sobre Consejos de Salarios, establece que *“Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas o intermediarios permanecerá, no obstante, obligado subsidiariamente al pago de los salarios mínimos fijados”*.

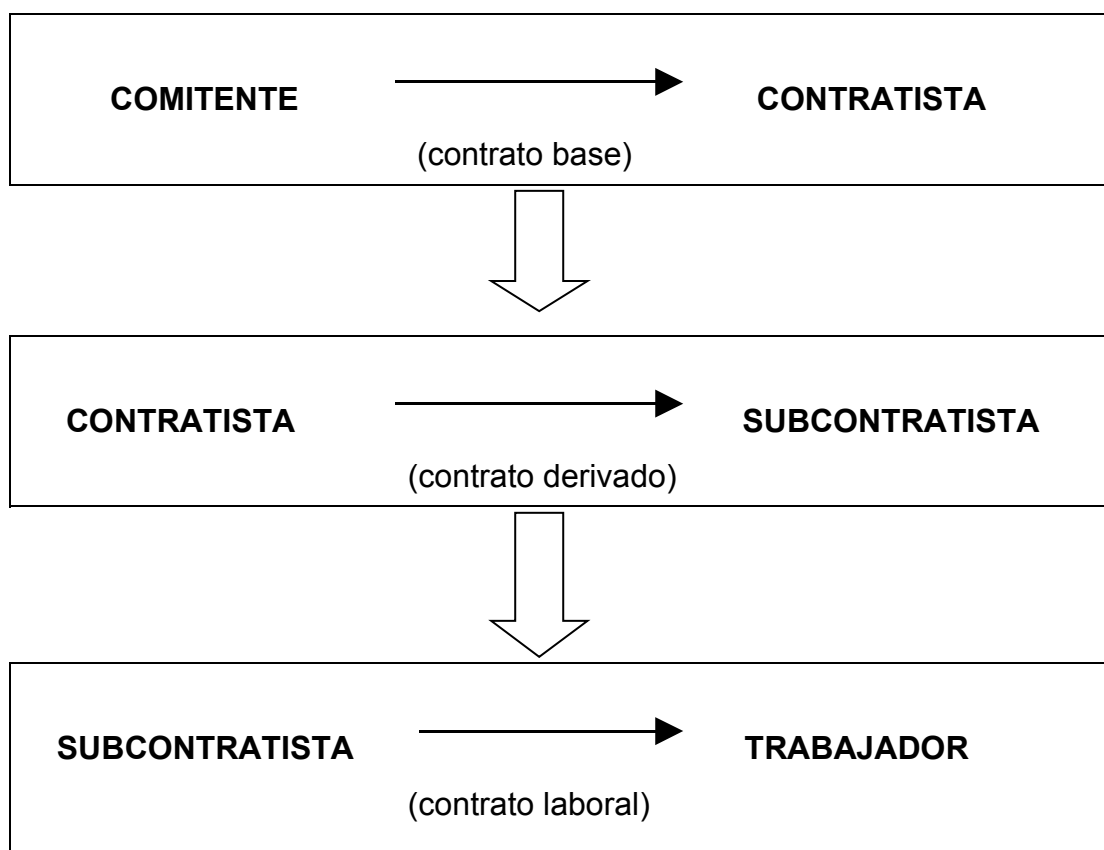
La Ley no define qué debe entenderse por subcontratistas o intermediarios, ni ofrece pautas o criterios para determinar estos conceptos, lo que ha llevado a que en nuestro país existan diversas posiciones sobre cuándo corresponde aplicar el régimen de responsabilidad laboral subsidiaria. Inclusive, no existe acuerdo respecto a si con los términos “subcontratista” e “intermediario” la ley se refiere a la misma práctica de contratación o son dos cosas distintas.

Tampoco se precisa cuál es el ámbito de aplicación de la norma, esto es, si el “patrono o empresario” también puede ser el Estado o la responsabilidad subsidiaria se circunscribe solamente al ámbito privado. En los últimos años, una importante corriente de opinión doctrinaria y jurisprudencial ha sostenido que dicha responsabilidad también puede alcanzar al Estado, ya que la norma legal bajo examen no distingue entre contratista público y privado, por lo que el intérprete no debe hacerlo.

¹⁰ El artículo 57 de la Constitución establece “Declarase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”.

Simplificando mucho las interpretaciones que se han hecho sobre el régimen de subcontratación previsto en el art. 3 de la Ley N° 10.449, puede decirse que para una posición, que ha sido calificada como restrictiva debido al reducido número de casos al que se aplicaría la responsabilidad subsidiaria, el concepto de subcontratación debe extraerse de la **noción civil de subcontrato**. En materia civil, para que exista subcontratación debe verificarse un *contrato base o principal*, del cual derive un *subcontrato*. El subcontrato supone un contrato principal del cual aquél ocupe parte (o la totalidad) del objeto de éste. El subcontrato tiene el mismo contenido económico y naturaleza jurídica que el contrato base. En ausencia de contrato base o principal, no existe subcontratación. Adviértase que en esta interpretación **ni el contrato base ni el contrato derivado tienen naturaleza laboral**.

Esta posición, que ha sido sustentada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia n° 4 de 17 de febrero de 1992, algunos Tribunales de Apelaciones del Trabajo¹¹ y una parte de la doctrina, podría esquematizarse de la siguiente forma:



La posición amplia sostiene en cambio, que en los procesos de subcontratación existen tres figuras: a) el contratista principal, que es el beneficiario de la obra o del trabajo, pudiendo ser un particular o el Estado; b) el trabajador, y, c) el intermediario o subcontratista, que realiza un doble juego de contratos. Por un lado, contrata con el empresario principal comprometiéndose a realizar determinada tarea en ciertas condiciones y por un precio determinado. Por otro lado, contrata trabajadores a los que dirige y remunera.

Para esta interpretación, que es seguida por una parte de la doctrina y la jurisprudencia, la subcontratación supone entonces la existencia de una relación triangular, donde interviene necesariamente un contratista que a cambio de un precio, encarga la realización de una tarea u obra determinada a un subcontratista o empresario autónomo que oficia de intermediario y contrata o cuenta con su propio personal.

¹¹ Publicadas en revista Derecho Laboral, tomo XXXV, n° 166, abril-junio 1992, Montevideo, pág. 414 y sigs.

Es importante señalar que en el régimen legal uruguayo de subcontratación, el fundamento de la imposición de una responsabilidad subsidiaria no se basa en la calidad de empleador real o directo del contratista, ya que ésta debe recaer sobre el subcontratista, así como tampoco en la existencia de fraude o simulación laboral (que daría lugar a una responsabilidad solidaria y no subsidiaria), sino en el provecho o beneficio que aquél obtiene del trabajo realizado por los trabajadores del subcontratista. La subsidiariedad se explica por la opción del legislador de transferir los riesgos económicos hacia el empresario (contratista) que se presume solvente y teóricamente se habría beneficiado directa o indirectamente del trabajo o del patrimonio del empleador de los trabajadores, garantizando así el cobro de los créditos laborales de éstos.

Si bien la subcontratación puede tener un componente de intermediación laboral, su contenido principal no puede ser la cesión o préstamo puro y simple de mano de obra, en cuyo caso se trataría derechamente de una situación de intermediación (como es el caso de la Empresa de Trabajo Temporal), que será analizado en el Capítulo 5. La subcontratación de la que trata el régimen laboral uruguayo, supone una operación en virtud de la cual el contratista confía, delega y encarga a un subcontratista la ejecución de toda o una parte de una obra o servicio. Para ello el subcontratista deberá aportar sus herramientas, instrumentos, equipos, máquinas e infraestructura humana.

Es importante hacer notar que el contratista sólo puede ser responsabilizado subsidiariamente frente a los empleados del subcontratista, por créditos que tengan naturaleza salarial (sueldos, jornales, destajos, comisiones, aguinaldos, horas extras, etc.) y no por créditos indemnizatorios (indemnización por despido común, daño moral, etc.). En principio, tampoco existe responsabilidad del contratista por los accidentes laborales ocurridos a los trabajadores de los subcontratistas, así como tampoco por el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo o la ausencia de cotizaciones a la seguridad social. Dicha situación se puede ver alterada si la empresa subcontratista o sub-empresa es ficticia o un mero “hombre de paja”, en cuyo caso el contratista principal se reputa como único y directo obligado, por ser el verdadero empleador.

Por otra parte, es preciso señalar que en estos momentos existe un proyecto de ley que pretenden modificar la situación mencionada, adjudicándole responsabilidad solidaria al contratista principal por la inobservancia del subcontratista de las normas de seguridad e higiene y por no cotizar a la seguridad social.

4.2 *Empleador complejo.*

El fenómeno de la descentralización productiva y el complejo entramado de relaciones comerciales que se crean entre las empresas que participan del mismo, han generado que la jurisprudencia uruguayo haya creado un nuevo concepto no recogido en ninguna ley: el “empleador complejo”.

El concepto de *empleador complejo* pretende abrigar a las formas de relacionamiento empresarial en que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician **simultáneamente** de los servicios de un trabajador. Dicha figura se aplicaría tanto para el caso en que las empresas sean genuinas, auténticas y carezcan de lazos de dependencia entre sí, como en los casos en que una de ellas posee una supremacía o interferencia sobre la otra/s.

En el primer caso, estamos en presencia de formas de colaboración y cooperación interempresarial, como pueden ser las redes de empresas, joint venture, consorcios, uniones transitorias de empresas, agrupaciones de interés económico, etc. La noción de empleador complejo se utiliza para alcanzar los casos en que existen trabajadores que prestan servicios indistintamente para todas las empresas del grupo de coordinación, por lo que todas ellas se tornan responsables solidariamente frente al trabajador.

En el segundo caso, la empresa comitente ejerce su conducción sobre las demás empresas proveedoras de servicios (empresas auxiliares o periféricas), por lo que éstas se convierten

en simples órganos de trasmisión de directivas emanadas de aquella. Ello ocurre cuando en el proceso de externalización media una injerencia claramente invasora del poder organizativo, directivo y disciplinario de la principal sobre el ámbito de actuación de la tercera, de tal forma que el personal de ésta responda indistintamente a las directivas de una u otra, se está en presencia de un empleador complejo, que justificaría una hipótesis de responsabilidad solidaria.

5. PRÉSTAMOS DE MANO DE OBRA Y OTRAS FORMAS DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES

5.1. Prestamismo laboral y protección de los trabajadores.

El préstamo o cesión de mano de obra entre empresas jurídicamente independientes es un fenómeno cada vez más expandido en Uruguay. Si bien en el pasado tal situación era conocida en el marco de los grupos de empresas, donde la circulación de trabajadores es un fenómeno natural en la medida que las distintas empresas actúan bajo criterios de dirección económica unificada, en los últimos años se verifican casos de cesión de mano de obra entre empresas jurídica y económicamente independientes. Tal es la situación, por ejemplo, de los denominados “grupo de coordinación”, como los joint venture, redes de empresas, consorcios, agrupaciones de interés económicos y sociedades accidentales.

La legislación nacional no regula expresamente la hipótesis bajo análisis. Sin embargo, cuando el trabajador presta servicios de manera indiferenciada para más de una empresa, recibiendo órdenes e instrucciones de cualquiera de ellas, la doctrina y la jurisprudencia entienden que estamos en presencia de un empleador múltiple o complejo, por lo que todas las usuarias de la mano de obra son solidariamente responsables ante el trabajador por las obligaciones laborales.

5.2. Regulación de las Empresas de Trabajo Temporal.

Hasta el presente la única regulación de las ETT en Uruguay está dada por el Convenio Internacional del Trabajo N° 181, ratificado por la Ley N° 17.692 de 26 de setiembre de 2003. Ante la ausencia de norma expresa que impida el funcionamiento de las ETT, la doctrina uruguaya¹² sostuvo que no existía obstáculo para la constitución y actuación de las mismas, ya que en tal caso devendrían aplicables las previsiones normativas contenidas en el art. 10 de la Constitución, que dispone que ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, así como en el art. 36 de la Carta, que establece que toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio y profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes, aunque es dudoso que la comercialización de mano de obra pueda quedar incluida en dichas libertades.

En las tres últimas décadas la actuación de las ETT se ha vuelto cada vez más frecuente, lo que ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia tuvieran que ir construyendo categorías, criterios y principios tendientes a solucionar los problemas y nuevas cuestiones jurídicas que plantea el fenómeno de la intermediación laboral.

La ausencia de regulación legal ha hecho que, en la práctica, el suministro de mano de obra temporal se verifique en todas las actividades económicas y respecto de cualquier categoría de trabajadores (obrerros, administrativos, técnicos, etc.). Inclusive, el suministro de mano de obra también se verifica a nivel del propio Estado.

5.3. Relaciones entre ETT, Empresa Usuaria y Trabajador.

La doctrina define la ETT como aquella empresa que se dedica a colocar trabajadores en otra (denominada “usuaria” o “receptora”), para atender necesidades temporales de ésta y

¹² AMEGLIO, Eduardo J., Las empresas suministradoras de mano de obra temporal, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1984, pág. 158; FANTIN, Laura, “Las empresas suministradoras de mano de obra temporal” en revista Derecho Laboral, tomo XIX, n° 153, Montevideo, pág. 716.

asumiendo el pago de los créditos que se generen¹³. Con carácter general, existe acuerdo en nuestro país 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 (y que teóricamente justificaría entonces su admisión) 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. Además, la ETT se encargaría de la etapa de reclutamiento, selección, entrenamiento y calificación del trabajador, con lo cual las empresas ahorrarían costos y tiempo.

Desde el punto de vista jurídico, el funcionamiento de las 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.

Respecto a esta última relación, se debate en nuestro país si el trabajador eventual solamente puede ser considerado como dependiente de la ETT, en tanto es ésta la que formalmente lo contrata, le paga el salario y lo inscribe ante los Organismos Públicos como tal, o también puede considerarse que la empresa usuaria o cliente es "empleadora".

5.4. *Formalidades que debe cumplir la ETT para su funcionamiento.*

Hasta el año 2000 existía un Registro Nacional de Agencias Privadas de Colocación, en el cual debían inscribirse las Agencias de Colocación y las ETT. Dicho Registro fue derogado por el Decreto N° 241/00.

Por Resolución de fecha 12/10/00 de la Dirección Nacional de Empleo (DINAE), que funciona en la órbita del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social las Agencias Privadas de Colocación deben obtener licencia anual habilitante y están obligadas a suministrar información estadística a la División investigación de la DINAE.

Dicha resolución determina que:

"1) A partir de la fecha, las agencias privadas de colocación, deberán solicitar dentro del último trimestre de cada año civil, la licencia anual habilitante, en la División Investigación de la Dirección Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin cuyo otorgamiento no podrán continuar funcionando".

"2) Es obligatorio para las agencias privadas de colocación, llevar un registro de solicitantes de empleo, con los requisitos exigidos por el art. 8° del Decreto N° 384/79 de 4 de julio de 1979, y continuar suministrando la información estadística a la División Investigación de la Dirección Nacional de Empleo."

En resumen, las agencias privadas de colocación deben: a) poseer la licencia habilitante de vigencia anual; b) llevar un registro de solicitantes de empleo (oferta); c) llevar un registro de demanda de trabajadores; d) llevar un registro de colocaciones; e) entregar la información de los registros ante la División Investigación- DINAE.

5.5. *Temporalidad del suministro de mano de obra.*

Si bien no existe norma legal que establezca un plazo máximo de suministro de mano de obra, existe opinión consolidada respecto a que la ETT solamente puede proporcionar

¹³ ERMIDA URIARTE, Oscar y CASTELLO, Alejandro, "Las Empresas de Trabajo Temporal" en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, AAVV, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 414.

trabajadores eventuales, lo que implica que la finalidad del suministro solo puede ser cubrir trabajos transitorios, extraordinarios, ocasionales y por períodos breves.

El criterio que ha seguido buena parte de la jurisprudencia uruguaya, es que si la ETT actúa en forma disfuncional, es decir, opera fuera del marco natural de proporcionar trabajadores para tareas transitorias por un plazo razonable (el cual es determinado caso a caso), el trabajador se convierte en estable o permanente y se considera que la empresa usuaria o cliente es empleadora del trabajador suministrado, por lo que se establece una responsabilidad solidaria con la ETT por cualquier clase de crédito laboral.

5.6. Determinación de las condiciones de trabajo.

El Decreto – Ley N° 14.312 dispuso la creación de un Servicio Nacional de Empleo, consagrando en su artículo 29 que el salario de los trabajadores comprendidos en el servicio de empleo temporal, sería equivalente al salario que rija en la actividad y ocupación laboral a prestarse y no inferior a la prestación de desempleo. Dicha norma preveía que entraría en vigor una vez que fuese reglamentada, lo que nunca sucedió. De todas maneras, el criterio jurídico contenido en la misma fue recogido recientemente en un convenio celebrado entre la Cámara de Empresas de Trabajo Temporal y la organización sindical, el que fue homologado por el Poder Ejecutivo, dándole así alcance general para todas las empresas a nivel nacional.

Como consecuencia de lo anterior, las ETT tienen la obligación de pagar a los trabajadores eventuales los niveles retributivos que rijan en el sector de actividad en el que suministren mano de obra.

En cuanto a las restantes condiciones de empleo (jornada, descansos, etc.), se entiende que la situación del empleado temporal no puede ser distinta ni inferior al trabajador directo y permanente de la empresa usuaria.

5.7. Responsabilidad de la empresa usuaria.

Indudablemente, el tema de la responsabilidad laboral de la empresa usuaria o cliente frente al trabajador eventual constituye uno de los aspectos más transitados por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. En grandes líneas, podría afirmarse que existen dos grandes posiciones sobre esta temática. Por un lado, una corriente de opinión entiende que el empleador es únicamente la ETT, quien asume los riesgos de la contratación del trabajador. En efecto, el trabajador es seleccionado, calificado y remunerado por la ETT, quien decidirá el lugar donde cumplirá las tareas para las que fue reclutado.

Por ende, la ETT es la responsable principal frente al trabajador. Sin embargo, la empresa usuaria es responsable en forma subsidiaria por los créditos de naturaleza salarial, en mérito a que el art. 3 de la Ley N° 10.449 establece que todo empresario que utilice intermediarios será subsidiariamente responsable por los salarios adeudados a los trabajadores.

La conclusión anterior se ve alterada y la responsabilidad se vuelve solidaria entre ETT y empresa usuaria, cuando la última recurre a la contratación de trabajadores en forma permanente, distorsionándose así el funcionamiento del suministro de mano de obra temporal.

Para otra posición en cambio, la ETT y la empresa usuaria son siempre solidariamente responsables y deberán responder por los créditos originados durante la prestación o el cumplimiento de la labor. Ello se debe a que para esta postura, las dos empresas son empleadoras en tanto una contrata y remunera, mientras que la otra dirige y se beneficia del trabajo.

Interesa señalar que, son aislados los fallos que consideran que la empresa usuaria no tienen ningún grado de responsabilidad laboral frente al trabajador suministrado por la ETT.

5.8. Relaciones colectivas de trabajo.

El Derecho Colectivo del trabajo uruguayo y el Convenio Internacional N° 181 admiten que el trabajador temporal pueda ejercer todos los derechos sindicales (libertad sindical, negociación colectiva, huelga). Sin embargo, en los hechos la precariedad de la relación laboral ha constituido una barrera invisible para que los trabajadores eventuales puedan formar un sindicato o integrarse a uno ya establecido.

En los últimos años, el movimiento sindical ha adoptado como estrategia tratar de afiliar a los trabajadores eventuales a las organizaciones gremiales de las empresas usuarias. Inclusive, en algunos sectores de actividad los sindicatos están exigiendo que los trabajadores temporales sean incorporados al plantel de empleados estables de la empresa usuaria. Así sucede por ejemplo en el caso de la Administración Pública, en donde los sindicatos están negociando la eliminación o limitación de las tercerizaciones en el sector público, negociando la incorporación de trabajadores eventuales a los cuadros funcionales estatales.

5.9. Decisiones judiciales.

Existen varias decisiones judiciales en Uruguay que refieren a la responsabilidad de la empresa usuaria frente al trabajador suministrado. Para un sector de nuestra jurisprudencia, siempre que el suministro sea realmente temporal, el único empleador es la ETT. Si la temporalidad del vínculo se distorsiona, se entiende que estamos en presencia de una hipótesis de fraude laboral y el trabajador eventual se considera como empleado directo de la empresa usuaria.

Para otra posición, la ETT y la empresa usuaria conforman un empleador complejo, siendo ambas solidariamente responsables por cualquier crédito laboral. En ese orden, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo (único en ese momento)¹⁴ planteó la distinción de tres modalidades bajo las cuales puede operar la intermediación del trabajo humano, participando en ellas una empresa que proporciona mano de obra, otra empresa que saca provecho del empleo de ésta y por otra parte los trabajadores. En los tres casos se configuraría, a juicio del Tribunal, una estructura comercial trilateral, pero que se distingue en cada caso por las siguientes notas:

I) **Subcontratación auténtica:** Advierte la Sala que la empresa dadora de mano de obra opera como subcontratista cuando *“va más allá que la mera operación de proporcionar un grupo de trabajadores. Como ocurre con los subcontratistas para actividades específicas, de cierto desarrollo técnico, solo es concebible la incidencia del equipo ab extra como un todo menor en un todo mayor. Por ejemplo, el equipo de electricistas que se ocupa de aportar la instalación eléctrica de la estructura de un edificio”*. De acuerdo al Tribunal, en este caso corresponde aplicar la regla del art. 3 de la Ley n° 10.449, esto es, la empresa principal es responsable subsidiariamente por deudas salariales, pero el empleador directo es la empresa subcontratista.

II) **Intermediación fraudulenta:** De acuerdo al Tribunal estamos en presencia de una intermediación fraudulenta o ilícita cuando *“hay una empresa totalizadora (ET), que crea una organización parcial (OP), la cual opera ad extra como empresa independiente, pero en realidad no es siquiera un tentáculo de ET, sino tan solo un pseudópodo”*. Para la Sala, en estos casos no hay subcontrato sino mera simulación, por lo que no tiene sentido hablar de responsabilidad subsidiaria ya que existe una sola empresa verdadera, esto es, hay un único empleador.

III) **Empresa suministradora de mano de obra:** Según el Tribunal de Apelaciones del Trabajo, la actividad de estas empresas se encuentra en un lugar intermedio entre las dos situaciones anteriores. Señala que *“el trabajador contrata con la empresa de suministros (ES), quien le indica destinos y le paga el salario; pero el trabajo se realiza en y para otra empresa cliente o receptora (ER) y bajo las órdenes de ésta”*. Para la Sala, en esta

¹⁴ Sentencia n° 145 de 4 de mayo de 1988, publicada en revista Derecho Laboral, tomo XXXI, n° 150, abril-junio 1988, Montevideo, págs. 414 y sigs

modalidad de intermediación hay una relación de trabajo con un consorcio, pues involucra a la ETT para la contratación y paga, y a la empresa cliente por subordinación laboral y beneficio económico, por lo que ambas empresas, componentes de un empleador complejo, son responsables cada una por el todo.

6. FRANQUICIA (*FRANCHISING*)

6.1. Regulación jurídica del contrato de franquicia.

En Uruguay no existe regulación legal del contrato de franquicia, pese a que se trata de un instrumento contractual frecuentemente utilizado en la práctica como estrategia empresarial de diversificación y expansión de negocios.

La franquicia es definida doctrinariamente en nuestro país como un contrato por el cual el titular (franquiciante) de una marca o designación comercial determinada y conocida de bienes o servicios, llega al consumidor final a través de una serie de empresas (franquiciados) que fabrican, distribuyen o comercializan el producto o servicios según las instrucciones y exigencias del franquiciante.

En virtud de este contrato, el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes: una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medios y servicios de apoyo, y una línea de productos y servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado. A cambio de ello, el franquiciante usualmente obtiene un canon inicial fijo o proporcional a las ventas, y los royalties fijos o proporcionales a la facturación del negocio.

Constituyen notas caracterizantes de este contrato las siguientes: a) la concesión del uso de una marca o nombre; b) la asistencia técnica del concedente al concesionario vehiculizada a través de diversas modalidades; c) el pago de un precio por la concesión y un porcentaje de beneficios o ganancias proporcionales a la venta o facturación del negocio; d) la obligatoriedad del franquiciado de actuar bajo determinadas reglas técnicas.

6.2. Posición jurídica del franchisee en relación al franchisor.

La mayoría de los autores califican al franchising como un contrato de colaboración o cooperación entre empresas, que son formalmente independientes. Se señala que tanto el franquiciante (titular de un negocio exitoso) como el franquiciado, actúan por su propia cuenta y riesgo y por ello serán "jurídicamente autónomos".

Sin embargo, se reconoce que en la práctica en la mayoría de los casos el franquiciante impone todas las condiciones del negocio y el franquiciante se somete a ellas. En tal sentido, lo habitual es que el franquiciado deba cumplir con las directivas impartidas por el franquiciante en todo cuanto se refiera al tipo y presentación del establecimiento, su equipamiento, calidad de los productos y en lo que interesa al Derecho del trabajo, las relaciones laborales. En estos casos, se puede llegar a configurar una suerte de dominación económica del franquiciante sobre el franquiciado.

Desde el punto de vista comercial o civil se suele mirar al franquiciado como un empresario independiente, por lo que no existe posibilidad de comunicación de responsabilidad que aproveche a los terceros, salvo respecto de los consumidores por un posible defecto de fabricación, vicios en el diseño, defectos en las instrucciones de uso que acompañan al producto o situaciones similares.

6.3. Posición de los trabajadores del franquiciado frente a la empresa franquiciante.

En principio, los empleados de la empresa franquiciada no tienen relación laboral con la franquiciante, ya que ambas son dos personas jurídicas diferentes. El franquiciante controla las condiciones de venta del producto o servicio, pero las órdenes e instrucciones que reciben los empleados de la franquiciada, no son impartidas por el primero. Siendo así,

parecería que el franquiciante carece de responsabilidad laboral ante los trabajadores contratados por el franquiciado.

Distinta puede ser la situación cuando la empresa franquiciante ejerce una fuerte conducción sobre el negocio del franquiciado, llegando a constatarse una injerencia claramente invasora en su poder organizativo, directivo y disciplinario en relación a los trabajadores, en cuyo caso se justificaría una hipótesis de responsabilidad laboral solidaria.

En efecto, en estos casos se ha entendido que estamos en presencia de lo que se denomina como “contrato comercial de dominación”, en el cual una empresa determina los datos económicos de su contraparte, por lo que la relación de cooperación deja de ser tal, para pasar a ser de control o dominación. Para un corriente de opinión cada vez más importante en nuestro país, cuando en el marco de contratos comerciales las empresas dejan de tener una relación horizontal o paritaria, de cooperación o colaboración, teniendo una de las empresas injerencia directa sobre la actividad económica de la otra, especialmente en el ámbito de sus relaciones laborales, puede configurarse un grupo de empresas o empleador complejo, que de lugar a la imposición de un régimen de responsabilidad laboral solidaria.

Hasta el presente existen muy pocos pronunciamientos de la justicia laboral uruguaya respecto a la responsabilidad laboral de las empresas en el marco del contrato de franchising, haciéndolo con soluciones diversas. En ese sentido, en un caso la jurisprudencia entendió que la ausencia de subordinación y de ajenidad entre empresas, ya que la franquiciante no tenía injerencia alguna en el personal contratado por la franquiciada, significaba la ausencia de responsabilidad de la primera por no ser considerada empleador¹⁵. En cambio, en otro asunto el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno entendió que existía responsabilidad solidaria entre las empresas franquiciante y franquiciada, debido a la fuerte injerencia de la primera en la segunda¹⁶. El mayor o menor grado de intervención de una empresa en otra parece ser el elemento que tomó en cuenta la justicia, para determinar la existencia de responsabilidad laboral del franquiciante respecto de los empleados de la franquiciada.

7. ACCIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVAS EN UN CONTEXTO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

7.1. Posición de los sindicatos sobre la descentralización productiva.

En nuestro país existe una sola central sindical denominada “PIT – CNT”, que agrupa a federaciones y sindicatos de rama de actividad, empresa y oficios, tanto del sector público como privado. Por diversas razones, las organizaciones sindicales han tenido una posición contraria a los procesos de descentralización productiva. En primer lugar, porque en términos generales éstos han tenido un impacto negativo en las relaciones individuales de trabajo (precarización, disminución de los niveles salariales, etc).

En segundo lugar, porque muchas veces la externalización ha debilitado a la organización sindical y ha desarticulado la negociación colectiva. Históricamente la concentración de personas en torno a una unidad productiva, fundamentalmente industrial, facilitó la constitución o formación de sindicatos. La descentralización provocó el surgimiento de unidades productivas pequeñas en torno a la principal. Si bien la legislación uruguaya no exige un número mínimo de trabajadores para conformar un sindicato, la dispersión en el modo de producir bienes y servicios debilitó, en los hechos, las organizaciones ya constituidas y desalentó la formación de nuevas.

No obstante ello, interesa señalar que en algunos casos los sindicatos adoptaron como estrategia no oponerse frontalmente a la descentralización productiva, sino negociar con la empresa las condiciones en que la misma se iba a llevar adelante. En estos casos,

¹⁵ AJL 2000 c. 643.

¹⁶ AJL 1998 c. 486.

generalmente el resultado fue menos negativo para los trabajadores, en comparación con aquellas situaciones en que la externalización fue impuesta unilateralmente por la empresa.

Actualmente, como consecuencia del fortalecimiento que han tenido las organizaciones sindicales en los últimos meses, producto de una coyuntura política más favorable al desarrollo de la actividad sindical, aquellas han planteado la necesidad de eliminar o poner un límite a las externalizaciones de operaciones y de mano de obra. Es así que en ciertos sectores de actividad, como salud privada, banca, operaciones portuarias, etc., tanto público como privado, los sindicatos han celebrado acuerdos que establecen la re-centralización de actividades tercerizadas o ponen límites a las mismas.

Por otra parte, interesa señalar que si bien la descentralización productiva tuvo efectos negativos para los intereses de las organizaciones sindicales y los trabajadores, constituyó a la vez un gran desafío para la renovación y transformación de la actividad gremial. En ese sentido, los sindicatos de las empresas principales han tratado de abarcar en su actuación a los trabajadores de las empresas subsidiarias, filiales, asociadas o periféricas, así como también a los trabajadores eventuales proporcionados por las ETT.

7.2. Representación de los trabajadores en la empresa.

Uruguay presenta un marcado abstencionismo legislativo en materia de derecho colectivo del trabajo, no siendo el tema de la representación colectiva de los trabajadores en la empresa, una excepción. En el período de la dictadura militar (1973-1985), concretamente en el año 1977, se dictó el Decreto N° 87/77 y la Resolución N° 396/77 que promovieron la participación de los trabajadores en el ámbito de las empresas privadas, a través de la constitución de comisiones paritarias. Por lo general, el movimiento sindical tuvo una actitud contraria hacia dichas normas, ya que se dictaron durante una época autoritaria y además fueron vistas como un intento de desplazar la organización sindical, por formas de participación directa de trabajadores en el ámbito interno de la empresa. En los hechos, fueron muy pocas las comisiones paritarias constituidas y la normativa que las impulsó si bien formalmente se encuentra vigente, cayó en desuso.

A diferencia de la experiencia europea, es dable señalar que tanto el movimiento sindical como las organizaciones de empleadores de nuestro país, han demostrado escaso interés en establecer mecanismos de participación en las decisiones internas de la empresa (cogestión), por lo que en la actualidad se trata de una práctica poco difundida o consolidada, siendo escasos los casos en que se han creado comisiones internas. Además, no está prevista la representación colectiva de los trabajadores a nivel del grupo de empresas.

7.3. Organización sindical a nivel de grupo de empresas.

Como quedó dicho, la legislación uruguaya (CIT N° 87) admite la constitución de organizaciones sindicales a cualquier nivel o ámbito, incluyendo el grupo de empresas, aunque la práctica habitual es agruparse por rama de actividad económica. En algunos casos, los sindicatos constituidos a nivel de una empresa matriz de un grupo, posteriormente extendieron su actividad a las filiales, colaterales o subsidiarias que se fueron creando (por ejemplo en la actividad bancaria).

Asimismo, algunos sindicatos pertenecientes a sectores de la actividad con fuerte descentralización, decidieron extender su representación y afiliarse a los "tercerizados" y sus dependientes en el sindicato de la empresa principal o de la rama según corresponda. Ejemplo de lo expresado constituye el caso de la empresa "Maltería Oriental", donde a raíz de la reestructura se perdieron puestos de trabajo y se crearon microempresas con los ex trabajadores. El sindicato representó a los "microempresarios" en la negociación de las condiciones "comerciales" de vinculación. También en la industria del papel, el sindicato de la "Fábrica Nacional de Papel", afilió a los titulares de las empresas tercerizadas y sus dependientes.

7.4. Negociación colectiva a nivel de grupo de empresas.

Como se dijo, desde el punto de vista jurídico, en Uruguay no existe obstáculo para el desarrollo de la negociación colectiva a nivel de grupo de empresas. Las partes pueden establecer el nivel y el ámbito de negociación que consideren adecuado. Así, la normativa vigente (Ley N° 13.355 y CIT N° 154) dispone que solo podrán causar los efectos legales, aquellos convenios colectivos que se hubieran concertado por una parte entre, un empleador o un grupo de empleadores o una o varias organizaciones representativas de empleadores, y por otra parte, entre una o varias organizaciones representativas de los trabajadores involucrados.

Aunque no es frecuente, han existido negociaciones que abarcan a un grupo de empresas o a varias vinculadas entre sí de manera estrecha. En esos casos los contenidos de la negociación versan sobre innovaciones tecnológicas, reestructura de la organización productiva del trabajo, distribución del tiempo de trabajo en el ciclo semanal según las necesidades de la producción, incorporación de partidas tales como primas por productividad, rendimiento, formación profesional, entre otros.

8. COMENTARIOS FINALES

La descentralización productiva es un fenómeno esencialmente económico, que ha impactado significativamente sobre el sistema de relaciones laborales, tanto en sus aspectos individuales como colectivos. Las causas que originaron esta nueva estrategia de organización de la actividad de la empresa no han desaparecido. Más aún, la observación de lo que ocurre en los mercados parece indicar que la competencia comercial, producto de la globalización, será cada vez más dura, por lo que las necesidades empresariales de reducir costos y adoptar modelos flexibles de organización de la producción resultan requerimientos objetivos irrefutables.

Por tratarse de procesos de carácter mundial, los mismos no pueden ser controlados o manejados por el gobierno de cada país, mucho menos en el caso de aquellos países que tienen una incidencia muy baja en el mercado global, como acontece con la situación de Uruguay. Tal circunstancia limita el campo de acción de las instituciones públicas y las organizaciones sindicales para implementar políticas sociales y laborales que eliminen o reduzcan el impacto negativo de la externalización.

Lo expresado anteriormente no significa que el Derecho del trabajo deba permanecer ajeno a la situación analizada y admitir pasivamente los efectos socialmente perversos de la descentralización. Por el contrario, el Derecho del trabajo, tanto por razones jurídicas como de orden ético y jurídico, debe reaccionar y establecer una red de protección o contención, que permita conciliar la mejora de la competitividad de las empresas, con el respeto y mejoramiento de las condiciones laborales y los ingresos de los trabajadores. Ese desafío no puede quedar reducido al ámbito nacional, sino que debe trasladarse al campo internacional, ya que procesos y fenómenos que tienen su origen y causa a nivel mundial deben tener una respuesta de igual jerarquía.