

IMPACTO DE LAS LEYES DE TERCERIZACIONES EN EL SECTOR RURAL

Autores:
Juan Diego Carluccio
Bruno Ceruzzi
Luis Alberto Lussich

Tutor:
Dr. Santiago Pérez del Castillo

Universidad de la República.
Facultad de Ciencias Económicas
y de Administración

Octubre 2009.
Montevideo, Uruguay.

Índice

I. Agradecimientos.....	5
II. Resumen ejecutivo.....	7
III. Análisis del marco legal y doctrinario.....	9
3.1 Breve reseña histórica.....	9
3.2 Descentralización productiva	10
3.3 Formas Jurídicas.....	11
3.4 Responsabilidad laboral.....	13
3.4.1 Conceptos	13
3.4.2 ¿Por qué buscar responsables de las obligaciones laborales?.....	13
3.5 Ley N° 18.099.....	15
3.5.1 Antecedentes.....	15
3.5.2 Sujetos comprendidos.....	17
3.5.3 Responsabilidad consagrada en la ley	19
3.5.4 Limitación temporal	20
3.5.5 Situaciones de contratación no permitidas	20
3.5.6 Obligación de Informar	21
3.5.7 Igualdad de condiciones	21
3.6 Ley N° 18.251	22
3.6.1 Antecedentes.....	22
3.6.2 Ámbito subjetivo de aplicación	24
3.6.3 Exclusiones.....	30
3.6.4 Responsabilidad de la empresa principal.....	31
3.6.5 Alcance de las responsabilidades	33
3.6.6 Existencia de relación de trabajo	33
3.6.7 Retención y subrogación	34
3.6.8 Obligación de Informar	35
3.6.9 Emplazamiento conjunto a los responsables	35
IV. Investigación y análisis de la situación actual.....	37
4.1 Introducción a los entrevistados	37
4.2 Constataciones.....	39
4.2.1 Modelos de organización empresarial	39
4.2.1.1 Tercerizando las actividades.....	39
4.2.1.2 Entre el modelo clásico y las nuevas tendencias	41
4.2.1.3 Manteniendo el modelo clásico	41
4.2.2 Necesidades previas a la ley 18.099 de regular el fenómeno de las tercerizaciones	42
4.2.3 Participación “tripartita” en la promulgación de las leyes	44
4.2.4 Repercusiones iniciales de la promulgación de las leyes	47
4.2.4.1 Efectos preventivos y formalización del sector.....	47
4.2.4.2 Leyes que delegan roles que deberían ser asumidos por el Estado	49
4.2.4.3 Incremento de los costos administrativos por el control adicional.....	49
4.2.4.4 Dificultades en las tareas de contralor en el agro	50
4.2.4.5 Disminución del personal tercerizado	50
4.2.4.6 Pérdida de foco en el negocio.....	51

4.2.4.7 Descenso de la productividad.....	52
4.2.5 Alcance del ámbito de aplicación.....	54
4.2.6 Juicios por tercerizaciones.....	58
4.2.7 Evaluación de posibles contingencias	59
4.3 Acuerdos.....	61
4.3.1 Necesidad de las empresas de tercerizar.....	61
4.3.2 Mecanismos de disminución de la responsabilidad.....	64
4.3.3 Selección de los proveedores subcontratados.....	68
4.3.4 Formalización del sector tercerizado.....	69
4.4 Desacuerdos.....	71
4.4.1 Solidaridad y Subsidiariedad.....	71
4.4.1.1 Evolución del mecanismo de responsabilidad.....	71
4.4.1.2 Controversias con respecto a la diferencia entre Solidaridad y Subsidiariedad	72
4.4.2 Visión a futuro.....	74
4.4.3 Enumeración taxativa o enunciativa del paréntesis.....	76
4.4.4 Órbita judicial y fallos.....	79
4.4.5 Inseguridad Jurídica.....	81
4.5 Posibles mecanismos de reducción de responsabilidades	83
4.5.1 Retención del precio: empresa principal como responsable.....	83
4.5.2 Presentación de documentación y obtención de certificado por parte del principal.....	86
4.5.3 Presentación de documentación y obtención de certificado por parte del auxiliar.....	88
4.5.4 Fondo de Garantía Nacional.....	89
V. Conclusiones.....	91
VI. Anexo I: Entrevistas	97
6.1 Entrevista con el Cr. Carlos Rodríguez (Gerente Financiero de S.A. San Miguel Uruguay).....	97
6.2 Entrevista con el Ing. Alido Nogueira (Soluciones Forestales).....	100
6.3 Entrevista con el Dr. Alejandro Castello.....	104
6.4 Entrevista con el Dr. Leonardo Slinger (Guyer & Regules - Stora Enso).....	114
6.5 Entrevista con el Dr. Mario Garmendía	121
6.6 Entrevista con Sra. Sandra De León (Gerente de Recursos Humanos de Forestal Oriental).....	125
6.7 Entrevista con la Cra. Nany Mulattiery (Forestal Oriental)	128
6.8 Entrevista con el asesor legal de la Asociación Rural del Uruguay, Dr. Juan Pedro Irureta Goyena, asesora legal de la Federación Rural del Uruguay, Dra. Fernanda Maldonado y el Dr. Roberto Falchetti.....	135
6.9 Entrevista con el Dr. Octavio Racciatti	141
6.10 Entrevista con el Lic. Aldo Favre (Gerente Recursos Humanos Stora Enso)....	147
6.11 Entrevista con el Dr. Gabriel Calabuig (Responsable de la División de Recursos Humanos de Citrícola Salteña S.A.).....	152
6.12 Entrevista con el Dr. Washington Zapirain	163
6.13 Entrevista con el Sr. Milton Castellano.....	169
VII. Anexo II: Apéndice Normativo.....	177
7.1 Ley N° 18.099.....	177

7.2 Ley N° 18.251	179
7.3 Recomendación 198 sobre la relación de trabajo	183
VIII. Bibliografía	193

I. Agradecimientos

En primer término queremos agradecer a nuestro tutor, el Dr. Santiago Pérez del Castillo, quien con su paciencia y sus conocimientos nos ha guiado a lo largo de nuestro trabajo.

También nuestro agradecimiento a la Universidad de la República por la formación brindada a lo largo de estos años de carrera, que nos han permitido tener las herramientas suficientes para realizar esta investigación.

Este trabajo no podría haberse realizado sin la participación de los entrevistados, los cuales nos proporcionaron no sólo su valioso tiempo sino también sus conocimientos y opiniones. Entre ellos queremos agradecer a: Dr. Alejandro Castello, Dr. Mario Garmendia, Lic. Aldo Favre, Ing. Alido Nogueira, Cr. Carlos Rodríguez, Dr. Octavio Raciatti, Dr. Gabriel Calabuig, Dr. Leonardo Slinger, Cra. Nany Mulatierry, Sra. Sandra De León, Dr. Juan Pedro Irureta Goyena, Dr. Roberto Falchetti, Dra. Fernanda Maldonado, Dr. Washington Zapirain y Sr. Milton Castellano.

II. Resumen ejecutivo

Las llamadas “leyes de tercerizaciones” desde su promulgación hasta la fecha han brindado diferentes puntos de vista e incluso polémica entre juristas, políticos, empresarios y sindicatos. Han sido criticadas y analizadas en numerosas publicaciones, charlas, conferencias y jornadas laborales brindando tanto posiciones positivas como negativas al respecto o simplemente puntualizando algunos de las facetas que este nuevo marco jurídico brinda.

Es por todo lo expuesto que los autores de esta investigación optamos por estudiar a fondo dicha normativa, pero sin quedarnos en lo meramente teórico y doctrinario, sino analizando el impacto que esta ha tenido y tiene actualmente en la realidad de las empresas y de los trabajadores.

El presente trabajo se focalizará en el sector agropecuario, sector principal de la economía de nuestro país, que ha tenido un gran desarrollo en los últimos años, con grandes índices de inversión y donde el fenómeno de la tercerización se ha visto incrementado enormemente. Se trata de un sector productivo muy particular dada sus características que lo hacen especialmente interesante de estudiar.

Se analizó y estudió la normativa sobre el tema, la ley 10.449 de “Consejos de Salarios” del año 1943, las leyes 18.099 del 24 de enero del 2007 y 18.251 del 12 de enero del 2008, en las cuales se focalizará nuestro estudio, así como los procesos de discusión y proyectos de ley previos a la promulgación de las mismas.

Al mismo tiempo se analizó la recomendación 198 de la O.I.T. (Organización Internacional del Trabajo), y varias publicaciones sobre la descentralización empresarial y más puntualmente sobre las leyes en estudio.

Posteriormente se procedió a la elección de los entrevistados. Se buscó en la selección de los mismos lograr un espectro amplio de posiciones y opiniones. Se entrevistaron a

abogados con publicaciones en la materia, empresas del sector agropecuario, así como sus asesores legales. Al mismo tiempo se buscó el parecer de las gremiales agropecuarias, la Asociación Rural del Uruguay y la Federación Rural, de los delegados del Poder Ejecutivo que intervinieron en la creación de la leyes, así como del PIT- CNT.

En el presente trabajo se presentan las diferentes opiniones de todos los entrevistados sobre los temas a tratar. En determinados casos se incluye la opinión o reflexiones de los autores sobre ciertos puntos.

Finalmente se expondrán las conclusiones finales sobre los temas más relevantes y se tratará de brindar soluciones o recomendaciones en un posible escenario de reforma de la legislación actual sobre las tercerizaciones teniendo siempre presente el objetivo de protección al trabajador perseguido en las mismas.

III. Análisis del marco legal y doctrinario

3.1 Breve reseña histórica

En sus inicios la empresa surge en base a cuatro pilares fundamentales: el predominio del capital, el conflicto de intereses, la ajenidad y el trabajo con un carácter fungible o fácilmente intercambiable¹.

Estas cuatro ideas convergen en una misma visión: el capital es lo que regula los contratos dada la ajenidad de los riesgos por parte de los trabajadores en las pérdidas de la empresa, derivando en la realidad jurídica de que el trabajo es un recurso fácilmente intercambiable. Los conflictos de intereses son inherentes a las organizaciones y por tanto son un factor latente en las mismas, quizás en ciertos momentos más activas y en otros con una mayor pasividad.

Los conflictos de intereses evolucionan así como también la realidad de las empresas, y los trabajadores comienzan a ocupar otro papel en ellas. Inclusive hoy en día al caracterizarse a una empresa como tal, se la define como una combinación de capital y trabajo, la cual se aleja enormemente de la mencionada teoría clásica.

Acompañando los cambios sociales y los nuevos contextos empresariales el derecho también comienza a regular estas realidades y les reconoce a los trabajadores mayores derechos surgiendo lo que hoy se conoce como el derecho del trabajo o derecho laboral.

La “empresa moderna” ha focalizado sus esfuerzos en la mayor eficiencia, reducción de costos y mayor provecho de los recursos, eliminando aquellas actividades que no les son rentables y delegando o tercerizando aquellas que le son necesarias pero que su estructura no le permite sostenerlas.

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, “La teoría Clásica de la Empresa”, in Catorce Estudios sobre la Empresa, Ed. Acali, Mdeo., 1984, pág. 21.

De este modo y en procura de seguir regulando la actividad de los trabajadores por parte del derecho a medida que las realidades laborales van evolucionando es que surgen en nuestro país las leyes 18.099 del 24 de enero de 2007 y 18.251 del 6 de enero de 2008.

3.2 Descentralización productiva

La doctrina laboral en términos generales ha definido a la descentralización como el proceso por el cual una empresa denominada “principal” decide realizar una actividad, no con su plantilla de trabajadores ni ampliando la misma, sino mediante la contratación de una empresa “auxiliar” quien la desarrollará en vez de la primera, a cambio de un precio, mediante un contrato comercial.

Las causas que explican este fenómeno son muy variadas, siendo algunas de ellas la reestructuración económica, la revolución tecnológica, la necesidad de reducir la rigidez de la estructura salarial, el aumento de la competencia local e internacional la cual obliga a la reducción de costos de manera de converger en una mayor eficiencia y así lograr la supervivencia de la empresa². Al mismo tiempo se pueden mencionar las fluctuaciones productivas, el desempleo, la debilidad sindical, la especialización técnica y profesional, las ventajas tributarias³, el aumento de la relevancia del sector servicios, las exigencias de adaptarse a los cambios del mercado y las razones financieras, entre otras.

Sin embargo, como aspecto negativo de la tercerización, Juan Raso afirma que: “la tercerización es una modalidad de organización del trabajo, que en definitiva flexibiliza, precariza y muchas veces destruye los vínculos entre trabajador y empleador, vínculos que constituyen la base del derecho del trabajo”.⁴

² RACCIATTI, Octavio, “Tercerización, exteriorización del empleo y descentralización productiva” en revista Derecho Laboral, Tomo XL, N° 185 enero – marzo 1997, Montevideo, pág. 145.

³ HIERREZUELO, Ricardo, “Intermediación e Interposición Laboral y Descentralización Productiva”, Tratado del Derecho del Trabajo, Tomo II, Ed. Rubinzal – Culzone, Buenos Aires 2005, pág. 611 y sigs.

⁴ RASO DELGUE, Juan, “La Contratación Atípica del Trabajo” Segunda Edición, Editorial Amalio Fernández, Librería Jurídica, Montevideo 2009, pág. 196.

3.3 Formas Jurídicas

Rosenbaum y Castello señalan que existen varias formas jurídicas de externalización, o descentralización:

a) Subcontratación

Es el caso en el cual una empresa principal contrata a una auxiliar mediante un contrato civil o comercial a efectos que ésta última realice una actividad con su propia plantilla de trabajadores a los cual controla y dirige.

b) Contratación con trabajadores autónomos

Se trata de la contratación de personal autónomo (empresas unipersonales) que no tienen personal, por lo que desarrollan las tareas ellos mismos. En tal sentido, la ley 16.713 en su art. 178 establece que en una contratación de dichas características las retribuciones no constituirían materia gravada a efectos de las contribuciones especiales de seguridad social siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos formales; se realice un contrato entre las partes donde se establezca la no dependencia de las partes y se registre a la unipersonal ante la Dirección General Impositiva (D.G.I.) y ante el Banco de Previsión Social (B.P.S.).

Dicho mecanismo debe ser controlado, dado que también es utilizado de manera ilícita, encubriendo una verdadera relación de dependencia. Existen mecanismos de control y ciertas penalidades para el empleador en caso de realizar dichas prácticas dado que se considera que la intención es desnaturalizar la relación laboral y por tanto evadir el pago al B.P.S. por los dependientes en cuestión.⁵

⁵ En el caso de los servicios que realicen los profesionales universitarios según la ley 18.083 de Reforma tributaria en su art. 105 establece una presunción absoluta de no dependencia en caso de ser contratado por una persona física o jurídica que su actividad sea la prestación de servicios profesionales universitarios.

c) Cooperativas de trabajo

En ciertos ramos, principalmente en el sector industrial, se utiliza con frecuencia la externalización de parte de su producción a dichas cooperativas donde, frecuentemente, se trata de ex trabajadores de la empresa comitente. En caso que cuenten con sus propios activos para desarrollar las tareas y trabajen de manera autónoma y diferenciada de la principal, no parece estar desnaturalizando las relaciones laborales. En caso contrario se podría estar en presencia de un fraude laboral.

d) Suministro de Mano de Obra

En Uruguay son conocidas como Empresas de Trabajo Temporal (E.T.T.) y han tenido un gran desarrollo últimamente y en gran medida a la ausencia de norma legal que limite su constitución y funcionamiento. Existe acuerdo en que dicha modalidad debe funcionar cuando se trate de trabajo interino, zafral, temporal o provisorio. Estas empresas tienen como finalidad la de seleccionar, captar, entrenar personal para atender necesidades temporales de diversos clientes.

e) Cesión de mano de obra

Se puede dar en el marco de la prestación de servicios o de obras donde se realicen contratos de colaboración, coordinación y cooperación de empresas con dicho objeto. Dichas prácticas dan lugar a relaciones triangulares desde el punto laboral y configuran intermediación laboral y por tanto, como se analizará posteriormente, traen una responsabilidad patrimonial a las empresas en cuestión por los créditos laborales.

f) Teletrabajo y trabajo a distancia

Dicha modalidad ha surgido con gran auge en los últimos tiempos dado el gran avance de la tecnología, en la que se enmarca la posibilidad de realizar tareas vía remota, a distancia del lugar donde se desarrollan las mismas.

En contraste con el ordenamiento jurídico brasileiro, en Uruguay no se prohíben ciertas modalidades de tercerizaciones, sino que al existir leyes que les brinden un marco jurídico, de algún modo se está reconociendo la existencia y legalidad de diferentes tipos de externalización empresarial. Incluso muchos autores la consideran como un derecho de la empresa amparado por la constitución del Uruguay.

3.4 Responsabilidad laboral

3.4.1 Conceptos

La responsabilidad solidaria es aquella por la cual se está en igual obligación frente al principal obligado del crédito laboral, por tanto, el individuo que se encuentre sujeto a la misma podrá ser exigido del cumplimiento de las obligaciones laborales en igual plano que el resto de los obligados solidarios.

La responsabilidad subsidiaria es aquella por la cual se encuentra obligado por los créditos laborales una vez que se hubiera exigido los mismos al principal obligado y este no tuviera los recursos suficientes para responderle. Por tanto, en este caso, se le podrá exigir el pago de las obligaciones laborales al subsidiariamente responsable luego que se hubiera impugnado el cobro al principal deudor y el mismo no hubiera satisfecho las mismas. La responsabilidad al pago sería por el total de lo no pagado por el principal.

3.4.2 ¿Por qué buscar responsables de las obligaciones laborales?

En primer lugar es importante señalar cuál es la importancia o cuál es el objetivo de establecer una responsabilidad por los créditos laborales, a pesar de tratarse de trabajadores que no son estrictamente empleados de la empresa principal. Mancini y Pizarro señalan que “la solidaridad legal pasiva en el Derecho del trabajo está orientada a asegurar el crédito o brindar mejores posibilidades de cobro, a cuyos fines se incorpora la relación jurídica a

otros obligados para así garantizar el cobro de la acreencia ante la posible insolvencia de quien aparece formalmente como su empleador directo o principal, siendo una técnica jurídica de razonable eficacia frente a conductas simuladas o fraudulentas”.⁶

En nuestro país, hasta la sanción de la ley 18.099, solo existían dos casos de responsabilidad solidaria en el campo laboral:

- a) El artículo 13 de la ley N° 12.590 sobre licencias anuales, que establece la responsabilidad solidaria del adquirente y el enajenante del establecimiento por el adeudo de los jornales de licencia adeudados al trabajador.
- b) El art. 12 del Decreto ley N° 14.188 dispone de dicha responsabilidad personal y solidaria a todos los socios de las Sociedades de Responsabilidad Limitada por la totalidad de los haberes salariales establecidos por ley. Por tanto, esta sería la única excepción a la responsabilidad limitada a sus aportes que se le impone a dichos socios.

Rosenbaum y Castello⁷ exponen como fundamentos de dicha responsabilidad, excluyendo los casos donde se verifica fraude o mera interposición laboral entre trabajador y verdadero empleador, los siguientes:

- a) la existencia de subordinación o dependencia de hecho en relación al “tercero”;
- b) la circunstancia de que las obras o servicios encomendados a la empresa auxiliar o proveedora formen parte de la actividad normal, principal o propia del comitente;
- c) la presencia de exclusividad o de dependencia económica entre empresas,
- d) la existencia de inmiscusión o injerencia de la empresa comitente en la actividad de la empresa auxiliar, y
- e) la realización de obras y servicios permanentes en el espacio físico del comitente.

⁶ MANCINI, María del Pilar y PIZARRO, Ramón Daniel, “Algunas reflexiones entorno a las obligaciones solidarias en el Derecho del Trabajo”, en Revista de Derecho Laboral 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pág. 78.

⁷ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro, “Subcontratación e Intermediación Laboral”, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, Uruguay, pág. 60.

3.5 Ley N° 18.099

3.5.1 Antecedentes

La ley 18.099 tiene sus orígenes en el año 2005 en un proyecto de ley con iniciativa del M.T.S.S., que lo remitió al Parlamento.

Como antecedente a este proceso se debe mencionar al artículo 3 de la ley 10.449 de 12 de Noviembre 1943: “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas o intermediarios permanecerá, no obstante, obligado subsidiariamente al pago de los salarios mínimos fijados.”

Este artículo introduce los conceptos de “subcontratista” e “intermediario”, y fija una responsabilidad subsidiaria frente a los salarios mínimos establecidos. No define, sino que sólo menciona dos posibles formas de participación de la relación, dejando a interpretación de la justicia las características necesarias para cumplir con dichos conceptos. Esta ley, enfocada a los consejos de salarios, ya ponía en consideración una situación que se venía creando a través de las nuevas técnicas de contratación.

El artículo 3 hace mención al salario mínimo fijado, que es descripto en el artículo 1 de la ley 10.449 como “aquel que se considera necesario, en relación a las condiciones económicas que imperan en un lugar, para asegurar al trabajador un nivel de vida suficiente, a fin de proveer a la satisfacción de sus necesidades físicas, intelectuales y morales.”

En los fallos relacionados a esta ley, la jurisprudencia obtenida por aplicó un criterio más amplio que aquel mencionado en el artículo 3. Los jueces han interpretado que el espíritu del legislador era proteger a la parte débil de la relación contractual (el trabajador) por todos los créditos salariales.

El criterio tomado en la ley 10.449 en cuanto a la responsabilidad, definida como subsidiaria, establecía que el acreedor (trabajador) no podía ejecutar al deudor mientras antes no haya agotado todas las vías posibles para realizar el cobro de su crédito contra el patrimonio del deudor principal. Las vías a la cuales hacemos mención son la intimación de pago y la traba e inscripción del embargo vía judicial.

En la Comisión de Legislación del Trabajo (19 octubre 2006), el Dr. Falchetti menciona un proyecto de ley del Poder Ejecutivo que establecía, para las situaciones en las cuales la empresa contratante exhibiera la documentación probatoria de la afiliación al B.S.E., los aportes al B.P.S., los pagos laborales, y los créditos laborales, la empresa se liberaría de la responsabilidad solidaria. Este mecanismo establecía una responsabilidad del tipo solidaria y subjetiva, como expresa el Diputado Cabrera, en contraprestación al nuevo proyecto presentado, el cual era objetivo y no permitía dicha liberación de la responsabilidad.

En la redacción final de la ley, que se analizará más adelante, se observará como la postura adoptada no toma en cuenta los dos criterios expuestos anteriormente.

Según establece Castello, “el texto que se había proyectado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social confería a los trabajadores el derecho a exigir a la empresa principal la retención y pago directo de lo adeudado por los contratistas, subcontratistas e intermediarios en concepto de remuneraciones u otros derechos laborales.”⁸ Este mecanismo tampoco fue tomado en cuenta en la redacción de la ley.

El Proyecto de ley remitido en el año 2005 consideraba la ley 10.449 como la base de análisis, por lo cual en el borrador presentado se establecía una responsabilidad dividida según los controles que efectuara la empresa. Si se obtenían constancias de pago de remuneraciones, contribuciones a la seguridad social y prima de accidentes de trabajo, se tenía una responsabilidad subsidiaria (mantenía el criterio establecido en la ley 10.449), pero sino realizaba dichos controles, se transformaba en una responsabilidad solidaria. Se

⁸ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro, “Subcontratación e Intermediación Laboral”, op. cit. pág. 93.

puede apreciar como ocurrió un cambio sustancial frente al proyecto presentado por el Poder Ejecutivo y el discutido por las cámaras empresariales en la Comisión de Legislación del Trabajo.

Dicha situación fue analizada en la Cámara de Diputados (Diputado Juan José Bentancor) y se concluyó que no era suficiente para proveer una solución jurídica razonable. Se analizó la posición de la O.I.T. en busca de una solución pero esta tampoco ha logrado plasmar en los convenios internacionales, sino que sólo ha emitido una Recomendación Internacional (Recomendación N° 198).

Dicha recomendación menciona en su Artículo 4, literal d, “asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén”, no determina el tipo de responsabilidad ni que mecanismo pueden existir para disminuirla.

Sólo menciona en su literal e, “proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo.” Esta recomendación no fue tomada en cuenta, dado que en la redacción de la ley, no se previó mecanismo para solucionar la controversia.

Luego de ser realizada las modificaciones que se creyeron necesarias la ley fue aprobada por la mayoría de votos de la Cámara de Diputados (14 diciembre 2006), para luego ser rápidamente sancionada por la Cámara de Senadores (10 enero 2007).

3.5.2 Sujetos comprendidos

El Artículo 1 de la ley 18.099 fue controversial, no sólo por el universo de sujetos comprendidos sino también por la responsabilidad establecida. El mencionado artículo establece, “todo patrono o empresario que utilice subcontractistas, intermediarios o

suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de estos hacia los trabajadores contratados, (...)”

Se establece una relación jurídica tripartita, por un lado el “patrono o empresario”, como vínculo el “subcontratista”, y como tercera parte el “trabajador”. Esto determina que aquellas relaciones contractuales que solamente vinculen dos partes, en una forma bilateral, no entraría en el ámbito subjetivo de la ley. Se deben destacar los casos establecidos por Rosenbaum y Castello: “empresa unipersonal, profesional universitario, teletrabajador, etc”⁹, que no estarían en el ámbito mencionado.

Inclusive se toma en consideración la Recomendación Internacional 198 de la O.I.T., como referencia ante la falta de un consenso y la diversidad de situaciones existentes como para uniformizar un criterio. Aún cuando dicha resolución no proporciona una definición de los distintos participantes de la relación, sí recomienda en su Artículo 4, literal a: “la política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”.

La ley define las distintas formas de relacionamiento pero no define eficazmente la existencia de una relación de trabajo asalariado, lo cual fue una de las principales críticas provenientes de las cámaras empresariales.

Pero la recomendación de la O.I.T realiza un análisis y propone una solución más específica al indicar en su Artículo 11, literal b: “a fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios”

⁹ Op. cit. pág. 105.

Luego continúa estableciendo cuáles pueden ser los distintos indicios por los que se podrían guiar para determinar la existencia de la relación laboral:

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

c) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.”

3.5.3 Responsabilidad consagrada en la ley

En cuanto a la responsabilidad ya se determina que esta será solidaria, alejándose de lo establecido en la ley 10.449 y del proyecto presentado, dado que los legisladores creyeron que la propuesta no encontraba la igualdad de posiciones entre la seguridad del trabajador y la libertad del empresario.

Al determinar la responsabilidad como solidaria, sin darle al empresario una posibilidad de acortarla o limitarla, se creó uno de los principales puntos de discrepancia y uno de los más criticados por las cámaras empresariales.

Esta responsabilidad no se limita a los salarios mínimos como establecía la ley 10.449 sino que la extiende a todos los créditos salariales, los pagos de contribución social por seguridad social, prima por accidente de trabajo y enfermedad profesional, incluso las sanciones y recuperos que se adeuden al B.S.E., así como las partidas indemnizatorias. No sólo se extiende en cuanto a montos frente a los distintos órganos recaudadores sino que también amplía su nomina de sujetos pasivos, abarcando a los organismos estatales y no estatales.

3.5.4 Limitación temporal

Se mantiene la limitación temporal al período por el cual la empresa principal contrata al trabajador o los servicios del intermediario. La ley establece en su Art. 2 la libertad entre los contratantes para estipular las pautas y la manera de dividir las obligaciones que se generen entre ellos, pero manteniendo su responsabilidad solidaria frente al tercero (trabajador). En caso en que fuera contra la empresa principal esta tendrá el derecho de repetición contra el intermediario, por lo tanto los contratos sólo darían una garantía extra, pero no suficiente para liberar de la responsabilidad.

3.5.5 Situaciones de contratación no permitidas

La ley en el artículo 3 dice: “en ningún caso podrán emplearse las modalidades de contratación referidas en el artículo 1 de la presente ley para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto colectivo (...)”. De esta manera se establece la protección a la fuente de trabajo. El comentario planteado en la Comisión de Legislación del Trabajo por parte del Dr. Falchetti con respecto al artículo mencionado dice: “(...) pensamos que esta noción de trabajadores en conflicto debería ser objeto de una precisión conceptual un poco mayor. Trabajadores en conflicto puede ser uno solo, pueden ser varios, involucra conflictos de derecho, conflictos de interés. Creo que habría que perfeccionar esto (...)”

3.5.6 Obligación de Informar

Continúa la ley estableciendo obligaciones para el intermediario en el artículo 4, en cuanto debe informar a los trabajadores de sus condiciones de empleo, su salario y la empresa a la cual se le estará suministrando los servicios.

Esta obligación puede generar un problema práctico dado que luego del restablecimiento de los Consejos de Salarios, muchos de los prestadores de servicios (subcontratistas que incluyen mano de obra y maquinaria) tienen su propio grupo, laudo, categorías y salarios mínimos, por lo cual no necesariamente va a coincidir con el grupo en el que se encuentra la empresa principal. Es necesario, en este punto, realizar una distinción, dado que el problema mencionado va a existir en aquellos casos de subcontratistas que tienen un propio grupo, no así en el caso de las empresas suministradoras de mano de obra. Como establece el Dr. Falchetti en la Comisión de Legislación del Trabajo: “está solucionado porque el Grupo 19 ya ha establecido y laudado que cuando se suministra personal a otra empresa, ese personal suministrado debe estar en condiciones de igualdad salarial con la realidad salarial de la empresa.”

3.5.7 Igualdad de condiciones

Al mismo tiempo, en el artículo 5 se estipula igualdad de condiciones para el trabajador de las empresas suministradoras de mano de obra con respecto a los beneficios de consejos de salarios o decretos que regulan el ramo particular en el que desarrollan su tarea. Ratifica lo mencionado anteriormente.

Es de esta manera que con la promulgación de ley 18.099 aparece la primera mención específica a esta modalidad de contratación que ha venido evolucionando en el Uruguay y que posteriormente será objeto de críticas y negociaciones en procura de seguir avanzando o aclarando ciertas pautas sobre el tema de las tercerizaciones.

3.6 Ley N° 18.251

3.6.1 Antecedentes

La aprobación de la ley 18.099 generó una considerable resistencia en el sector empresarial. Varias fueron las críticas que este sector planteó. En primer lugar se consideraba que el “amplísimo régimen de responsabilidad solidaria empresarial (...) desincentivaría la inversión productiva y la contratación de mano de obra”.¹⁰ Asociado a lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que existía un temor latente acerca de la posibilidad de que las empresas pudieran preferir contratar con empresas grandes y patrimonialmente solventes. En segundo lugar, una crítica no menor consistía en que en ningún momento se diferenció entre aquellas tercerizaciones auténticas y legítimas de las fraudulentas e ilícitas que sólo perseguían fines de evasión de las responsabilidades laborales.

Han existido casos en los que la empresa contratante crea artificialmente una empresa, insolvente, que ubica entre el trabajador y la empresa principal. Empresa que luego desaparece dejando insatisfechos las obligaciones laborales. Sin lugar a dudas estas formas fraudulentas debían ser reguladas, la crítica del sector empresarial se sitúa en que la ley 18.099 no sólo regula estas situaciones, sino que va más allá y regula también a aquellas tercerizaciones “que son legítimas y que representan en definitiva, un acompasar de las realidades del mundo, de las nuevas tecnologías y de la especialización productiva”.¹¹

En tercer lugar se criticó que la ley 18.099 “implicaba un indebido desplazamiento de responsabilidades y funciones del Estado hacia la actividad privada, ya que se ponía a cargo de las empresas la realización de controles de cumplimiento de la normativa laboral sobre terceros, el que legalmente debe ser asumido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.⁹

¹⁰ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro, “Subcontratación e Intermediación Laboral”, op. cit. pág. 96.

¹¹ Informe en Minoría del proyecto de la actual ley 18.251.

En último lugar, hay que mencionar la fuerte crítica de las Cámaras empresariales en referencia a que la ley 18.099 omitió definir los conceptos de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra. De esta manera se dejaba una enorme inseguridad jurídica y económica en la forma en la que podía ser interpretada dicha ley, máxime teniendo en cuenta las distintas definiciones que la jurisprudencia aplicó a la hora de definir el término de subcontratación, que surgía del artículo 3 de la ley 10.449 de consejo de salarios.

Por otro lado, la central sindical del PIT-CNT mostró su falta de interés en modificar la ley 18.099 por entender que satisfacía completamente las necesidades de los trabajadores. Es en este ámbito que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social fomentó la creación de una comisión tripartita de carácter técnico con el objetivo de tratar de lograr un consenso entre la central sindical, el sector empresarial, y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Uno de los asesores de este último fue el Dr. Octavio Racciatti, quien expresa que “en 2007, una comisión técnica tripartita intentó buscar solución a dichas observaciones. Primero, tratando de elaborar un proyecto de decreto reglamentario. Esta salida era poco viable, por las obvias limitaciones que tiene la reglamentación frente al texto legal. Luego, se intentó un proyecto de modificación de algunas disposiciones de la ley 18.099, negociando en el más alto nivel político con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Finalmente, y sin el consenso de los interlocutores sociales, el Poder Ejecutivo elevó un proyecto de ley que trató de reflejar las propuestas del sector empresarial y de contemplar las críticas que habían sido formuladas a la ley 18.099.”¹²

Es en esta coyuntura que el proyecto de ley fue aprobado el 19 de diciembre del 2007 con los votos de la bancada oficialista. El informe presentado en mayoría indica que “el proyecto recoge las opiniones y observaciones que han formulado las gremiales de trabajadores y empresariales”. El informe en minoría indica, en su último párrafo que,

¹² RACCIATTI, Octavio, “La ley 18.251: el retorno a la responsabilidad subsidiaria en las relaciones laborales triangulares” en revista Derecho Laboral, tomo LI, N° 229, enero-marzo 2008, pág. 165.

“debe destacarse que las modificaciones propuestas no cuentan con el apoyo del PIT-CNT ni tampoco de las Cámaras Empresariales”.

De esta manera, y al igual que varias leyes laborales en la historia de nuestro país, surge, sin los consensos mínimos e indispensables para la promulgación de leyes de este calibre, la ley de “Responsabilidad Laboral en los Procesos de Descentralización Empresarial”, que siendo promulgada el 12 de enero de 2008, lleva el número 18.251.

3.6.2 Ámbito subjetivo de aplicación

En primer lugar, y en respuesta a la crítica planteada por el sector empresarial acerca de la ausencia de definiciones de subcontratación, intermediación y empresa suministradora de mano de obra, la ley 18.251 las incluye en su primer artículo de la siguiente forma:

“ A) (Subcontratista). 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 estos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesorio (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

B) (Intermediario). 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.

C) (Empresa suministradora de mano de obra). 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.”

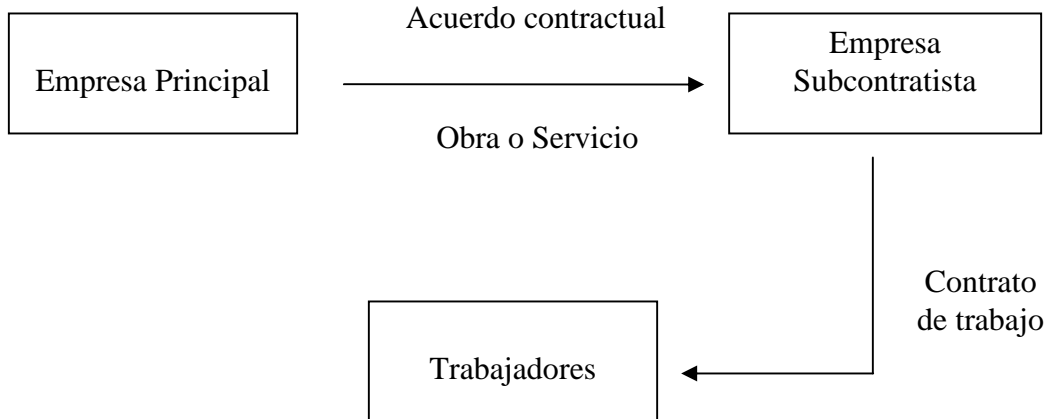
En relación a estas definiciones que brinda la ley se puede remarcar, haciendo referencia al primer inciso, que no se define la persona del subcontratista como sujeto, sino que se define a la subcontratación como actividad; la subcontratación es definida desde la perspectiva del subcontratado; se recalca que para que exista subcontratación debe existir un “acuerdo contractual”, este recurso, por más redundante que parezca ser, estaría enfatizando el hecho de que debe existir un contrato formalmente establecido, y que el mismo “debe tener cierta continuidad, o al menos debe estar caracterizado por su vocación de permanecer en el tiempo.”¹³

Esta continuidad se encuentra alineada con el artículo 2 que excluye “las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera ocasional”, aclarando, en el mismo artículo, que “el concepto de obra o servicio ocasional no incluye el trabajo zafra o de temporada el que será regido por las normas generales.”

Se pueden diferenciar tres partes en la definición de subcontratista: una empresa principal quien es la que encarga el trabajo mediante un precio a la empresa subcontratada. Esta última es quien contrata, controla y dirige los trabajadores en la dirección del acuerdo contractual. Rosenbaum y Castello lo ilustran de la siguiente manera:¹⁴

¹³ GARMENDIA ARIGÓN, Mario, GAUTHIER, Gustavo, “Tercerizaciones”, Fundación de Cultura Universitaria, pág. 73.

¹⁴ Op. cit. pág. 139.



De manera que la subcontratación es una externalización de operaciones dado que la empresa principal contrata a la subcontratada para realizar un trabajo, el cual la principal no lo dirigirá, sino que le encarga mediante el contrato y mediante el pago de un precio la concreción de determinada obra o servicio.

El Dr. Raso expresa, “Echeverría considera acertado este criterio que busca averiguar “qué es o qué se subcontrata”. En tal sentido la autora indica que es posible distinguir la subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, por un lado, o la subcontratación de trabajo, específicamente trabajadores, por otro. En la primera situación existe una relación entre dos empresas en donde una “encarga a otra (o contrata con otra) la producción de etapas, de partes o partidas completas de la producción de bienes o la prestación de determinados servicios, que la segunda empresa se compromete a llevar a cabo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”¹⁵. En este caso se establece un vínculo comercial entre dos empresas totalmente independientes entre sí, en donde una compra y la otra vende productos o servicios por un precio. En cambio en la subcontratación de trabajo, una empresa contrata directamente a otra “trabajo”, es decir contrata -a través de una empresa tercera- a trabajadores. Es una

¹⁵ ECHEVERRÍA, M., “Subcontratación de la producción y subcontratación del trabajo”, en rev. Temas Laborales, N° 7, p. 6: ver <http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/632.pdf>

relación contractual expresada básicamente en el vínculo comercial entre una empresa usuaria y una empresa suministradora de mano de obras de servicios.”¹⁶

Afirma con respecto a la subcontratación que “hay subcontratación cuando existe un contrato base y un contrato derivado, mientras que estaremos ante una hipótesis de contratación, cuando existe un solo contrato”¹⁷.

En relación a la intermediación, definida en el segundo inciso del art. 1 Rosebaum y Castello describen tres tipos diferentes de intermediación.

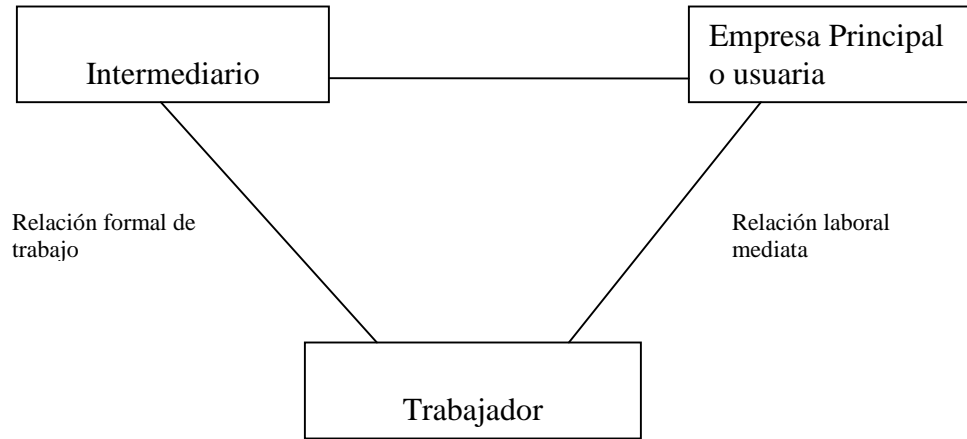
En primer lugar, a diferencia de la subcontratación, el intermediario pone a disposición de la empresa principal los trabajadores, estando estos últimos bajo la dirección y control de la empresa principal. La empresa intermediaria es la que busca, selecciona, recluta y contrata a los trabajadores y por tanto figuran registrados en su planilla de trabajo. Se encarga de abonar el B.P.S., B.S.E. y de los haberes de sus empleados pero en los hechos estos trabajadores estarán prestando servicios a favor y en beneficio de un tercero (empresa principal). Estas tareas podrían realizarse tanto dentro como fuera del establecimiento de éste último.

La Real Academia Española define intermediación como, “acción y efecto de intermediar (poner en relación a dos o más personas o entidades)” e intermediar lo define como, “mediar (existir en medio de otras cosas)”¹⁸. Queda en evidencia nuevamente la existencia de una relación tripartita, una empresa principal quien contrata con otra empresa intermediaria para que esta última le brinde los trabajadores de manera de desarrollar una tarea bajo su dirección y control. En este caso se trata de una externalización de personal y no de operaciones como es el caso de la subcontratación.

¹⁶ RASO DELGUE, Juan, “La contratación atípica del trabajo”, segunda edición 2009, Editorial Amalio Fernandez, pág. 323 y 324. Montevideo, Uruguay.

¹⁷ RASO DELGUE, Juan, “La contratación atípica del trabajo”, op. cit. pág 333.

¹⁸ www.rae.es



En segundo lugar, de dicha definición se desprende una segunda posibilidad de intermediación. Al definir la intermediación como, “intermediario es el empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores (...)” brinda una doble posibilidad, el empresario que contrata (visto anteriormente) o el que interviene en la contratación.

Empresas que intervienen en la contratación pueden ser variadas, como agencias de colocación o consultoras de recursos humanos las cuales tienen por objeto la determinación del perfil del trabajador que su cliente necesita: búsqueda, selección, reclutamiento e inclusive algunas los capacitan para posteriormente comenzar a trabajar en la empresa principal.

En el ejemplo descrito queda en evidencia la injerencia de la empresa de recursos humanos en la “contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero”, según lo que marca la ley.

En dicho escenario no existe una relación tripartita como fue diagramada anteriormente y no sería coherente responsabilizar subsidiaria o solidariamente a quien le presta un servicio a la empresa usuaria, dado que estas empresas consultoras de recursos humanos no

contratan a los trabajadores. Es por esto último que entendemos que estos casos no se encuentran incluidos en la definición del artículo 1 de la ley 18.251 no quedando claro que tipo de intervención se refiere la ley.

Finalmente, Rosenbaum y Castello expresan una tercera definición de intermediario basándose en la parte final del inciso b, “no entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal.”

En este enunciado que hace la ley involucra la entrega de obras a otro patrono o empresario principal, por tanto, se refiere nuevamente a una externalización de obras ya vista dentro de la definición de subcontratista. Esta nueva acepción que brinda la definición de intermediario sería contradictoria con el inciso a, dado que a pesar de entenderse que se refiere a la misma situación, la ley lo define como sustancias diferentes.

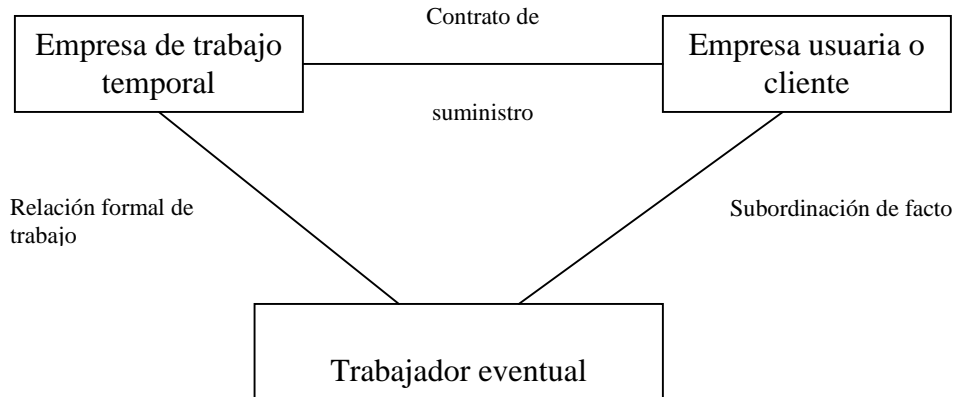
A nuestro entender la concepción que debe prevalecer de intermediario y la que resulta más coherente con la lectura del primer artículo en su conjunto es la primera acepción dado que se visualiza claramente el aspecto tripartito y no coincide con la definición brindada por el inciso a.

Con respecto a la definición brindada por el inciso c de suministrador de mano de obra, debemos comentar que se asemeja bastante a la primera definición de intermediación con la diferencia que en este caso se trata de mano de obra temporal.

Se desprende que se trata de las empresas que tienen como objeto brindar apoyo a la empresa principal con trabajadores de manera temporal u ocasional. Se puede tratar de situaciones de suplencias, trabajo eventual u ocasional, zafra, entre otros.

En dicha situación nuevamente se visualiza una relación tripartita. La empresa principal adquiere mediante un contrato y pagando un precio a la empresa suministradora de mano de

obra, trabajadores para que realicen determinadas tareas bajo la supervisión y dirección de la primera. Según ejemplifica Rosenbaum y Castello:¹⁹



Se puede afirmar que la intermediación es un concepto más amplio que el suministro de mano de obra, dado que este último se encuentra dentro de la primera pero con una definición más acotada, dado que se remite a la intermediación pero en caso de trabajos temporales.

3.6.3 Exclusiones

Como fue mencionado, los artículos 2 y 3 de la ley 18.251 contemplan dos casos que se excluyen de las definiciones planteadas. Por un lado el artículo 2, excluye de las definiciones de subcontratista y de intermediario a “las obras o los servicios que se ejecutan de manera ocasional. El concepto de obra o servicio ocasional no incluye el trabajo zafra o de temporada, el que será regido por las normas generales”. Este texto deja sin definir lo que se entiende por obras o servicios ocasionales. Rosenbaum y Castello señalan al respecto que “evidentemente, esa condición no hace referencia a la temporalidad de la vinculación del trabajador con el intermediario o subcontratista, sino a la duración y

¹⁹ Op. cit. pág. 132.

permanencia de la relación comercial o civil entre la empresa principal y estos últimos. No basta, así pues, con que una empresa principal o tomadora de servicios encargue la ejecución de una obra o servicio a un tercero para que quede configurada la subcontratación laboral, sino que es preciso que el relacionamiento empresarial adquiera carácter estable o permanente.”²⁰

El artículo 3 de la ley 18.251, al excluir a los procesos de distribución de su alcance está excluyendo, según define el artículo 1 del Decreto ley 14.625, a “toda forma de desplazamiento o circulación de productos desde cualquiera de los locales de las empresas productoras o importadoras hasta su entrega a otras personas físicas o jurídicas. Dicho proceso comprenderá operaciones tales como almacenaje, transporte, venta y entrega.”

3.6.4 Responsabilidad de la empresa principal

Otra gran innovación que presenta la ley 18.251, es la coexistencia de un sistema de responsabilidad dual (solidaria y subsidiaria). En referencia a esto, y de algún modo sustentando la conciliación de ambas responsabilidades, el artículo 4 de dicha ley establece el derecho de la empresa principal a ser informada por la empresa subcontratista, la intermediaria o la suministradora de mano de obra “sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a estos correspondan respecto de sus trabajadores”. Puntualmente se establece que la empresa principal tendrá el derecho a solicitar la exhibición de los siguientes documentos:

A) Declaración nominada de historia laboral y recibo de pago de cotizaciones al organismo provisional.

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

²⁰ Op. cit. pág. 160 y ss.

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.

Es en función a que ejerza este derecho, que el artículo 6 establece la mutación de la responsabilidad de solidaria a subsidiaria. Cuando, como menciona el artículo 6, “se hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4” el patrono o empresa principal responderían subsidiariamente.

La discrepancia subyacente en la doctrina, al respecto, radica en el alcance del “derecho a ser informado”. Por un lado puede interpretarse, tal como lo menciona Mario Garmendia, que “no es necesario que la empresa principal demuestre que efectivamente ha controlado o auditado la documentación recibida”.²¹ Por otro lado, Rosenbaum y Castello afirman que “sin dejar de reconocer que es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma.”²²

Finalmente, el Dr. Raso afirma “en nuestra opinión no es posible hacer afirmaciones categóricas sobre el cumplimiento de este derecho de información / deber de control. Coincidimos de todos modos que no estamos ante una mera obligación formal y en definitiva establecer si el control se realizó en forma razonable será una cuestión de prueba”²³.

²¹ GARMENDIA ARIGÓN, Mario, GAUTHIER, Gustavo, “Tercerizaciones”, op. cit., pág. 134.

²² Op. cit. pág. 168

²³ RASO DELGUE, Juan, “La contratación atípica del trabajo”, op. cit. pág 379.

3.6.5 Alcance de las responsabilidades

Es de esta manera que en el régimen vigente coexisten ambas responsabilidades, solidaria y subsidiaria, con las limitaciones temporales mencionadas en la ley 18.099 y el alcance que se establece en el artículo 7 de la ley 18.251, el que define que “las obligaciones previsionales respecto del trabajador contratado comprenden las contribuciones especiales de seguridad social (patronales y personales), excluyendo las multas, los recargos, los impuestos y adicionales recaudados por los organismos de seguridad social. Tampoco están comprendidas las sanciones administrativas por concepto de infracciones a las normas laborales, las que se regularán en función del grado de responsabilidad que a cada empresa corresponda por el incumplimiento.”

Del mismo modo, este artículo aclara la anterior ley 18.099, estableciendo que “las obligaciones laborales a que refiere el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007, comprenden aquellas derivadas de la relación de trabajo que surgen de las normas internacionales ratificadas, leyes, decretos, laudos o decisiones de los Consejos de Salarios, o de los convenios colectivos registrados o de la información que surja de la documentación a la que refiere el literal D) del artículo 4° de la presente ley”. De esta manera surge necesario comprender qué se entiende por relación de trabajo.

3.6.6 Existencia de relación de trabajo

Con ánimo de profundizar en los conceptos manejados doctrinariamente acerca de los indicios que podrían presuponer la existencia de una relación de trabajo, nos basaremos en la Recomendación 198 de la O.I.T., en cuyo párrafo 13, menciona que:

“Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la

empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

3.6.7 Retención y subrogación

El artículo 5 establece el derecho de retención y pagos por subrogación. De esta manera se le da potestad a la empresa principal de retener los adeudos, en caso de que la empresa subcontratista, el intermediario, o la empresa suministradora de mano de obra no acrediten el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Esta potestad de retener, se encuentra en línea con el concepto de que para que se dé la mutación de responsabilidad solidaria a subsidiaria, se debe controlar la documentación. Esto se debe a que para retener, la empresa debe haber ejercido su derecho a informarse, pero también tuvo que haber “examinado la documentación y haber verificado que existe una situación irregular en la observancia de la legislación social”.²⁴

²⁴ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro, “Subcontratación e Intermediación Laboral”, op. cit. pág. 170

3.6.8 Obligación de Informar

El artículo 9 plantea una solución con respecto desconocimiento que existía, por parte del trabajador, de sus condiciones de trabajo y la naturaleza de su verdadero patrono. Al respecto, el artículo establece que “a los efectos del deber de información establecido en el artículo 4º de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007, 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”.

3.6.9 Emplazamiento conjunto a los responsables

El último artículo de la ley 18.251, artículo 10, plantea una solución a “algunas consecuencias negativas y disfuncionales” como Rosenbaum y Castello señalan. En este sentido, por lo dispuesto en el artículo 218.2 del Código General de Proceso, se podría extender las consecuencias de la cosa juzgada a co-deudores solidarios. La ley 18.099 dejaba la posibilidad a que se demandara exclusivamente al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra, pero se ejecutara la sentencia de condena a la empresa principal, aunque esta no haya participado en el juicio.

Esta situación es subsanada por la ley 18.251, que en su artículo 10, establece que, en los procesos en los que se invoque alguna de las responsabilidades de la presente ley, se deberá emplazar a juicio a todas las personas contra las cuales se pretenda exigir el cumplimiento de tales obligaciones.

IV. Investigación y análisis de la situación actual

4.1 Introducción a los entrevistados

El siguiente análisis se basa en las opiniones y aportes que brindan los entrevistados (ver Anexo) y los autores de este trabajo monográfico. En resumen los entrevistados fueron:

Dr. Alejandro Castello	Abogado
Dr. Mario Garmendia	Abogado
Sra. Sandra de León	Gerente R.R.H.H. Forestal Oriental
Cra. Nany Mullatiery	Forestal Oriental
Lic. Aldo Favre	Gerente RRHH Stora Enso
Dr. Leonardo Slinger	Asesor legal Stora Enso
Cr. Carlos Rodríguez	Gerente Financiero de Citrícola San Miguel
Dr. Gabriel Calabuig	Citrícola Salteña
Ing. Alido Nogueira	Soluciones Forestales, contratista
Dr. Juan Pedro Irureta Goyena	Asociación Rural del Uruguay
Dra. Fernanda Maldonado	Federación Rural
Dr. Roberto Falchetti	Asesor de la Asociación Rural del Uruguay
Dr. Octavio Racciatti	Delegado Poder Ejecutivo
Dr. Washington Zapirain	Delegado Poder Ejecutivo
Sr. Milton Castellano	Dirigente PIT CNT

En referencia a los juristas se entrevistó al Dr. Alejandro Castello co-autor del libro “Subcontratación e intermediación laboral”, y al Dr. Mario Garmendia co-autor del libro “Tercerizaciones”.

Con respecto a las empresas forestales se entrevistó a la Gerente de Recursos Humanos de Forestal Oriental Sra. Sandra de León y la Cra. Nany Mullatiery, encargada del departamento de auditoría de los subcontratistas. Al mismo tiempo se habló con el Gerente de Recursos Humanos de Stora Enso, el Lic. Aldo Favre y su asesor legal, el Dr. Leonardo Slinger.

En referencia a las empresas citrícolas opinó el Cr. Carlos Rodríguez, Gerente Financiero de San Miguel Uruguay. También aportó su punto de vista el Responsable de la División de Recursos Humanos de Citrícola Salteña S.A., Dr. Gabriel Calabuig.

Al mismo tiempo se entrevistó al Ing. Alido Nogueira socio de Soluciones Forestales, empresa contratista, que tiene como principal cliente a Forestal Oriental.

Asimismo se recogió la opinión de representantes del sector rural al mantener una reunión con el Dr. Juan Pedro Irureta Goyena y con el Dr. Roberto Falchetti, asesores de la Asociación Rural del Uruguay y con la Dra. Fernanda Maldonado, asesora legal de la Federación Rural.

Por otro lado se le consultó a dos delegados del Poder Ejecutivo en la formulación de las leyes de tercerizaciones, el Dr. Octavio Racciatti y al Dr. Washington Zapirain.

Finalmente se entrevistó al dirigente del PIT CNT Sr. Milton Castellano.

4.2 Constataciones

4.2.1 Modelos de organización empresarial

En el análisis de las distintas empresas a las cuales se ha entrevistado nos hemos encontrado con diferentes formas de organización, desde compañías que tercerizan todas sus actividades tomando una forma de negocio gerencial hasta aquellas fuertemente centralizadas que han decidido tener una estructura más clásica.

A lo largo de la historia han predominado las estructuras verticales, que incluían todas las actividades principales y accesorias, teniendo una forma centralizada y concentrada. Como hemos comentado, el fenómeno de la descentralización (generado por los cambios económicos y tecnológicos) provocó un cambio en la fisonomía de las empresas, encontrándose estas ante una nueva realidad empresarial, donde el cambio y la necesidad de flexibilidad son esenciales para obtener una ventaja competitiva.

Las distintas razones por las cuales se ha extendido y generalizado este fenómeno son muy variadas, así como las opiniones de los distintos actores que han participado en esta investigación.

4.2.1.1 Tercerizando las actividades

La Gerente de Recursos Humanos Sra. Sandra de León de Forestal Oriental expresa, “la razón por la cual se terceriza en parte es porque Forestal Oriental no puede lograr la especialización que sí puede una empresa que se dedique enteramente a una actividad, como por ejemplo el vivero. Siempre se mantiene la supervisión por parte de la empresa de manera de tener control sobre cómo se desarrolla la actividad.”

Continua mencionando, “la empresa cuenta con una plantilla de 340 personas (10%), y tercerizadas hay alrededor de 2.700 personas (90%), en una cantidad aproximada de 130 empresas.”

Podemos destacar un punto muy importante de estas afirmaciones: la nueva realidad de las empresas modernas, que han adoptado una estructura de gerenciamiento y control, cambiando el paradigma de la organización centralizada. Esto ha generado una desestructuración de la empresa clásica, en un conjunto de empresas que proveen servicios a una principal.

En esa línea, el Lic. Aldo Favre nos detalla el modelo adoptado por Stora Enso, “en Uruguay la empresa tiene al día de hoy 34 empleados en su plantilla. Hasta el momento se ha enfocado en la plantación forestal, utilizando para las actividades que conlleva empresas especializadas en el rubro, por lo que terceriza el 100% de estas tareas. En promedio hasta el año 2008 ha tenido entre 200 y 250 personas tercerizadas. El negocio se desarrolla con este enfoque de tercerización dado que el principal objetivo de la empresa en Uruguay es la compra de tierras y su posterior plantación.”

Considerando la perspectiva del intermediario, el Ing. Alido Nogueira de Soluciones Forestales explica, “las empresas deben concentrarse en su objeto, en aquello que realizan con éxito. En el caso de las empresas mencionadas (Forestal Oriental, Eufores) su fuerte es la cosecha y la venta de madera o chips, dependiendo del caso. Si realizaran todo el proceso necesitaran una súper estructura para poder gestionar todas las actividades y por tanto tendrían unos costos fijos muy altos.”

Podemos ver cómo la estructura se ha modificado no por circunstancias legales o sociales, sino por una nueva forma de realización del negocio.

4.2.1.2 Entre el modelo clásico y las nuevas tendencias

Por otro lado, podemos encontrar empresas que han adoptado esta nueva evolución en parte de su estructura como puede ser Citrícola Salteña, donde el Dr. Calabuig nos explica: “en nuestra empresa hay un componente de zafralidad muy fuerte. Antes ocurría que la zafra se encontraba concentrada en tres o cuatro meses. Hoy, sin embargo, por un tema de desarrollo varietal, se comienza con las primeras cosechas a fines de febrero, y se termina con las últimas naranjas valencias a fines de octubre, principio de noviembre. De esta manera se ha desarrollado una actividad casi permanente en el año. El personal oscila entre 2.000 y 2.900 empleados (entre directos y tercerizados) en función de las necesidades de mano de obra.”

Hay allí una combinación entre la actividad tercerizada, y las técnicas clásicas de mantener actividades como propias de la empresa. Posteriormente explica, “tuvimos que contratar en forma directa personal de cosecha. Antes de este cambio teníamos tercerizados entre 1.000 y 1.200 empleados para la cosecha. Con la desvinculación de algunas cuadrillas, mantuvimos 500 – 600 (50%) empleados en las cuadrillas y tuvimos que contratar directamente otros 500 – 600 (50%) funcionarios.”

4.2.1.3 Manteniendo el modelo clásico

Desde otro punto de vista, nos encontramos aquellas empresas que mantienen el modelo clásico por el cual todas las actividades las realizan como propias. El Cr. Carlos Rodríguez nos explica, con respecto a la empresa San Miguel, que dado las características del negocio de producción de cítricos, su elaboración y posterior comercialización, junto con la experiencia en Argentina con respecto a la tercerización, han tomado la decisión de no externalizar ninguna de sus actividades.

Luego de la investigación realizada se podría afirmar que el fenómeno de las tercerizaciones ya es una realidad en Uruguay. Sea en menor o mayor medida, en el

funcionamiento operativo y desarrollo de las actividades, en la organización del capital, así como en el objetivo mismo de las empresas al suministrar trabajo, la tercerización de actividades ha generado una reestructuración de las relaciones comerciales y laborales. Nadie puede negar que esta nueva forma de organización ha generado entre muchas cosas, una mayor especialización del trabajo, un aumento en la competencia comercial, una reducción de costos en algunos aspectos, un fomento a la especialización tecnológica, pero más importante, una eliminación de la rigidez estructural y una mayor flexibilidad empresarial.

4.2.2 Necesidades previas a la ley 18.099 de regular el fenómeno de las tercerizaciones

Las leyes surgen en general de manera posterior al hecho o realidad que tratan de regular. Se indagó pues en procura de establecer cuáles fueron los hechos que motivaron a que los legisladores decidiesen crear un nuevo marco normativo sobre el fenómeno de las tercerizaciones.

El PIT-CNT opina “El modelo llevado a cabo en la década del 90 de las desregulaciones laborales había desarrollado condiciones totalmente abusivas y discriminatorias para los trabajadores en lo que tenía que ver con las condiciones salariales y de su trabajo. Es así que en los primeros años de la década del 2.000 teníamos fenómenos expansivos de algunas formas laborales totalmente abusivas como por ejemplo las sociedades unipersonales, Uruguay llegó a tener 130-140 mil empresas unipersonales registradas en B.P.S., las cuales son una manera de fraude laboral”. Continúa explicando el Sr. Castellano “creo que el tema era que antes al trabajo lo regulaba el mercado, estaba sujeto a esas condiciones. El trabajo no es un bien más, no es un recurso más, es un fin en si mismo. Los seres humanos nos ordenamos en base al trabajo, es algo central en la vida, es por esto que se debe regular y no que esté cotizado en una bolsa de valores”.

Consultado acerca de si la ley había surgido por los abusos, el Sr. Castellano dice “sí, por los abusos, pero los abusos no era solo los salarios, sino la seguridad, la higiene y una competencia desleal”.

Con respecto a esto la Asociación Rural, la Federación Rural y el Dr. Falchetti explican que el art. 3 de la ley 10.449 era ya una justa regulación del tema en cuestión y aclaran: “la ley 10.449 establecía un mecanismo razonable, que era la responsabilidad subsidiaria del contratante por los salarios mínimos que adeudaran los subcontratistas o intermediarios. (...) el camino seguido, con la aprobación de las dos leyes de tercerizaciones, tal como fueron en definitiva aprobadas, no sólo no tiene justificación histórica sino que establece lo que probablemente sea una de las peores leyes adoptadas en este período de gobierno, al implantar legalmente la falta de certeza y la inseguridad jurídica para los establecimientos que tercerizan.”

Al mismo tiempo declaran que era necesaria una modernización en algunos aspectos, aclarando que, “algunos fenómenos posteriores a la ley 10.449, como las sociedades unipersonales, tal vez hacían necesario que se ajustaran algunas de sus disposiciones para adaptarla a la nueva realidad.”

El Dr. Castello centraliza la atención en algunos rubros específicos donde era notoria la carencia de seguridades a determinados trabajadores como limpieza y seguridad donde menciona: “este tipo de empresas tendían a cerrar y a volver a abrir, algunas por razones de fraudes y otras simplemente por su situación económica. Es un sector de bajos salarios, de infraestructuras mínimas, donde se generaba una problemática que había, claramente, que atender.”

Además aclara que “la jurisprudencia entendía que la ley de Consejo de Salarios, no abarcaba o no comprendía esas situaciones. Esto generaba situaciones de injusticia e inequidad en la práctica. Esta fue la razón de la creación de la ley 18.099, pero esta fue mucho más allá, intentando abarcar casos para los cuales no está pensada en un principio, por lo que fue el comienzo de la polémica.”

Continuando con las causas de la nueva legislación el Dr. Garmendia menciona también, y sin nombrar ningún sector en particular, que era necesario formalizar varios sectores creando un efecto preventivo de estos temas.

Finalmente, el Dr. Slinger aclara que “aún cuando la ley de Consejo de Salarios sólo mencionaba los salarios mínimos, los jueces habían interpretado que esta abarcaba todos los créditos de carácter salarial. Hubo sólo dos sentencias que tomaron en cuenta únicamente los salarios mínimos, luego se modificó el criterio y se formó una jurisprudencia. Lo que sí quedaron fuera son los créditos indemnizatorios, los créditos de seguridad social y de seguros.”

Las prácticas de descentralización o tercerización de actividades en los últimos años se han visto incrementadas de manera notoria, especialmente en el sector forestal, sector que en los últimos veinte años ha tenido un gran desarrollo en nuestro país.

Es por esto que entendemos que era necesario un nuevo marco normativo integrado en referencia a la subcontratación, intermediación y suministradores de mano de obra, dado que la ley 10.449 databa del año 1943 y por tanto no se encontraba al día en referencia al gran impulso de estas modalidades de contratación.

Es importante señalar que la ley 10.449 fue hecha en el marco de los Consejos de Salarios y no para las tercerizaciones.

4.2.3 Participación “tripartita” en la promulgación de las leyes

La participación comenzó bajo iniciativa del Ministerio de Trabajo al convocar una comisión que estuvo integrada por las tres partes interesadas: organizaciones empresariales, representantes del Poder Ejecutivo y dirigentes representantes de las organizaciones de trabajadores.

A través del Consejo Superior Tripartito, órgano principal en la discusión de temas laborales, se creó dicho órgano el cual fue llamado “Comisión Tripartita para Ley de Tercerizaciones”. Racciatti expresa: “en 2007, una comisión técnica tripartita intentó buscar solución a dichas observaciones. Primero, tratando de elaborar un proyecto de decreto reglamentario. Esta salida era poco viable, por las obvias limitaciones que tiene la reglamentación frente al texto legal.”

El Dr. Washington Zapirain menciona: “yo participé en la elaboración de la primera norma (ley 18.099). Cuando comienza esta Administración, entre las normas y temas importantes que figuraban en la agenda, se encontraba el de las tercerizaciones. Las empresas suministradoras de mano de obra habían reclamado una norma, porque decían que existía una competencia desleal. Que considero que existía, ya que cualquier empresario con un camión y con un grupo de gente, hacía trabajar, no aportaba, no pagaba, era insolvente.”

Continúa explicando, “si bien se encontraba como un tema agendado para discutir en ambos consejos, el tema no fue planteado. Se formó una comisión en la que participan los asesores del Ministerio: Octavio Racciatti, Álvaro Rodríguez y yo; junto con dos o tres abogados que eran asesores de parlamentarios oficialistas. Así se elabora un borrador del proyecto, que se eleva a consideración del Ministro.”

Por su parte, el dirigente del PIT-CNT Milton Castellano nos agrega, “las cámaras empresariales estaban totalmente en contra de modificar el sistema desregulado, el cual ya regía hace más de 15 años, por lo que ya existía un costumbramiento del empresariado. Sin regular las relaciones laborales entendemos que no se desarrolla el país. Las cámaras empresariales en principio se negaban a todo y se levantaron de las negociaciones, creo que fue una mala estrategia.”

La Asociación Rural comenta al respecto, “en el Consejo Superior Tripartito se había adoptado, por unanimidad, o sea, también con los votos del Poder Ejecutivo, la resolución de crear una Comisión Tripartita para estudiar el tema de tercerizaciones. El Poder

Ejecutivo jamás convocó a esa Comisión Tripartita, y en lugar de ello envió al Parlamento el Proyecto de Ley.”

Podemos concluir que el llamado a la discusión del tema de las tercerizaciones en los Consejos Tripartitos no se realizó, y las consecuencias posteriores generaron consternación y sorpresa para las cámaras empresariales.

Luego de promulgada la ley 18.099, las cámaras empresariales enviaron una carta con fecha 10 de agosto de 2007, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social Eduardo Bonomi, en la cual establecen, “las Cámaras Empresariales manifestamos que, sin perjuicio de reconocer que el Anteproyecto de Ley que nos fuera enviado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pone en evidencia la comprensión por parte del Poder Ejecutivo de la necesidad de modificar el texto legal vigente, el mismo no contempla aspectos sustanciales e imprescindibles planteados oportunamente en nuestros documentos de fechas 9 de marzo y 24 de abril del corriente año.”

Dicha carta establecía recomendaciones en modificaciones a realizarse a la ley 18.099, en aquellos temas controversiales como: ámbito de aplicación de la ley en su Art.1 apartado A, exclusión de las actividades zafrales, responsabilidad solidaria y subsidiaria, y garantías en el debido proceso laboral.

Explica su opinión al respecto el Dr. Zapirain: “creo que era una ley más rigurosa para algunos; para mí era una ley, no sé si decir más progresista, pero en la que se definían muchas cosas, en comparación con la ley 10.449. Existían algunos temas en este proyecto que eran filosóficos, pero el que gobierna en definitiva legisla en una u otra opción”.

En Setiembre 2007, el Poder Ejecutivo envía al Parlamento un proyecto de ley modificativo y complementario de la ley 18.099 el cual fue recibido por la Cámara de Representantes. (Repartido N° 112). Creemos que dicho proyecto debía haber tomado en cuenta algunas de las recomendaciones propuestas por las Cámaras Empresariales, incluso en el informe en mayoría realizado en la Comisión de Legislación del Trabajo por los

Diputados Passada, Bianchi y Pozzi, indicaron que “el proyecto recoge opiniones y observaciones que han formulado las gremiales de trabajadores y empresarios.”

Con fecha 6 de Enero 2008 se promulga la ley 18.251 la cual no sólo no contemplaba los reclamos realizados, sino que tomaba varias de las consideraciones planteadas y daba una solución inversa a la propuesta.

La A.R.U. establece al respecto, “vigente la ley 18.099 y luego de que todas las cámaras empresariales en conjunto, repudiaron no sólo los aspectos de fondo sino formales de la Ley, fueron consultadas por el Poder Ejecutivo. Se respondió en conjunto por unanimidad de más de 23 cámaras empresariales. Pero la actitud permanente de la actual Administración es formular una consulta formal, y luego no tener en cuenta ninguna de las observaciones empresariales. Es más, muchas veces esas opiniones no sólo no fueron tenidas en cuenta para mejorar el texto para los empresarios, sino para empeorarlo. Y eso fue lo que sucedió en este caso. La ley 18.099 fue modificada, pero no para tener en cuenta las observaciones empresariales, sino para hacerla aún más gravosa para los empresarios.”

Analizando el camino recorrido desde el primer proyecto de ley hasta la promulgación de la ley 18.251, pasando por todas las discusiones y etapas que tuvo este proceso, nos encontramos un elemento en común que es la falta de cooperación entre las partes.

Consideramos que en los temas analizados, dado la importancia y repercusión que contienen y generan, se debería poder lograr una cooperación y consenso de las distintas partes involucradas.

4.2.4 Repercusiones iniciales de la promulgación de las leyes

4.2.4.1 Efectos preventivos y formalización del sector

Sin lugar a dudas, las repercusiones que las leyes 18.099 y 18.251 trajeron al sector productivo uruguayo fueron variadas. Por un lado los juristas entendidos del tema sostienen

que “es muy reciente la existencia de la ley” y que se “van a necesitar unos años” para saber realmente cuál va a ser el impacto real, como afirmó Alejandro Castello en la entrevista mantenida. En la misma línea, el Dr. Mario Garmendia agregaba que “se dio un efecto preventivo al solicitar la información. Creo que está existiendo una depuración, una formalización de los sectores.” Continuaba diciendo que “este efecto preventivo, es psicológico, no jurídico, pero sin duda es real.”

Al respecto el dirigente del PIT-CNT, Sr. Milton Castellano, manifiesta que “yo creo que toda ley tiene una parte punitiva y otra, la cual creo que es la más importante, una parte preventiva. Esta nueva ley es más clara, más clara en la relación de los compromisos que tiene la empresa que contrata. Estoy de acuerdo con el Dr. Garmendia en el sentido que tiene un efecto preventivo muy importante.”

Efecto que también es percibido por empresas que se ven directamente involucradas en el tema. La Cra. Nany Mulattieri de Forestal Oriental afirmó que “en nuestro caso, ya veníamos implementando todos y más controles sobre los que la ley exige”, y continúa afirmando que “en cierta manera nos favoreció este nuevo régimen dado que obliga a empresas que compiten con nosotros a ponerse a tiro”.

En línea con lo anterior el Sr. Milton Castellano afirma que una repercusión “positiva es que transparentó la competencia entre las empresas”, además que “evitó el informalismo y el trabajo en negro”.

Es claro que la regularización de varios sectores productivos es una consecuencia directa de la promulgación de ambas leyes. A la fecha de nuestro análisis no han existido fallos judiciales que ilustren el camino que la jurisprudencia pretende tomar. Pero sin duda, el mercado ha visto los primeros síntomas que estas leyes han producido. Al respecto, Forestal Oriental, Citrícola Salteña y Stora Enso han negociado en la órbita del M.T.S.S. previo a un emplazamiento judicial, como consecuencia directa de la nueva regulación de las relaciones triangulares.

El Cr. Carlos Rodríguez, Gerente Financiero de S.A. San Miguel Uruguay, mencionaba que, “por abusos en el sistema que hubo en el pasado” surgió la actual normativa. Abusos que surgieron, según continuaba afirmando, por el “incumplimiento del Estado en los controles”. Ahora bien, este control, que sin duda se encontraba en la órbita del Estado, a través de estas leyes ha sido delegado al sector privado.

4.2.4.2 Leyes que delegan roles que deberían ser asumidos por el Estado

Al respecto, Aldo Favre, Gerente Recursos Humanos de Stora Enso, afirmaba que “desde mi punto de vista, la tarea de control debería ser propia del Estado y no de la empresa principal”. El Dr. Gabriel Calabuig, Responsable de la División de Recursos Humanos de Citrícola Salteña concordaba en este tema, afirmando que “la empresa no tiene que ser la que arme una estructura para ejercer los controles correspondientes. Ese rol es del Estado” y continúa afirmando que “no nos podemos dar el lujo de exportar costos de control por leyes que entregan responsabilidades que deberían ser asumidas por el Estado.” Carlos Rodríguez, Gerente Financiero de S.A. San Miguel Uruguay, afirmaba que con estas leyes “se pone al contratante en el rol de controlador, ejerciendo el rol que tiene que ejercer el Estado”.

Claramente nos encontramos frente a un consenso en los entrevistados que opinaron sobre el tema. Consenso que se encuentra de la mano con el incremento de los costos administrativos, ocasionados por el mayor control que las empresas principales deben ejercer.

4.2.4.3 Incremento de los costos administrativos por el control adicional

Resulta razonable que, asociado a la fiscalización que deben tener las empresas principales (si quieren ser subsidiariamente responsables), se haya dado un incremento de los costos administrativos en las empresas entrevistadas. Al respecto Aldo Favre, consideró necesario “crear un sector el cual controle a dichos contratistas”. Citrícola Salteña contrató servicios de gestión para cada una de sus cuadrillas tercerizadas de cosecha, al considerar

que, al ser mejor asesoradas en materia laboral, se podría cumplir con el “compromiso de minimizar el riesgo” que se había planteado la empresa. De esta manera, el Dr. Gabriel Calabuig, señala que hubo “un incremento de los costos administrativos por la gestoría”, además de “una recarga de trabajo al sector administrativo enorme”.

4.2.4.4 Dificultades en las tareas de contralor en el agro

Aldo Favre, Gerente de Recursos Humanos de Stora Enso, comentó que estas leyes de tercerización no contemplan las características de las actividades de su sector, “las cuales se desarrollan en lugares geográficos muy amplios y de difícil control, sin controles mecanizados (marcar con tarjeta) que faciliten el mismo”. Es así que pueden surgir contingencias imprevistas asociadas a rubros, como las horas extras, cuyo control resulta dificultoso en la práctica del sector rural.

4.2.4.5 Disminución del personal tercerizado

El Dr. Gabriel Calabuig de Citrícola Salteña mencionaba que un impacto directo de la promulgación de las leyes de tercerización radicó en la evaluación de “si estábamos en condiciones de controlar a todo el personal tercerizado”. Continuó afirmando que “tendríamos que haber contratado a un grupo importante de personas, para que ya no se dedique a la administración de nuestro personal, o a la administración contable y financiera de nuestra empresa, sino a la administración de documentación de terceros, y de gestiones frente a la D.G.I. o B.P.S. No lo podíamos hacer.”

De esta manera Citrícola Salteña comenzó a “exigir, a muchos de estos contratistas de cosecha, como requisito (sin condición a ser negociada para mantener la relación comercial), la presencia de un estudio gestor que avalara un comportamiento ético y responsable en el tema tributario”, para minimizar los riesgos asociados a las leyes 18.099 y 18.251.

El Dr. Calabuig continuaba diciendo que: “hubo personas que entendieron que habían cambiado las reglas del juego y se adaptaron a esa nueva realidad comercial y laboral. Y hubo otros que no lo hicieron.” Es así que Citrícola Salteña vio disminuida su masa de trabajadores para la cosecha, pasando de 1.000 – 1.200 trabajadores a 500 – 600. El impacto inmediato fue que tuvieron que contratar 500 – 600 personas de mano de obra directa para la cosecha. De esta manera, y según fue informado en la entrevista mantenida, existió un doble impacto en Citrícola Salteña, por un lado perdió parte de su enfoque en el negocio por dedicarse a temas administrativos de contralor, y por el otro lado, vio altamente disminuida su productividad.

4.2.4.6 Pérdida de foco en el negocio

La globalización y las reglas del actual mercado internacional han marcado la importancia de poner foco en el negocio para el correcto funcionamiento empresarial. Sin embargo, una de las complicaciones que el Dr. Calabuig mencionaba, haciendo referencia a Citrícola Salteña, es que considera bastante significativa la dificultad adicional que conlleva la selección y búsqueda de personal. Comentaba al respecto que “conseguir cuadrillas, o estar en el barrio, conociendo a las personas que podrían trabajar, implica una estructura de personas interesante”.

Sin lugar a dudas, la tercerización plantea una solución más que favorable para todas aquellas empresas que quieran enfocarse exclusivamente en su ramo de actividad. Como ejemplo de lo anteriormente señalado, y continuando con el Dr. Calabuig, mencionaba que “antes teníamos camiones propios. En el 2001, 1,3 millones de dólares era el presupuesto de mantenimiento de la flota de camiones.” Para introducirse en los números de la empresa, y si bien los años no son sumamente comparables, mencionaba que “en el 2007 facturamos 50 millones de dólares”.

Continuaba diciendo “a este gran costo se le sumaba el foco que había que hacer, incluso existía un gerente de operaciones. Para tratar de enfocarnos más en nuestro negocio, le dimos a los choferes, con experiencia, la posibilidad de comprar los camiones, y que

crearan sus empresas independientes. Tercerizamos toda la flota”. Concluyó diciendo que cada chofer (ahora propietario) se encargó de hacer foco en su propio, y nuevo negocio. Fue así que “el efecto inmediato se observó en que los camiones se cuidaban más. Las personas, cuando trabajan con herramientas propias, tienden a cuidarlas más.”

4.2.4.7 Descenso de la productividad

Otra clara repercusión que afirmaba el Dr. Gabriel Calabuig, haciendo referencia a Citrícola Salteña, es la clara disminución de la productividad que se notó en su empresa. Al respecto nos mencionaba con referencia a las mandarinas valencias que “hoy en día, para esa misma variedad, los cosechadores de las cuadrillas tercerizadas cosechan entre 37 y 40 cajones. Los empleados cosechan entre 17 y 18 cajones. Ha pasado que, empezando a trabajar al mediodía, a las 15 hs., ya cosecharon el mínimo de cajones y no trabajan más, ya que el jornal se le tiene que pagar por ley. Estos son los empleados directos, los contratistas trabajan mucho más.” Continúa afirmando: “de todas maneras hay trabajadores directos que realmente se esfuerzan, pero son la minoría y no superan el 10% o 15%.”

Concluye afirmando, con respecto a la caída de la productividad, que “este es el principal efecto negativo que hemos tenido en la empresa. La gran caída de la productividad, por la estabilidad que te da un relacionamiento directo con la empresa, y el concepto de inmunidad que se genera. Es una mentalidad distinta que genera el hecho de ser empleado directo de la empresa”.

El Dr. Washington Zapirain, por el contrario, afirmó que “si hay una baja tan abrupta en la productividad es porque existe una falta de organización”. Enfatizó la importancia de los capataces en el sector rural, los que deben controlar que los empleados trabajen acorde a los requerimientos y que “estos deben controlar que la productividad no baje”. El Dr. Zapirain continuó su análisis afirmando que “aquí hay que analizar el concepto de productividad. Porque este podría haber encubierto una sobreexplotación. Habría que analizar cómo era antes y cómo es ahora. Quizás la productividad estaba basada en un trabajador que trabajaba 8 horas sin poder ir al baño”.

Concluyó el tema minimizando la responsabilidad del trabajador en la productividad, afirmando que “siempre hay una discusión acerca del alcance de la productividad, analizando si sólo se basa en el esfuerzo del trabajador o implica un implemento de tecnología, de ergonomía en el trabajo, de la organización del trabajo”.

Al respecto, el Sr. Milton Castellano del PIT-CNT afirmaba que “creo que no existe tal descenso de la productividad y no se puede generalizar a partir de un ejemplo concreto. Yo no tengo ningún estudio serio que me avale la baja de productividad”.

Las repercusiones iniciales que a los casi dos años de vigencia conjunta han tenido estas leyes son muy diversas. Sin duda la formalización de los empresas subcontratistas, intermediarias y suministradoras de mano de obra, parece ser un efecto muy remarcable de las mismas, que asociada a una competencia más leal para aquellas empresas que ya se interiorizaban en realizar un estricto seguimiento a sus proveedores, ha logrado atenuar algunas consecuencias no tan positivas de las leyes.

Consideramos poco apropiado que estas leyes carguen de costos administrativos a empresas por ejercer funciones de contralor que creemos se encuentran dentro de las atribuciones del Estado. Si estas empresas trataran de traspasar estos costos al precio de venta al consumidor se tendría una clara repercusión negativa en el global de la economía. Si no lo hicieran repercutiría significativamente en el nivel de rentabilidad, de algunas empresas, que quizás no estuvieran dispuestas a asumir.

Sin lugar a dudas existe una dificultad práctica para el ejercicio de estos controles por parte del Estado, pero dicha dificultad también la enfrentan las empresas principales, particularmente las rurales, las que por su dispersión geográfica presentan inconvenientes para el ejercicio de ciertos controles.

Varios entrevistados manifestaron que las necesidades internacionales exigen que cada vez más las empresas se especialicen y hagan foco en su actividad propia, necesidad que en ocasiones no se encuentra en línea con las exigencias de control que plantean estas leyes.

4.2.5 Alcance del ámbito de aplicación

Con respecto al alcance de las leyes de tercerización el Dr. Octavio Racciatti, menciona, al respecto de la primera de ellas, que “no se quiso hacer definiciones sobre el ámbito de aplicación”. En línea con esto, el Dr. Washington Zapirain afirmaba que “al haber tenido como maestro a Plá Rodríguez, quien era contrario a las definiciones, comparto con Racciatti, que las definiciones consolidan. En cambio cuando no se da una definición, se deja que la doctrina lo resuelva. Creo que la segunda ley agregó cosas que no debía agregar, puntualmente definiciones”. El Dr. Racciatti continuaba afirmando que “las definiciones de la ley 18.251 responden a las inquietudes de los empresarios, que sentían una gran inseguridad si no se definían”.

El Dr. Racciatti complementa su argumento del ámbito de aplicación haciendo referencia a que considera que los jueces no van a incluir en sus fallos a los contratos comerciales que las empresas celebran frecuentemente, afirmando que “hay un principio jurídico de razonabilidad que guía estas definiciones. En la exposición de motivos del proyecto de ley, se cita una frase de un autor español, Manuel Alonso Olea, y dice, comentando una norma equivalente del estatuto de los trabajadores de España, que esa norma no pretende responsabilizar al empresario por la miríada de contratos que él celebra diariamente por su actividad empresarial”.

Sea como sea, en relación a la 18.251 que incluye definiciones, plantea Racciatti que hay “algo que se planteó públicamente, que es el interés de las cámaras empresariales de acotar el ámbito de aplicación. Al agregar “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia” se acota el ámbito. Sin duda hay una discusión del carácter de taxativa o enunciativa de la enumeración, pero considero que va a predominar la versión de que es taxativa”.

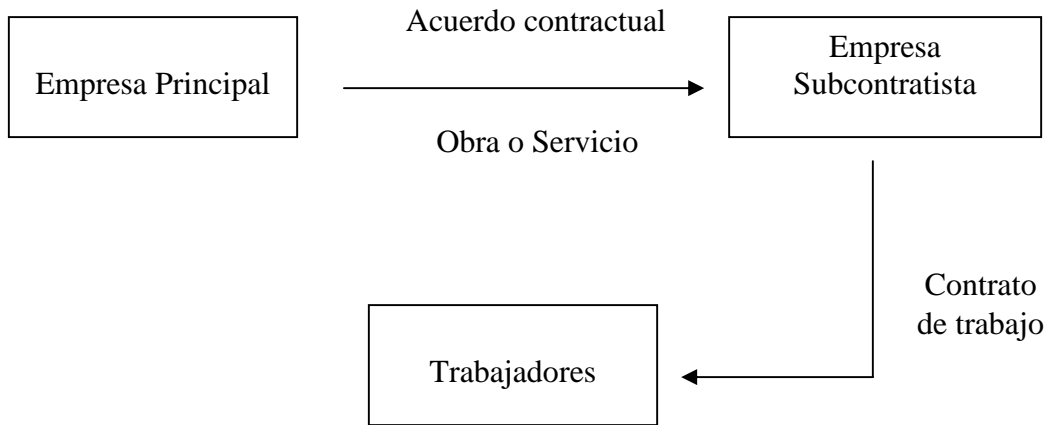
Desde otro punto de vista, Alejandro Castello, considera, haciendo referencia a la posibilidad que dentro del ámbito de aplicación se incluyan a contratos comerciales que realice la empresa frecuentemente, “que este es el punto disfuncional de la ley. Se está dando en la práctica que trabajadores realizan reclamaciones por créditos laborales ante empresas que no tiene un vínculo directo y real con el empleado. No hay una subordinación mediata, real, donde el trabajador trabaje en el lugar físico de la empresa principal o reciba órdenes directas por parte de esta.”

En línea con esto, Leonardo Slinger afirma, haciendo referencia a las actividades accesorias, que “en todos los casos definiendo que son casos en los cuales no se cae dentro del supuesto de subcontratación, sino que son contratos comerciales. Pero me parece difícil que los jueces acepten este criterio”. Del mismo modo Nany Mulattiery de Foestal Oriental, afirmaba su desconformidad por los excesivos controles que realiza como parte de su rol, y debe realizar seguimiento hasta el servicio de “limpieza del fin de semana, a quien casi no conozco, y que, claramente, no es parte de la operativa de Forestal Oriental”.

Creemos que la definición de subcontratación, tal como aparece en el artículo primero de la ley 18.251 no siempre contempla una relación triangular - hipótesis típica de subcontratación - sino que podría parecer que trata también de dos relaciones bilaterales, civiles o comerciales, que integran la miríada de vínculos que la empresa efectúa en su quehacer habitual, cuestión esta última que no interesaba alcanzar.

De manera de visualizar lo anteriormente mencionado, expondremos nuevamente el esquema que presentan Rosenbaum y Castello:²⁵

²⁵ Op. cit. pág. 139.



Primero una relación bilateral entre dos empresas en la que una empresa auxiliar, como menciona la ley, “en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo (...) para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal”. La segunda relación bilateral se da entre la empresa auxiliar con trabajadores bajo su dependencia y que se encuentra formalizada en un contrato de trabajo.

Queda en evidencia que no se trata de una relación triangular ya que la empresa principal no tiene relación alguna con una de las partes: los trabajadores, limitándose exclusivamente a un contrato comercial entre la empresa principal y la empresa auxiliar.

En este sentido Racciatti expresa que “la ley 18.099 de 24 de enero de 2007 se propuso regular las relaciones laborales triangulares, reforzando la responsabilidad de la empresa que recurre a la subcontratación o la intermediación mediante el régimen de solidaridad pasiva. La finalidad de la ley es clara. Se trata de identificar los sujetos y las relaciones jurídicas que los vinculan, para determinar las eventuales responsabilidades, desde el punto de vista del derecho de trabajo”.²⁶

Al no haber dirección ni control de la empresa principal a los trabajadores, queda plasmado la dificultad o imposibilidad de realizar verdaderos controles sobre los mismos.

²⁶ RACCIATTI, Octavio, “La ley 18.251: el retorno a la responsabilidad subsidiaria en las relaciones laborales triangulares” op. cit., pág. 163 y ss.

En cambio, consideramos que en caso de existir los lineamientos de dirección y control, sí se debe responsabilizar a la empresa principal, fundamentado en el hecho de que realmente existe una relación triangular ya que la empresa principal goza de una mayor supervisión y conocimiento de los trabajadores.

Consideramos que los términos de “dirección y control” que hemos utilizado deben ser evaluados en función a determinados presupuestos:

- La pauta primordial debería ser la evaluación de que la actividad tercerizada se encuentre enmarcada en la actividad principal que realiza la empresa contratante.
- El segundo criterio consideramos que debería ser la continuidad de la vinculación laboral.
- En tercer lugar se podrían precisar criterios coadyuvantes para precisar si existe responsabilidad: ellos serían la evaluación del lugar donde se realiza la actividad, la determinación del origen de los materiales y la valoración de la eventual exclusividad del trabajo realizado.

Es de esta manera que concluimos que sólo se debería responsabilizar a aquellas empresas principales que subcontraten manteniendo cierta dirección y control de las actividades que realiza su auxiliar en los lineamientos anteriormente mencionados.

Al mismo tiempo no parece conveniente, al tratarse empresas independientes autónomas en su funcionamiento, que la empresa principal se inmiscuya en la actividad privada de la empresa auxiliar, exigiendo controles y documentación.

4.2.6 Juicios por tercerizaciones

En lo que concierne a los posibles juicios por demandas a empresas por créditos laborales o el no pago de aportes a la seguridad social, amén de que no existen fallos en la vía judicial, existen demandas y arreglos por fuera de la misma.

En el caso de Citrícola Salteña, el Dr. Calabuig expresaba que en varios casos se había llevado a acuerdos por jornales impagos en la esfera del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En referencia a esto último la Cra. Mulattiery expresaba “más vale un mal arreglo que un buen juicio” quien también exponía que en el caso de Forestal Oriental nunca se había llegado a juicio, sino que era preferible atender los reclamos de manera previa. En la misma línea expresaba que el enfoque de Forestal Oriental es de una política de cooperación y de desarrollo de los subcontratistas y no de policía o estrictamente de agente de contralor. En caso de los subcontratistas necesitar financiamiento o apoyo en alguna materia la empresa siempre está dispuesta a atender dichas necesidades. “Porque tenga necesidades financieras no quiere decir que el subcontratista sea un delincuente”, expresaba la Cra. Mulattiery, continuando, “es claro que ellos necesitan de nosotros y nosotros de ellos”.

La situación de Stora Enso es diferente, dado que su Gerente de Recursos Humanos, Aldo Favre, expresaba que la empresa sí se encuentra en juicios por reclamos dentro de las leyes de tercerizaciones, aunque en el mismo lineamiento que Forestal Oriental y Citrícola Salteña también llegaron a acuerdos previos al juicio en algunos casos.

En referencia a estos juicios, el asesor legal de Stora Enso, Dr. Slinger, expresaba que “los juicios se han incrementado de manera sustancial en el sector forestal, pero también fueron de la mano del desarrollo de este sector, por lo que no se sabe qué es causa y qué es consecuencia. O sea, los juicios aumentaron porque aumentó la mano de obra ocupada en el sector o porque la ley dio un marco en el cual se puede ir directamente contra la empresa principal. Creo que hay un poco de cada tema” opinaba.

Al mismo tiempo puntualizó que otra razón de lo señalado anteriormente es “el hecho de que los empleados estén más sindicalizados, no por el hecho de existir un patrocinio sindical, el cual en nuestro caso no ha ocurrido, pero sí porque los trabajadores están más informados”.

4.2.7 Evaluación de posibles contingencias

Luego de analizar las posibles situaciones frente a juicios de los partícipes de esta investigación, podemos concluir que se percibe una cierta inseguridad. Podemos ver como las consecuencias se han materializado en posibles acuerdos y en juicios que se encuentran en proceso.

Pero no sólo se han obtenido consecuencias legales, sino también del punto de visto operativo, en cuanto al funcionamiento de la empresa. Gabriel Calabuig nos explica, “tenemos bastante acotado ese riesgo (horas extras). Al tercerizar el servicio de cosecha y contratar micros para el transporte, se controla la hora de llegada y de salida. Ahora, si la empresa que nos presta servicios de transporte para nuestro personal, tuviera problemas con su sindicato, por ejemplo, nosotros tendríamos que responder.”

Acompañando el razonamiento anterior, pero visto desde la perspectiva de los costos, Aldo Favre (Stora Enso) nos agrega: “dado la nueva situación luego de la promulgación de las leyes de tercerización, creo que se analizará de manera más analítica, en cuanto a los costos, la posibilidad de tercerizar o asumir como propias algunas actividades.”

Continúa explicando la nueva situación en la que se encuentran, “en esta nueva etapa de análisis, Stora Enso terceriza parte de sus actividades. Para realizarlas se necesita mucha cantidad de mano de obra, y dado que el sector es relativamente nuevo, estas empresas pueden o no tener la especialización necesaria. Además sería necesario crear un sector el cual controle a dichos contratistas, y de todas maneras no se tiene la seguridad de que los riesgos dejen de existir, dado que uno continúa teniendo responsabilidad”.

Dadas las características del sector rural, las actividades se desarrollan en lugares geográficos muy amplios y las empresas auxiliares actúan en zonas muy distanciadas, por lo que la empresa principal no logra tener la infraestructura suficiente como para poder desarrollar los controles necesarios. Estas condiciones generan que las empresas principales no puedan controlar a la totalidad de los empleados de la auxiliar, surgiendo como mejor mecanismo, realizar muestreos para, por ejemplo, inspeccionar si alguno de dichos empleados no se encuentra en la planilla de trabajo. Este mecanismo claramente no permite ejercer un correcto control y las contingencias indiscutiblemente las termina asumiendo la empresa principal al tercerizar.

4.3 Acuerdos

4.3.1 Necesidad de las empresas de tercerizar

Sin duda que uno de los grandes acuerdos entre los entrevistados es la necesidad de las empresas en utilizar mecanismos de tercerización o de descentralización productiva. Se puede presumir que estas leyes lejos de prohibir la tercerización, al regularlas, la están avalando. En este sentido el Dr. Racciatti aclara “no se quiere desestimular ni prohibir una forma de organización empresarial que es lícita. Esta no es la solución boliviana. Es una solución con garantías.”

Por otro lado el Dr. Juan Pedro Irureta Goyena, asesor jurídico de la Asociación Rural del Uruguay declara que, “si bien se nos expresó por los legisladores que apoyaban el proyecto, que su intención no era acabar con las Tercerizaciones sino que el objetivo central de la norma era corregir los abusos en la contratación, las normas votadas dejan en evidencia lo primero. La ofensiva contra la tercerización emprendida por el Parlamento respondió a reclamos sindicales.” Puntualiza que no se suprimen directamente como se hizo en otros países, sino que se desestimulan.

Las empresas entrevistadas destacan la importancia y la necesidad de que exista este tipo de contratación para el desarrollo de sus tareas y como ventaja a la hora de competir con el exterior.

Citrícola Salteña hace hincapié en que la empresa debe focalizar la atención en las tareas del negocio, dado que sería imposible o muy costoso ocuparse de todos los aspectos que involucran el funcionamiento diario de las mismas, cuenta: “por ejemplo nosotros tenemos un parque de maquinaria muy grande. Tenemos casi 50 quintas en producción en Salto, Paysandú, Río Negro San José y Canelones. Y cada uno requiere que se tenga un parque de maquinaria agraria y vial para la caminería. Una quinta de naranjas, vista de arriba, es como una gran ciudad con cuadros. La caminería es parte importante de negocio,

si los caminos están mal, cuando se saca la fruta, esta se machuca y se lastima. Para todo este soporte de maquinaria se tiene que tener un servicio técnico. Hay que tener tapiceros, carpinteros para hacer los cajones. Es lógico que se tercericen todos estos servicios, ya que no es nuestro negocio. Se pierde foco en temas que, la especialización del trabajo, ha ocasionado que lo hagan mejor las personas que se dedican a ello. Esta es una solución que la tercerización le da a las empresas.”

Se desprende de lo anteriormente citado que la especialización de los servicios descentralizados brinda una mayor eficiencia en la tareas dado que se contrata a una figura que se dedica únicamente a determinada tarea, contrario a la empresa principal, la cual debe realizar una variada cantidad de actividades.

En la misma tesitura Stora Enso explica, “el negocio se desarrolla con este enfoque de tercerización dado que el principal objetivo de la empresa en Uruguay es la compra de tierras y su posterior plantación. En un futuro se ha planteado la posibilidad de la instalación de una planta de celulosa, donde dado el volumen necesario de materia prima, se tomara en cuenta si es posible continuar tercerizando los servicios o si es necesario asumir algunos bajo el control de la empresa.”

San Miguel focaliza la atención principalmente en los costos, evaluando que es evidentemente conveniente la tercerización cuando se hace necesaria la utilización de maquinaria, dado el alto costo de la misma. Comentan, “me podría plantear tercerizar algunas áreas que implican inversión en maquinaria que fuera a utilizar ocasionalmente, como podría ser un servicio de poda mecánica. Este sería un claro ejemplo que sería viable realizar un pool y utilizar la maquinaria entre varias empresas. También arrancar árboles o realizar movimiento de tierras implicarían una necesidad de inversión considerable, que podría traer una posible necesidad de tercerizar.”

El Cr. Rodríguez agrega que en su rubro existe mucha zafalidad por lo que se justificaría tercerizar ya que se contrataría la mano de obra cuando se la necesite y no permanente, dado que se generarían tiempos ociosos, explicando: “la empresa se debe

concentrar en su propia actividad y tercerizar actividades que no son fundamentales ni críticas, máxime teniendo en cuenta que la nuestra es una empresa de marcada sazonalidad. De esta manera la tercerización te permite reducir los niveles de inversión y gestión por el concepto sazonal. De otra manera hay que tener un staff de recursos, sobre todo mandos medios calificados, durante muy buena parte del año, y en algún momento se encuentran ociosos.”

Como contrapartida comenta que se deben tener en cuenta los altos costos de control y supervisión de las tareas.

En el caso de Forestal Oriental se trata de un enfoque estructural como ya fue mencionado anteriormente. La Cra. Mulattieri expresa, “no se terceriza por el hecho de abaratar, sino por un tema de especialización de ciertas tareas. La estructura del negocio es así. Tenemos una estructura de control, de gerenciamiento de las tareas.”

El Ing. Alido Nogueira explica que “el hecho de trabajar en el campo con tanta gente, obliga a generar una estructura de control, la cual también tiene su costo y que debería existir para cada distrito. O sea, tendrían que tener varias empresas y si no es parte de la operativa de mis clientes es lógico que surja una necesidad de mis servicios”.

A esto último, agrega “al mismo tiempo estarían destinando mucho capital de giro en algo que no es su objeto, teniendo el costo de oportunidad de utilizarlo en lo que realmente les interesa, en su verdadero objeto.”

El Sr. Milton Castellano agrega con respecto al fenómeno de las tercerizaciones que, “creo que es un instrumento que bien utilizado es muy positivo para las empresas y para los trabajadores y mal utilizado puede ser un instrumento devastador en las condiciones del trabajo, en la calidad del mismo y en el abuso de los trabajadores.”

Los Asesores de la A.R.U. y la Federación Rural entienden que “el recurso a la tercerización se debe a que una empresa no siempre necesita trabajadores permanentes para

algunas tareas que no lo son. En este contexto, contrata el servicio a otra empresa que se lo provee con maquinaria y/o personal especializado para desempeñar esta tarea. En otras oportunidades, se estima conveniente recurrir a personal más especializado. La tercerización permite una mayor especialización de la mano de obra”.

Compartimos el hecho que las tercerizaciones son de gran importancia para el desarrollo económico y permiten una gran eficiencia en el sector agropecuario dada las estructuras de las grandes empresas forestales o cítricas, pero al mismo tiempo para los pequeños productores, a quienes no les es rentable la compra de maquinaria para hacer una chacra o realizar una plantación por ejemplo, dado el alto costo de la misma.

La tercerización de estas actividades permite, en el sector, distribuir los costos de la maquinaria entre varios productores quienes pagan el precio por el servicio. Creemos, de esta manera, que en caso de desincentivar la tercerización se pierde competitividad frente al exterior.

4.3.2 Mecanismos de disminución de la responsabilidad

Uno de los temas controversiales generados a partir de la promulgación de las leyes ha sido la inexistencia de mecanismos claros, justos y de aplicación práctica para la disminución de la responsabilidad para aquellas empresas que cumplen todos los requisitos y exigencias legales.

La ley 18.251 nos propone un mecanismo en el cual si la empresa principal “hiciera efectivo el derecho a ser informado”, lo cual ya nos deja ciertas dudas de su forma de aplicación, esta verá disminuida su responsabilidad a subsidiaria por las obligaciones contraídas. Establece que esta responsabilidad se verá acotada por la limitación temporal, por los créditos laborales exceptuando los de carácter indemnizatorio, y por aquellos salarios que corresponden legalmente, lo cual creemos que es una correcta apreciación de la ley.

La documentación sobre la que habla la ley es: declaración nominada de la historia laboral y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional, certificado Banco de Previsión Social, constancia de pago del Banco de Seguros del Estado, planilla de trabajo y recibos salariales, y en caso en que corresponda el convenio colectivo aplicable.

En cuanto a la aplicación de este mecanismo por las empresas, el Dr. Slinger nos dice, “las empresas están empezando a exigir toda la documentación, pero también trae aparejado otro problema, que es el uso que se le da a esa información. Simplemente se guarda y ya se está cumpliendo, o se debe auditar. No está definido el procedimiento. No se definieron el alcance de los controles que se deben realizar con la información. Si se debe controlar que estén bien liquidados los haberes o simplemente cotejar que cumplan con los requerimientos legales. En la actualidad nuestros clientes están tomando distintos tipos de posiciones, algunos creen que alcanzan con pedirla, pero otros exigen que se audite y controle.”

Afirma Juan Raso: “El deber de control exige que el mismo sea eficaz y alcance su cumplimiento. Un control inocuo e inoperante ubicará a la empresa principal en el ámbito de la responsabilidad solidaria, porque como hemos ya expresado, en nuestro sistema legal sobre descentralización productiva la responsabilidad es de principio solidaria, siendo la subsidiariedad la excepción.”²⁷

Vemos que el mecanismo y procedimiento que plantea la ley no es claro de manera de poder realizar un control adecuado según las normas legales.

Por otro lado, Aldo Favre de Stora Enso, establece que el criterio de la empresa es auditar la información, “estamos exigiendo la documentación a los contratistas y realizando muestreos para luego auditar dicha información y corroborar que cumpla con todas las exigencias legales”. Se ve como hay una discusión sobre la forma de proceder, pero una concordancia en que se deben hacer los controles de manera de disminuir la responsabilidad.

²⁷ Raso Delgue, Juan, “La contratación atípica del trabajo”, op. cit. pág 383.

La concordancia no es sólo en la aplicación de control que promueven estas leyes, sino que la mayoría de los entrevistados mencionó que estos se estaban desarrollando desde antes de la aparición de dicha exigencia. En algunos casos, como Forestal Oriental, debido a exigencias de la certificación F.S.C. (Forest Stewardship Council), se necesitaba un control de la documentación incluso más exigente que el que establece la propia ley.

La Cra. Nany Mulattieri, encargada del sector de Auditoría de Forestal Oriental desde el cual realizan inspecciones de toda la documentación de sus proveedores de servicios, nos comenta que incluso han tenido que imponer multas (U\$S 100) en caso en que se encuentre alguna irregularidad en la información proporcionada por alguno de los contratistas.

Estos controles tan estrictos realizados le generan también acciones contrarias a las buscadas, como ella menciona: “lo que nos pasa bastante es que esa solidaridad en ciertos casos nos da un papel paternal frente a los trabajadores. Es algo complicado, dado que muchos trabajadores no saben para quien trabajan, creen que trabajan directamente para Forestal Oriental, lo que lleva a que nos lleguen todo tipo de reclamos que no nos corresponde atender. Por ejemplo, nos llaman pidiendo, de repente, botas más cortas porque hace calor, o que no quieren trabajar en el horario que se les pide.”

Uno de los proveedores de servicios, Ing. Alido Nogueira de Soluciones Forestales comenta al respecto de la exigencia de documentación: “nosotros siempre trabajamos con empresas certificadas donde dichas regulaciones de tercerizaciones ya venían de antes por F.S.C. (Forest Stewardship Council). F.S.C. es más exigente que la normativa laboral legal, por tanto cumplimos con varios requisitos más que no son exigidos legalmente. Por tanto no nos modificó en nada, dado que ya nos exigían anteriormente los controles y requisitos que dichas leyes establecen.”

El Ing. Nogueira incluso agrega que dicha exigencia le beneficia dado que elimina la competencia desleal. Dichos controles de documentación exigen una mínima estructura administrativa y una capacidad de trabajo suficiente para mantener dicha estructura, por lo

que al cumplir no sólo con los requerimientos legales sino incluso con los de certificación se beneficia frente a sus clientes. También agrega que cumplir con dichas exigencias le da una tranquilidad al trabajar al saber que cumple con la ley, y está amparado por esta en caso de accidentes de trabajo u otros inconvenientes.

En el caso de Stora Enso, la empresa cumplía con las normas ISO 14.001 (medioambiente) y OSHA 18.001 (seguridad), por lo cual también requería parte de la información exigida.

Afirmando nuevamente la posición explicada, el Dr. Gabriel Calabuig de Citrícola Salteña comenta, “como mejor garantía de cumplimiento pedimos a los contratistas que trabajen con un gestor. El costo del mismo lo asumimos nosotros. Pero además tenemos que controlar al gestor. Le solicitamos toda la documentación de respaldo y controlamos nosotros mismos.”

Encontramos tres grandes temas en cuanto al mecanismo planteado por la ley. Primero la falta de certeza de qué documentación es suficiente para lograr dicha disminución de la responsabilidad, dado que la ley establece una facultad de exigir, pero no una obligación de presentar por parte de la empresa auxiliar, por lo que en casos en que no se pueda acceder a toda la información planteada no se tiene claro en qué situación quedaría la empresa principal.

Además existe un problema en cuanto a los controles a realizar a la documentación, como bien explican los entrevistados, no se sabe si es necesario recopilar dicha información o si incluso se debe auditarla y determinar que cumpla con todas las exigencias legales. Por último no se encuentra determinado cuándo y con qué periodicidad se deberá presentar dicha documentación.

Consideramos fundamental que se resuelvan estas incertidumbres que plantea la ley, dado que no se determina la forma en la que debe actuar la empresa al ejercer su derecho a ser informado, para prevenir futuras contingencias. En la ley no se establece la periodicidad

o el alcance de los procedimientos a realizar con la documentación solicitada. De esta manera no son claros los mecanismos a realizar para mutar la responsabilidad de solidaria a subsidiaria.

4.3.3 Selección de los proveedores subcontratados

En este punto existe un consenso entre todos los entrevistados. Consenso que va en contra a las hipótesis originales que manejábamos al comenzar nuestra tesis. Parecía bastante claro para nosotros que una consecuencia natural de la promulgación de estas leyes sería la selección de proveedores en función a la solvencia patrimonial de la empresa subcontratada. De esta manera frente a posibles contingencias, esta empresa al menos, iba a poder afrontarlas sin involucrar a la empresa principal. Sin embargo, todos los entrevistados afirmaron que la situación patrimonial no es tan importante como otros factores.

Al respecto, Leonardo Slinger afirmó que “cuando se realiza una contratación, se toma en cuenta el historial del contratista, más que su capacidad patrimonial, la cual es difícil de determinar”. Continuó enfatizando en la importancia que la empresa tercerizada sea liderada por un “buen hombre de negocios”, como el Código de Comercio menciona. Afirmaba que “si el intermediario es solvente y es un buen empresario va a pagar siempre, y si es insolvente y no es buen empresario no va a pagar nunca, por lo que voy a tener que interponer una acción de repetición contra alguien que ya sé que no está dispuesto a pagar”. Mario Garmendia respondió en línea, afirmando que “la selección de las empresas suministradoras de mano de obra se realiza en función de la seriedad y responsabilidad que estas empresas tengan, más que el análisis patrimonial o solvencia que puedan llegar a tener”.

El Ing. Alido Nogueira, subcontratado por Forestal Oriental, y la Cra. Nany Mulattieri de esta misma empresa, afirmaron que los controles existían previamente a la promulgación de las leyes de tercerización, y enfatizaron en la importancia de la seriedad de la empresa subcontratada.

Es de esta manera que la seriedad, la responsabilidad, los antecedentes y las referencias de las empresas subcontratadas pasan a primer plano a la hora de seleccionar los proveedores. Sin duda la situación patrimonial debe incidir en la elección, más allá de la dificultad práctica de determinarla, pero dicha incidencia es otro aspecto que forma la opinión acerca de la seriedad del empresario.

4.3.4 Formalización del sector tercerizado

En referencia a la posible formalización del sector de las empresas que se encuentran tercerizadas existieron acuerdos entre los que se les consultó sobre este punto, destacándolo como una cuestión muy positiva de las leyes.

En el caso de Stora Enso, su Gerente de Recursos Humanos opinaba que el “sector de los proveedores de servicios ha tenido una mala reputación en el pasado por excesos y abusos que se han realizado. Hay que tomar en consideración que es un sector relativamente nuevo, que tiene entre 15 y 20 años de existencia. A la temprana edad hay que agregarle el hecho de que el sector agropecuario siempre ha tenido, dado las características de su actividad, una semi formalización si lo comparamos con el sector industrial o comercial.”

Esta problemática que plantea Aldo Favre es lo que entiende el Dr. Castello que “en este sector (servicios) no hay duda que se solucionó, dado que a texto expreso se incluyó en la ley, generando una formalización, regulación y normalización de la actividad, mejorando los estándares de los niveles de trabajo. En este aspecto cumplió un rol muy importante la ley.”

El Dr. Garmendia afirma “que está existiendo una depuración, una formalización de los sectores. Considero en este sentido que la selección de las empresas suministradoras de mano de obra se realiza en función de la seriedad y responsabilidad que estas empresas tengan”.

En la misma línea la Cra. Mulattieri comenta, “al mismo tiempo y por esto mismo es que en cierta manera nos favoreció este nuevo régimen dado que obliga a empresas que compiten con nosotros a ponerse a tiro. Lo veo como una manera más justa de competir, porque lo que a nosotros nos costaba 150 al otro le costaba 100. Si se quiere hacer todas las cosas bien cuestan más caras, por tanto había antes otras empresas que ahorraban en estos temas. Ahora todos jugamos en la misma cancha. Hay muchos lugares donde es muy irregular el tema trabajo, sobretodo en lugares de la frontera. Ahora es exigencia legal y por tanto regulariza todo el sector, creo que le hace bien al mismo”.

El Dr. Racciatti en una posición más moderada dice, “hay sectores empresariales que han considerado que las leyes le contribuyeron a la formalización, pero son sectores grandes. Las empresas grandes no tienen problemas con estas leyes. Raso decía que un empresario razonablemente prudente controla con quien contrata, y eso antes de la existencia de estas leyes. También un abogado asesor de varias empresas importantes, muy conocido, decía a sus clientes que cuando fuera a subcontratar, debería siempre pedir los recibos, sino no se conocen las contingencias que pueden llegar a existir. Por lo cual la formalización debería existir desde antes, pero sin duda ayudó a algunos sectores”.

En el mismo sentido observamos que la formalización de varias empresas es una realidad en el sector y que sin duda destacamos como muy positivo dicho efecto por parte de las leyes.

Al mismo tiempo, en referencia a lo que comenta el Dr. Racciatti también debemos emitir nuestra opinión favorable, dado que las grandes empresas como las entrevistadas, realizan un seguimiento de quienes contratan, y la exigencia de ciertos requisitos es previa a la vigencia de dichas leyes.

Concordamos que existe una competencia más leal dado que en materia de costos de los rubros a que se refieren las leyes se ha igualado, y sin duda, la formalización de dicho ramo es una consecuencia de los controles y precauciones que toman las empresas contratantes a la hora de seleccionar su contratista o intermediario.

4.4 Desacuerdos

4.4.1 Solidaridad y Subsidiariedad

4.4.1.1 Evolución del mecanismo de responsabilidad

Estos dos conceptos, y su inclusión en las leyes, han sido de las principales controversias generadas a partir de la existencia de las leyes de tercerizaciones.

Como antecedente , nos encontramos con la ley 10.449 Art. 3, el cual establece una responsabilidad subsidiaria en los créditos de salarios mínimos (del cual luego se tomo un criterio amplio por parte de los jueces, abarcando todos los créditos salariales), para aquellos que utilicen intermediarios o subcontratistas. En la práctica, el sistema de responsabilidad subsidiaria había venido distorsionándose por teorías jurisprudenciales. Declarada la responsabilidad subsidiaria se ejecutaba las sentencias contra el responsable subsidiario sin siquiera intentar la ejecución contra el empleador. Con respecto al concepto de subsidiariedad Alejandro Castello explica, “cuando la responsabilidad es subsidiaria se le exige al trabajador que primero intente el cumplimiento del pago de la sentencia a su empleador. Si fracasa ese intento, tiene una segunda instancia donde pasa a cobrárselo al responsable subsidiario.”

Luego vino la promulgación de la ley 18.099 donde se estableció un régimen de responsabilidad solidaria. Como continua diciendo el Dr. Castello, “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”. En cuanto a esta responsabilidad la A.R.U. nos explica que había sido desmesurada, aunque al ser limitada a las subcontratación, intermediación y suministro de personal (dejando por fuera la contratación directa) se tenía una medida menos perjudicial.

Partiendo de las críticas propuestas por las Cámaras Empresariales, el Poder Ejecutivo realiza el anteproyecto de lo que sería la ley 18.251 donde cambia la responsabilidad, estableciendo un mecanismo de doble plano. Por un lado se mantiene el régimen de responsabilidad subsidiaria (ley 10.449) para los casos en que la empresa principal ejerza el derecho a exigir la información al intermediario, y por otro se continúa con la responsabilidad solidaria (ley 18.099) cuando no se ejerza el derecho antes mencionado.

4.4.1.2 Controversias con respecto a la diferencia entre Solidaridad y Subsidiariedad

El mecanismo vigente a la fecha es un sistema dual, explicado anteriormente, el cual según varios entrevistados en esta investigación, no contiene una diferencia sustancial en su aplicación.

La A.R.U. menciona al respecto, “en cuanto a la responsabilidad subsidiaria que estableció la nueva ley, no es cierto que implique una mejora real para el empresariado, porque todos sabemos que en la práctica los reclamos se dirigen desde un principio contra ambas empresas, la responsable principal y la responsable solidaria. En la práctica no hay diferencias”.

En la misma posición comenta el Dr. Castello, “la única diferencia es una cuestión del tipo procesal. Cuál es el momento del trámite judicial en el que se puede reclamar el pago de una sentencia condenatoria a la empresa principal. En el trámite judicial es una diferencia de 60 días. En la responsabilidad solidaria una vez que está el fallo, yo puedo reclamarle a cualquiera de los dos de manera indistinta.”

El dirigente del PIT-CNT Sr. Milton Castellano, nos comenta comparando ambas leyes, que “tienen alguna diferencia en el alcance de la responsabilidad que la empresa asume por sus obligaciones. La primera era más general y la segunda tiene un escalón entre solidaria y subsidiaria. Hoy a la distancia no me preocupa la diferencia entre una y la otra. Es claro que hubiera preferido la primera ley pero hoy creo que no me cambia mucho. Con cierta distancia en el tiempo las diferencias no me parecen esenciales con respecto a la segunda.”

Complementa su explicación mencionando que para el trabajador la diferencia es indistinta dado que el mismo tiene seguridad de cobro sin importar quién sea el pagador.

El Dr. Washington Zapirain explica su opinión, “si la responsabilidad era solidaria, se podía ir contra cualquiera. Al ser subsidiaria, no se puede ir contra cualquiera, hay que hacer valer la subsidiariedad. Ahora bien, la solidaridad aparece mitigada porque el principal responde sólo por la cuota parte del tiempo que el subcontratado trabajó con él, y por las obligaciones que se generaron en ese tiempo.”

Por otro lado nos encontramos con posiciones en las cuales se defiende el mecanismo dual, expresándose que este debería funcionar de manera correcta, e incluso debería disminuir la responsabilidad de la empresa en caso de que esa cumpla con todos los requerimientos de documentación.

En defensa de dicho mecanismo el Dr. Slinger dice, “el trabajador va a demandar a título solidario, en el mecanismo se va a exigir que se realice una intimación de pago y luego se proceda con un embargo genérico. En caso en que no se conozcan bienes, entonces se irá a título solidario contra el principal, pero si este da información sobre bienes que el intermediario posee entonces primero se deberán liquidar esos bienes para hacer frente al crédito.”

En dicho mecanismo encontramos algunas fallas que han generado polémicas anteriormente y que pueden volver a surgir dado el uso que se le dará en la aplicación de las leyes. Varios autores han explicado dicho problema que surge en el Art.218.2 del Código General de Proceso. El artículo establece que una empresa principal podrá ser partícipe de un proceso judicial, incluso de una ejecución de una sentencia, en la cual no fue parte ni tuvo aviso previo de dicho proceso, por lo cual no pudo presentar defensa alguna.

El Dr. Racciatti explica de manera concreta el posible problema, “el régimen de la responsabilidad solidaria es muy duro. Por un lado por una norma muy vieja del Código Civil que establece que el reconocimiento de deuda hecho por uno de los deudores

solidarios compromete a los demás. Y esto es muy delicado, ya que un empleador se arregla con el trabajador, y se ven perjudicados los demás deudores solidarios. Por otro lado, otro problema que tiene la solidaridad, es el artículo 218 del Código General del Proceso, que algún profesor lo había considerado inconstitucional: alcanza con demandar a un deudor sólo y los demás deudores solidarios quedan comprometidos y no tienen por qué ser notificados, recién se enteran del juicio cuando tienen que pagar. Es un régimen muy duro.”

Por otro lado analizando las leyes y los procesos judiciales podemos encontrar algunos vacíos en cuanto a la forma en que se aplicará dicho mecanismo, como explica el Dr. Slinger, “cómo se va realmente a aplicar el mecanismo procesal todavía, no se sabe. El mecanismo sin la liquidación de bienes era el que rigió para la anterior ley de consejos de salarios, pero ahora qué criterio o requerimientos van a exigir los jueces, no se tiene conocimiento. No están regulados por el Código Civil ni el Procesal. Qué métodos o actitudes para defenderse el principal no se conocen todavía.”

4.4.2 Visión a futuro

Cómo va a influenciar a futuro a las empresas rurales las leyes de tercerizaciones sin duda sigue siendo una incógnita. Los entrevistados tienen diferentes posturas al respecto. Por un lado puede mencionarse la postura de la A.R.U. afirmando que “en el corto plazo no se notará demasiado, aunque ya hay conflictos laborales de empresas subcontratadas que repercuten en las contratantes. A largo plazo, vemos una marcada litigiosidad laboral, y una pérdida aún mayor de certeza jurídica en cuanto a las obligaciones laborales que una empresa que terceriza en realidad está asumiendo. Allí se verá el costo real de esta aventura legislativa.”

Frente al cuestionamiento al Dr. Gabriel Calabuig de Citrícola Salteña, de su visión a futuro de la empresa, con respecto a la posibilidad de absorber los trabajadores tercerizados en la cosecha, respondía que “se me hace muy difícil evaluar cómo vamos a seguir, y no es por falta de planificación, pero lo vamos evaluando zafra tras zafra, ya que cambian los

escenarios”. Continuaba afirmando que “hoy no es nada simple esta decisión. La gestión de una empresa no pasa por un aspecto de contribución. La gestión se encuentra limitada por las relaciones laborales. En el actual escenario sindical, resulta muy complicado deshacer el camino realizado contratando directamente personal para la cosecha. En el actual escenario, en el que las reglas de juego están definidas, pero son muy difíciles de manejar por una empresa, se va a tener que seguir zurciendo un tiempo más, y evaluando paulatinamente que puede ser más conveniente”.

Concluía diciendo que “si se toma una decisión radical, de por ejemplo, afiliarse a la postura de contratar solamente cuadrillas tercerizadas, estaríamos poniendo en riesgo la cosecha, y hasta incluso una zafra, por posibles huelgas. Y no son riesgos que se quieran asumir”.

La A.R.U., comentando acerca del posible impacto que estas leyes podrían ocasionar al desincentivar el fenómeno de las tercerización, afirmaba que “también se perderán puestos de trabajo, porque varias empresas están cortando sus vínculos con empresas tercerizadas, cuyos operarios quedan sin trabajo (salvo en la pequeña medida que sean absorbidos por la contratante)”. Al respecto Alejandro Castello planteaba que “no puedo afirmar que haya habido una disminución de los puestos de trabajo, no creo que haya ocurrido”.

Analizando el caso puntual de Citrícola Salteña, la empresa, frente a la promulgación de las leyes de tercerizaciones, y a sus exigencias de contratación de una gestoría para controlar a las cuadrillas de cosecha tercerizadas, “claramente disminuyó la masa de trabajadores para la cosecha” según nos informaba el Dr. Gabriel Calabuig. Continuaba afirmando, haciendo referencia a las consecuencias de la desvinculación de estas cuadrillas, que “por esto tuvimos que contratar en forma directa personal de cosecha”. De esta manera, puntualmente en Citrícola Salteña y a corto plazo, no existieron bajas significativas en la mano de obra.

Al respecto de este tema, el Sr. Milton Castellano reflexiona acerca de la posibilidad de la disminución de la mano de obra a largo plazo ocasionada por un descenso de la inversión

que estas leyes podrían ocasionar. Afirma: “eso creo que es una teoría empresarial. Nada de eso se puede probar, e incluso en estos años se batió record de inversiones, por tanto no hay evidencia práctica”.

En relación al mismo tema el Dr. Washington Zapirain afirma que “esto es una cuestión de filosofía, de concepción. Puedo considerar que las normas laborales son un obstáculo al desarrollo de la economía, o que los obstáculos al desarrollo de la economía no pasan por ahí”. Continuaba afirmando que “esta es una vieja discusión de si importa sólo crear trabajo, o trabajo de calidad. Aquí está inmerso el concepto de trabajo decente. En la década pasada se crearon trabajos, pero esos trabajos no reunían la calidad que deberían reunir. Considero que hay un mito en que las normas laborales frenan el desarrollo de la economía”.

En referencia a esto último debemos expresar nuestro desacuerdo con el Dr. Zapirain dado que entendemos que una excesiva regulación en el derecho de trabajo, teniendo como consecuencia un desbalanceo de las relaciones laborales, podría llevar a desincentivar la inversión en nuestro país, teniendo como consecuencia una tendencia a la baja en el empleo.

Particularmente haciendo referencia a las leyes de tercerizaciones, y en base a lo mencionado recientemente, consideramos que los nuevos costos administrativos y mayores contingencias que promueven estas leyes podrían ser importantes causas de la desincentivación a la inversión.

4.4.3 Enumeración taxativa o enunciativa del paréntesis

Dentro de la definición de subcontratación en el numeral A del primer artículo de la ley 18.251 existen varias controversias o polémicas. Una de ellas es como se debe considerar los paréntesis en los que expone actividades accesorias, “cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de estos 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.”

Existen autores como el Dr. Castello, Dr. Santiago Pérez del Castillo, Dr. Racciatti, Dr. Raso y el Dr. Slinger quienes apoyan la posición taxativa de dicha enumeración.

Por el contrario, el Dr. Garmendia junto al Dr. Gauthier en su libro “Tercerizaciones” expresan que dicha polémica se debería resolver en el marco de la definición de subcontratación y las normas generales del derecho laboral como el principio protector, y en particular en la regla “in dubio pro operario”.

En primer lugar exponen que “la enumeración de los casos previstos, no resulta contraria ni contradictoria con la existencia de otros servicios, igualmente accesorias, susceptibles de integrarse igualmente a la organización de un tercero o formar parte de la actividad normal o propia del establecimiento”. Posteriormente aclara que lo relevante es que el servicio se preste y se integre a la actividad de la organización tanto de manera principal como accesoria.²⁸

En segundo lugar exponen, y citando al Dr. Plá Rodríguez, “en caso de que una norma se pueda entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador”²⁹ Lo que se expone en este caso es que al no ser clara la norma no debería considerarla taxativa, dado que se estaría perjudicando a trabajadores que no se encuentran en la enumeración, o sea, trabajadores que se encuentren realizando tareas en el sector servicios.

El Dr. Washington Zapirain agrega su opinión diciendo, “yo creo que es enunciativa. Creo que la forma en la que está redactada da indicios de que es enunciativa.”

²⁸ GARMENDIA ARIGÓN, Mario, GAUTHIER, Gustavo, “Tercerizaciones”, Fundación de Cultura Universitaria, pág. 78.

²⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, Americo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ed. Depalma, 3ª Ed. Actualizada, Buenos Aires, 1998, p. 85

El dirigente del PIT-CNT afirma, “creo que están porque son los ejemplos más clásicos. Considero que son enunciativas.”

Sobre este punto de vista el Dr. Castello señala un ejemplo, de manera de mostrar que carecería de sentido no tomarlo taxativo dado que se podrían generar situaciones de injusticia, y dice, “un caso en la práctica puede ser un molino de arroz que contrata el servicio de transporte a una empresa de fletes, donde luego un chofer del camión tiene un conflicto laboral con su empresa, y termina involucrando a la empresa principal. Claramente la ley no está pensada para esta situación. ¿Qué vinculación laboral directa o indirecta puede existir entre ese trabajador y el molino de arroz? Ninguna. El trabajador no recibe órdenes directas de esas empresas, y tampoco desarrolla su actividad en el lugar físico de esta. El único vínculo que existe es comercial con la empresa que encarga un servicio de transporte.”

Por otro lado los asesores legales de Forestal Oriental mantienen una posición respecto a este tema y es la que comenta la Cra. Mulattiery sobre “los fleteros, los cuales nuestros abogados están seguros que no corresponde incluirlos en la ley. De todos modos nosotros realizamos todos los controles, se le pide toda la documentación.”

El Dr. Raso aclara su posición en su libro “La contratación atípica del trabajo” y expone, “por accesorio deben entenderse aquellas actividades que aunque vinculadas a la actividad normal o propia del establecimiento, no integran las actividades centrales del emprendimiento. De estas últimas, solo “el mantenimiento, la limpieza, la seguridad o vigilancia (según indica la norma entre comillas) estarán alcanzadas por el régimen legal”³⁰.

Continúa afirmando, “en el caso de las actividades accesorias, las situaciones se limitan a las cuatros hipótesis legales. Nuestra afirmación supone que la redacción de la norma indica una enumeración de carácter taxativo. El texto no incluye ninguna expresión que permita inferir que esa enumeración es expresada a vía de ejemplo. Consideramos que

³⁰ Op. cit. pág 340

dentro del paréntesis deberían haberse incluido palabras –como o por ejemplo o etc.- que aclararan el carácter no taxativo de la enumeración”³¹.

Nuestra posición es que la enumeración es taxativa. Si fuera enunciativa, dentro del ámbito de aplicación de la ley se verían comprendidos una generalidad de casos que no creemos que sea razonable incluir, situaciones de injusticia para las empresas contratantes dado que se trataría estrictamente de contratos comerciales entre dos partes y no existiría una relación triangular.

Ejemplos de estos casos pueden ser fletes, estudios contables, estudios jurídicos, y varios servicios profesionales que prestan asesoramiento desde sus estudios y que la empresa principal no ejerce ningún tipo de dirección y control sobre los empleados de la auxiliar.

Consideramos que la redacción de la ley no es clara y somos concientes que es un punto en discusión el hecho de que sea tomado de manera enunciativa o taxativa.

4.4.4 Órbita judicial y fallos

En primer lugar, y en referencia a la percepción que los juristas tienen acerca de futuros fallos judiciales, por un lado el Dr. Mario Garmendia afirma, con respecto al ámbito de aplicación, que “es probable que tiendan a restringirlo. Capaz que la ley puede ser en su redacción de algunos puntos demasiado pro-operario. Cuando la legislación protege mucho, el juez trata de equilibrarlo restringiéndola. Sin embargo es muy difícil de predecir”.

Al respecto, el Dr. Octavio Racciatti, sugirió que se encontraba en línea con lo mencionado por Garmendia, al mencionar que “considero que va a ocurrir lo mismo que con la ley de libertad sindical. Se planteó que era grave, que el mundo se venía abajo, y

³¹ Op. cit. pág 340

después de dos o tres juicios en los que los jueces empezaron a desestimar las demandas, nadie habla de esa ley”.

Desde otro punto de vista, el Dr. Alejandro Castello considera que “en cuanto a los fallos por parte de los jueces”, que “serán a favor del trabajador, tomando un criterio amplio de la interpretación de la ley”.

Leonardo Slinger plantea un punto intermedio, comentando sobre la posible interpretación jurisprudencial con respecto a la definición de subcontratación de la ley 18.251, diciendo que “la ley da una definición amplia, y van a ser restrictivos en cuanto al concepto de actividad accesorio pero en cuanto a la actividad principal o conexas van a utilizar un criterio más amplio”.

Sin duda varios son los temas en los que los jueces van a tener que dar su postura. Garmendia afirmaba “con respecto a las obligaciones que deben estar incluidas en la responsabilidad, en la doctrina hay discrepancias acerca de las obligaciones de hacer, y aquí los jueces van a tener que dar su postura. También con respecto al hecho que muta la naturaleza de la responsabilidad de solidaria a subsidiaria”

El Dr. Octavio Racciatti concluye la entrevista mantenida, afirmando que “después del impacto, de la polémica inicial de cualquiera de estas leyes, discusiones que han durado décadas, se van aminorando los problemas, las pasiones, las polémicas”.

De la misma forma el Sr. Milton Castellano del PIT-CNT afirma que “siempre pasa lo mismo, al principio parece que se cae el mundo y luego no es tan así. Hay que darle tiempo a las normas para que se adapten a la realidad. Lo mismo pasó con la ley de fuero sindical.”

4.4.5 Inseguridad Jurídica

En el marco de la entrevista mantenida con las gremiales rurales el Dr. Falchetti comentaba que él entendía que estas leyes podrían llegar a considerarse inconstitucionales dado que se podría tomar como una inseguridad jurídica.

Basaba su teoría en que un empresario al instalarse en el Uruguay, así como en cualquier lado, necesitaba conocer los costos con los que iba a incurrir de manera de llevar adelante su empresa. Continuaba explicando que los mismos deben poder determinarse con exactitud o por lo menos contar con estimaciones fiables de los desembolsos que deben realizarse. Puntualizaba que las leyes de tercerizaciones no permitían determinar los costos que los empresarios podrían llegar a incurrir por los posibles reclamos salariales, seguridad social, de seguros e indemnizatorios, los cuales en algunos casos podrían llegar a ser tremendamente altos, además de tomar en cuenta la retroactividad que existe en el reclamo de los trabajadores a sus empleadores.

Al mismo tiempo afirmaban dichos asesores de las gremiales que “la aprobación de las dos leyes de tercerizaciones, tal como fueron en definitiva aprobadas, no sólo no tiene justificación histórica sino que establece lo que probablemente sea una de las peores leyes adoptadas en este período de gobierno, al implantar legalmente la falta de certeza y la inseguridad jurídica para los establecimientos que tercerizan.”

En relación a los costos que se incurren en el control de la documentación el Gerente de Citrícola Salteña, Dr. Gabriel Calabuig, comenta: “lamentablemente los terminamos asumiendo nosotros. Pero es preferible este costo adicional, al riesgo eventual que se materialice una contingencia tres años después, y de forma retroactiva, con los costos que esto implica.”

Finalmente se le consultó al Dr. Racciatti sobre la posible inseguridad jurídica presente en las leyes y comentó: “no, creo que no. Desde el año 1943 existe una responsabilidad subsidiaria, y nunca se planteó la inconstitucionalidad de la ley de consejos de salarios. La

libertad de empresa tiene límites. La Recomendación 198 de la O.I.T. es muy clara. El sistema desde la ley de consejos de salarios funcionó, con discrepancias, pero correctamente. Yo no estoy de acuerdo con una posible inseguridad jurídica. Además la idea de la segunda ley es apuntar a certezas”.

La inseguridad jurídica parte de la base de que el empresario se vería con imposibilidad de cuantificar con certeza las contingencias que pudiere llegar a tener en caso de verse en la situación que las leyes plantean.

En la ley 10.449 se planteaba un tope, los salarios mínimos, lo que brindaba cierta base de cálculo, a pesar de no ser una certeza total, pero creemos que brindaba ciertas pautas para su previsión.

Las leyes bajo análisis son mucho más abarcativas en las posibles contingencias e inclusive incluye partidas indemnizatorias, las cuales son aún más difíciles de prever con antelación, más aún con el factor de no contar con el control de tal decisión por parte de la empresa principal.

4.5 Posibles mecanismos de reducción de responsabilidades

Previo a la realización del trabajo de campo se analizaron las leyes, y se plantearon distintas posibilidades de reformar la normativa vigente con el objetivo de adaptar las leyes a la realidad de la actividad agropecuaria. Las reformas o mecanismos a implementar fueron estudiados y analizados, para luego proponer a los distintos participantes y obtener de ellos, su visión de los mismos.

Este análisis partió de la base de que las empresas no tenían ningún mecanismo razonable para disminuir su responsabilidad, ni ninguna garantía, pero si se le atribuían responsabilidades objetivas por la sola utilización de la modalidad de tercerizar.

El Dr. Washington Zapirain explica la razón de ser de la ley, “la responsabilidad es un tema central. Los empleadores tienen el derecho a adoptar todos los mecanismos de protección que quieran y utilizar la forma que consideren adecuada. Desde mi perspectiva, lo que se debe proteger, es el trabajador. Las leyes laborales tienen como finalidad proteger a la parte más débil, que es el trabajador, y la responsabilidad es un tema neurálgico”.

4.5.1 Retención del precio: empresa principal como responsable

El mecanismo analizado se basa en la obligación de la empresa principal (como responsable) de retener parte del precio pagado a la empresa auxiliar, para abonar las obligaciones a las que se refiere el artículo 1 de la ley 18.099.

Las obligaciones que la empresa principal tiene son, “obligaciones laborales (...) 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”.

El Dr. Castello opina al respecto, “creo que no sería viable por varias razones. Por un lado tenemos la dificultad de cálculo, dado que la ley abarca tanto créditos laborales, como salarios, seguro y prima, por lo tanto ¿cómo se determinaría el monto a retener del precio?, y más en un intermediario que trabaja para varias empresas, por lo que los costos salariales y otros estarían divididos y repartidos entre varias empresas.”

Consultado al Dr. Slinger al respecto de este mecanismo, explica que ya se está implementado al utilizarse cláusulas en los contratos por las que se faculta a la empresa principal a retener parte del precio a pagar. Dado que nuestro mecanismo plantea poner a la empresa como responsable por ley, dando un carácter legal a la retención, Slinger establece que, “sólo ante una modificación de la ley, en la que se estableciera que la empresa al retener y pagar se deslinda de responsabilidad, haría que este mecanismo tuviera éxito. En la actualidad la retención está siendo efectiva ante la exigencia en el cumplimiento de la documentación, de que al menos, al momento del pedido, esté toda en orden. También se aplican mecanismos más estrictos, como el control sobre los empleados para que todo aquel que ingrese a la plantación este en la nómina.”

Es muy interesante ver la opinión de Ing. Alido Nogueira, suministrador de servicios, “a mí me vendría fantástico. De todos modos la plata que se me paga para esos pagos nunca la utilizó como capital de giro. No lo tomo en cuenta para otra cosa dado que existiría un alto riesgo por los vencimientos de los pagos con los ingresos.”

Pero en la aplicación de este mecanismo nos hemos encontrado con algunos problemas. El Dr. Slinger comenta al respecto: “se soluciona un problema generando otros, como es el hecho de tener que realizar un montón de tareas administrativas que no son propias de la empresa, e igual se mantiene la responsabilidad de la empresa. Aunque se esté realizando el mecanismo de retención, este no es práctico. Esto es porque no se pueden retener grandes montos (un mes o dos del servicio), o exigir grandes garantías, dado que si ocurre un despido, ¿con qué garantía o retención hago frente a la obligación que supera ampliamente el monto?”

Podemos deducir que uno de los principales problemas que encontramos son los costos administrativos que generarían dicho mecanismo para la empresa principal.

El Ing. Alido Noguera da un ejemplo muy claro, “lo veo muy perjudicial para la empresa principal dado que existen muchísimas altas y bajas en mi rubro y resultaría muy engorroso dado que es uno de los grandes problemas o tareas que la empresa que me contrata se quiere ahorrar. En un día quizá son muchas altas y bajas. En mi caso tengo el estudio contable que se encarga de todo eso. Además existen ciertas tareas que complican más aún la liquidación de los sueldos y haberes como retenciones de ANDA, retenciones judiciales, retención de ANICO, entre varias más.”

El Dr. Castello comparte esta opinión expresando que una de las razones por las cuales se terceriza es para no tener que asumir los costos administrativos y el problema de realizar todas estas tareas que pueden y deben no ser propias de la empresa. Incluso va mas allá y da un ejemplo, no del sector agropecuario pero el más representativo de este problema, “esta ley se aplica al Estado, por lo cual este debería liquidar los sueldos de sus 200.000 funcionarios más los que subcontrata que deberán ser al menos otros 200.000. Se debería crear un organismo que se dedicara exclusivamente a realizar esta tarea.”

El otro problema que aparece es la dificultad para determinar un cálculo correcto del monto a retener. Luego de analizarlo mejor no hemos podido encontrar un mecanismo que resulte justo, fácil y aplicable a la inmensidad de casos distintos que pueden existir. El Dr. Castello menciona, “en cuanto a realizar liquidaciones o tareas similares ninguna empresa lo aceptaría. En cuanto a determinar un monto ficto me parece que no habría un criterio uniforme, correcto y fácil de aplicar para lograrlo.”

Por último queremos mencionar otro punto de vista de este mecanismo, el cual fue propuesto por el Dr. Mario Garmendia, quien mencionó que sería interesante aplicar un método similar al Aporte Unificado de la Construcción.

Luego de todas las opiniones recibidas, y analizando el mecanismo en profundidad podemos concluir que su aplicación sería dificultosa. Encontramos problemas en varios puntos, entre ellos, la forma de cálculo del monto a retener dado que una empresa auxiliar puede prestar servicios a varias empresas principales, por lo que no habría una forma simple de determinar qué obligación corresponde a cada una de ellas. Por otro lado se estaría cargando de costos administrativos al principal, que en la mayoría de casos no se estarían dispuestos a asumir. Debemos también tomar en cuenta que dichos costos administrativo y las tareas que conlleva su realización (liquidación de sueldos, altas y bajas, presentación ante organismos públicos) son razones por las cuales las empresas tercerizan su actividad, principalmente en aquellas que contienen grandes cantidades de personal.

4.5.2 Presentación de documentación y obtención de certificado por parte del principal

El segundo mecanismo que creemos se debería contemplar, que complementa al Art. 4 de la ley 18.251, es que una vez cumplido con el derecho de informarse por parte de la empresa principal, se debería presentar dicha documentación ante un organismo estatal, y de esta manera se obtendría de un “Certificado de Cumplimiento de las Obligaciones Laborales” que exima de responsabilidad a la empresa principal.

El mecanismo se basaría en una división en las tareas. Por un lado la empresa realizaría la auditoría de la información recibida por el auxiliar, analizando que esta cumpla con todos los requerimientos legales y se encuentre en perfectas condiciones; y por otro lado el Estado, luego de recibir la información, verificaría que estuviera correcta para luego emitir el certificado mencionado.

Creemos necesario que se establezcan plazos específicos para la presentación de la información por parte de la empresa, por ejemplo semestralmente, así como para que el Estado emita dicho certificado en un plazo aproximado de dos meses luego de recibir la documentación.

Dicho mecanismo fue consultado con los entrevistados. Entre ellos el Dr. Slinger dice, “la solución que creo que se puede aplicar, es la liberación de la responsabilidad de la empresa principal en caso de que cumpla con todos los controles de documentación sobre el contratista. En caso en que no controle, es responsable solidario, si controla se libera.”

Este mecanismo fue muy bien recibido por Aldo Favre (Stora Enso), el cual cree que tiene dos grandes virtudes. Por un lado las grandes empresas forestales, ya estaban realizando el control y auditoría de la información, por exigencias propias y para disminuir la responsabilidad de solidaria a subsidiaria, por lo que no se verían en un problema ante la exigencia legal. La segunda virtud es la cuantificación de los costos, dado que es más fácil cuantificar los costos administrativos de realizar los controles que las posibles contingencias a generarse por la tercerización de empleados.

También continúa acotando que, “la tarea de control debería ser propia del Estado y no de la empresa principal. Se debería apoyar el esquema de tercerizaciones, el cual está probado en el mundo que es beneficioso por su especialización, generación de mano de obra, entre muchas razones, dejando al Estado una de sus funciones propias, que es las de contralor.”

Esto plantea un problema dado que las leyes traspasan la tarea de control desde el Estado (como propia que es) a la empresa.

Milton Castellano, dirigente del PIT-CNT nos explica que los costos administrativos no pueden ser una justificación válida para no realizar el control. Da sus razones en que las empresas desde hace décadas han sido agentes de retención del B.P.S y nunca se ha dicho nada con respecto al tema.

Nuestra posición al respecto es que dicho mecanismo cumple con las características necesarias para lograr un equilibrio en las responsabilidades asumidas por ambas partes. La exoneración de responsabilidad por parte de la empresa principal, luego de la auditoría y control de la documentación, complementado con el control del Estado, nos dan una

seguridad que se contemplarían los dos objetivos principales de la ley que son: regularización y formalización del mercado de intermediarios a través del control por parte de la empresa principal sobre la auxiliar y la protección del trabajador a través de un doble control, en el cual además participa el Estado.

4.5.3 Presentación de documentación y obtención de certificado por parte del auxiliar

Un tercer mecanismo a plantear que entendemos que cumpliría con las exigencias necesarias para lograr los objetivos es el siguiente: presentación de la documentación trimestralmente por parte del auxiliar, la cual sería auditada por el Estado emitiendo un “Certificado Único del Contratista”.

El Estado realizaría una lista de aquellos contratistas que han cumplido con todas las exigencias. Dicha lista sería de conocimiento público, de donde las empresas principales podrían obtener la información al momento de contratar. Aquellos contratistas que no cumplan con dichas exigencias serán incluidos en una lista de “no habilitados”, la cual será actualizada trimestralmente luego de la fecha de exigencia de la documentación.

El Dr. Gabriel Calabuig de Citrícola Salteña nos comenta, “considero que se debe regular a través de la emisión de un certificado de práctica responsable. Luego de pasar satisfactoriamente por los controles del M.T.S.S., del B.P.S., se debería habilitar a trabajar como contratista, como empresario responsable, y que las empresas principales que trabajen con él, no tengan responsabilidades que surjan de la tercerización. Se puede hacer por 2, 3, 6 meses o incluso un año. Pero ese control lo tiene que ejercer el Estado.”

Entendemos que la liberación de la responsabilidad por parte de la empresa principal previo a la contratación de los servicios no es algo posible, pero dicho mecanismo da la confianza suficiente al contratante para entender que no tendrá contingencia futuras.

En los casos en que el contratista comience la actividad este permanecerá en una tercera lista denominada “nuevos contratistas” por las dos primeras auditorías por parte del Estado, de manera de obtener una cierta seguridad del cumplimiento de sus obligaciones.

Complementa el Dr. Calabuig, “creo que se debería llevar un registro de contratistas por actividad, por ejemplo cosecha. Se le debería dar un certificado anual de cumplimiento con las normas requeridas, y que cada empresa principal le exigiera el certificado del año anterior al contratista para trabajar con él. La empresa no tiene que ser la que arme una estructura para ejercer los controles correspondientes. Ese rol es del Estado.”

Por su parte Milton Castellano comenta al respecto del mecanismo, “Habría que analizarlo más a fondo. Creo que el estado no puede controlar todo.”

Esta forma de control propuesta entendemos ayudaría a formalizar y regular el mercado de contratistas, protegiendo al trabajador y disminuyendo la responsabilidad de la empresa principal al tener una seguridad estatal de los servicios contratados.

4.5.4 Fondo de Garantía Nacional

Por último, el Dr. Mario Garmendia plantea como recomendación la posibilidad de crear un Fondo de Garantía Nacional, “estos se podrían solventar con aportes del trabajador, de los empresarios y hasta incluso del Estado. Esto subsanaría la contingencia que tiene la empresa principal por el no pago de la empresa intermediaria.”

Para el mecanismo a ser explicado se tomó como referencia el Fondo de Garantía Salarial creado en España por el Art. 33 del Estatuto de Trabajadores.

Se plantea un Fondo de Garantía Nacional (F.G.N) el cual debe ser un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuya principal función será hacer frente a las obligaciones creadas por el Art 1 de la ley 18.099.

El Fondo se financiaría por una aportación tripartita:

-Por un lado el trabajador contribuirá con una parte de sus haberes, que será destinada única y exclusivamente a indemnizar a los trabajadores por sus salarios pendientes y al Banco de Previsión Social por las obligaciones de seguridad social personales de dichos individuos.

-En un segundo plano tendremos al Estado el cual contribuirá con una parte de dicho Fondo.

-Por ultimo las empresas tendrán la opción de contribuir al fondo, el cual dará derecho a ser indemnizado únicamente en caso de caer en adeudos por aportes patronales al Banco de Previsión Social o por primas y recuperos al Banco de Seguros del Estado. Dichos fondos podrán ser utilizados para hacer frente a obligaciones salariales no canceladas.

Dicha elección podrá ser usada por las empresas auxiliares para prevenir posibles problemas económicos en el futuro, como también por las empresas principales para hacer frente a posibles contingencias.

Con respecto a dicho mecanismo, el dirigente sindical del PIT-CNT explica, “nosotros estamos impulsando un fondo de garantía, pero nada que ver con eso, sino ante la eventualidad de quiebra. Aportes que deben realizar las empresas obligatoriamente para los casos de quiebra de manera de cubrir los haberes salariales”.

Continúa diciendo “en su caso creo que deben realizarlo los empresarios dado que no tiene sentido que los trabajadores paguen un fondo por las dudas si no les pagan. El trabajador ya cumplió, ya trabajó lo que le corresponde.”

Analizado el mecanismo, concluimos que si bien no elimina la responsabilidad de la empresa principal, permite a esta lograr disminuirla y cuantificarla, lo cual es un gran avance frente a la situación actual. Creemos que dicha forma de prevención seria un correcto complemento a los mecanismos planteados anteriormente.

V. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo monográfico se ha realizado un análisis del actual marco normativo que regula el fenómeno de la tercerización en Uruguay. Se ha entrevistado a un número significativo de actores tanto empresariales, como sindicales y delegados del Poder Ejecutivo, de modo de abarcar un amplio espectro de opiniones del tema. Se han complementado los aportes realizados por los entrevistados con material bibliográfico, así como con posturas de los autores de esta tesis. Finalmente hemos planteado posibles reformas a la legislación vigente, de modo de atender a críticas que el sector empresarial ha realizado sin dejar de lado el ánimo de protección al trabajador que tienen estas leyes.

Las posturas expuestas por los entrevistados presentan diversas visiones de la forma que consideran que ha impactado, en sus propias empresas en particular y en distintos sectores productivos en general, la regulación vigente. Visiones que en muchos casos son complementarias y muchas veces son contrapuestas, pero que no dejan de presentar una postura válida, más aún cuando se pretende analizar un fenómeno sumamente sensible que se encuentra sujeto a las distintas experiencias que presentan los entrevistados.

La realidad nos indica que el fenómeno de las tercerizaciones ha cambiado la forma de organización de las empresas agropecuarias profesionalizando las actividades. La nueva estrategia empresarial nos muestra empresas dedicadas al gerenciamiento, utilizando proveedores especializados, creando vínculos comerciales y generando una nueva visión de hacer negocios.

Este fenómeno tiene un efecto positivo en las empresas del sector rural que debe ser promovido y potenciado para lograr obtener los beneficios de la mayor especialización y el valor agregado que genera.

Con respecto a la necesidad previa a la ley 18.099 de regularizar la intermediación y el suministro de mano de obra, entendemos su importancia, dado que en caso de utilizar estas modalidades de trabajo de manera fraudulenta se creaba un claro perjuicio al trabajador. Creemos que cargar de responsabilidad a la empresa principal se justifica dado que los

trabajadores de la empresa auxiliar se encuentran en una situación muy similar a los empleados directos de la primera.

Sin embargo consideramos que la definición de subcontratación planteada por la ley 18.251 no es la más adecuada. Creemos que se debería responsabilizar a las empresas principales solamente cuando el fenómeno de la subcontratación presente dirección y control de la empresa principal para con los empleados de la auxiliar. Para la evaluación de la eventual existencia de dirección y control se deberían tener en cuenta ciertos presupuestos, siendo el más importante a nuestro entender, el hecho de que la actividad tercerizada se encuentre enmarcada en la actividad principal que realiza la empresa contratante.

Con respecto a la enumeración de las actividades accesorias de dicha definición entendemos que es taxativa. De todos modos creemos que la norma debería ser más explícita dado la importancia que el tema implica.

Como fue expuesto consideramos que se debe realizar un análisis global de la norma. En caso de tomarse de manera textual se podría considerar de ambas maneras, pero con un análisis global, considerando la intención de la norma concluimos que se trata de una enumeración taxativa. Razonado desde la posición opuesta no nos parece posible que se incluyan servicios como los fletes o servicios profesionales dado que la empresa contratante, amén de lo expuesto para la definición de subcontratación, no tiene supervisión directa y creemos que tales servicios se encuentran más alejados aún de la relación triangular a la que hacemos referencia anteriormente, quedando en evidencia el carácter comercial de dicha relación.

Las repercusiones iniciales que han tenido estas leyes son variadas. Desde un claro efecto preventivo y una formalización de sectores productivos uruguayos, hasta consecuencias no tan positivas tanto para el sector empresarial como para el sector trabajador. En este sentido se puede mencionar la delegación de roles de contralor a la empresas principales, con el consecuente incremento de los costos administrativos; la

dificultad práctica para ciertos sectores, fundamentalmente el agropecuario, de ejercer los controles que estas leyes promueven; y una pérdida de foco en el negocio propio de la empresa principal con la posible consecuencia del descenso de productividad.

Las situaciones de abusos son los hechos más notorios a la hora de encontrar las causas que motivaron legislar al respecto, pero las consecuencias de una mayor formalización y una competencia leal entre las empresas son factores que también justifican y le dan validez a la creación de dichas normas.

La formalización de ciertos sectores sin duda es una repercusión muy positiva cumpliendo, en parte, con el objetivo de protección al trabajador que se buscaba con la promulgación de estas leyes. Pero se ve atenuada por otros efectos como la pérdida de foco en el negocio, el incremento de los costos administrativos y la dificultad de contralor de las empresas principales (con las contingencias asociadas). Estos efectos que si bien pueden no ser detectados en el corto plazo por los trabajadores (sí detectados por el sector empresarial), consideramos que van a tener repercusiones negativas en el largo plazo.

A lo largo de esta investigación hemos logrado conocer cómo se realizó el proceso de discusión de las leyes, las distintas participaciones y la falta de ellas en algunos casos, las intenciones de cooperación, los argumentos planteados, las críticas, los distintos mecanismos para plantear discrepancias y la forma de negociación entre las partes, en la cuales como conclusión consideramos que ha faltado diálogo y entendimiento.

Se debe tomar en cuenta que estos temas tienen una repercusión muy importante, dado que afectan a todos los sectores de la economía (de manera especial al rural); no sólo a empresas y trabajadores, sino también al propio Estado. Consideramos necesario que exista una cooperación y coordinación entre las partes interesadas. Es indispensable obtener un consenso de manera de lograr soluciones que contemplen todas las opiniones dando como resultado una visión compartida y aceptada por todos.

En otro aspecto, haciendo referencia a las particularidades de distintos sectores, creemos que se deben contemplar las diferentes realidades. Consideramos que se debe analizar de manera más profunda la situación del sector rural y las características del mismo que conllevan a una dificultad de realizar los controles necesarios.

Con respecto a las consecuencias a largo plazo que podrían tener estas leyes de tercerización consideramos que, si bien en el corto plazo se logró una formalización de determinados sectores, creemos que a largo plazo el actual régimen de obligaciones y responsabilidades podría conllevar a una desincentivación en las inversiones en nuestro país con el asociado efecto de desestímulo de la contratación de mano de obra.

Ante una posible inseguridad jurídica de estas leyes entendemos que se hace necesario determinar alguna cota o límite a los montos manejados, inclusive una cota relativa como se maneja en la ley 10.449 dado que brinda una noción de las posibles contingencias que pueden tener las empresas a la hora del planeamiento empresarial.

Entendemos que amerita plantear modificaciones que brinden una mayor certidumbre al empresariado ya que a pesar de los controles que la ley les exige realizar, el mismo no se ve exonerado de las responsabilidades que surgen de dichas normas, por lo que a pesar de invertir en los controles correspondientes, de todos modos pueden ser responsables por adeudos salariales. Inclusive entendemos que la ley debería ser clara y precisa en cuanto a estos controles y determinar cuáles son los requisitos que hacen modificar la responsabilidad de la empresa principal de solidaria a subsidiaria.

De todos modos entendemos que la empresa al realizar dichos controles no debería mantener las responsabilidades que la ley le obliga. Creemos que a la empresa en caso de realizar todas las inspecciones, los cuales la ley debería explicitar, le correspondería quedar exenta de responsabilidad ya que de otro modo la mantendría sin ninguna vigilancia sobre los posibles adeudos. Al mismo tiempo entendemos que al exonerar de responsabilidad a las empresas que cumplan con las exigencias y auditorías correspondientes se mantendrían

los grandes acuerdos de estas leyes: formalización de sectores que utilizan las tercerizaciones y una competencia más leal.

Con respecto al alcance del derecho a ser informado que surge de estas leyes, se debe establecer qué ocurriría en el caso de que la empresa principal hiciera uso del mismo, pero no lograra obtener toda la documentación exigida. Además se debería determinar el alcance, si es una simple recopilación de la información o si esta debe ser auditada por la empresa principal. Por último se debe establecer cuándo y con qué periodicidad se deberá presentar la documentación.

Asimismo, en nuestra opinión la ley se debería complementar con algún mecanismo de reducción de responsabilidad de la empresa principal de los planteados, de manera de conseguir establecer un equilibrio entre dicha responsabilidad, el control y la obligación.

Creemos que no es conveniente cuestionar el hecho de permitir o no la modalidad de tercerización de actividades dado que consideramos que toda forma de organización de trabajo que fomente la eficiencia y la especialización de las empresas es saludable para nuestra economía.

Finalmente queremos puntualizar sobre el hecho de que la ley en términos generales mantiene un factor positivo tanto en la mejora de la situación de los trabajadores, así como en la formalización de sectores y en el fomento de la competencia leal por parte de las empresas.

Concluimos y sugerimos una revisión de las leyes que refieren a las tercerizaciones de manera de mantener un equilibrio que entendemos necesario y fundamental para el desarrollo de nuestra economía y por tanto para el desarrollo del trabajo.

VI. Anexo I: Entrevistas

22 de julio del 2009

6.1 Entrevista con el Cr. Carlos Rodríguez (Gerente Financiero de S.A. San Miguel Uruguay)

Aspectos generales de la empresa

San Miguel Argentina fue fundada en la Ciudad de San Miguel de Tucumán en 1954 por la Familia Mata. Es la Empresa líder en la producción y comercialización de limones de Argentina, y una de las más grandes del mundo. En el año 2000 San Miguel ingresó en el mercado de cítricos de Uruguay arrendando a través de su controlada San Miguel Uruguay, la empresa Milagro S.A, una de las líderes en la producción y comercialización de cítricos dulces. En el año 2003 San Miguel adquirió el 100% del capital accionario de esta compañía, afianzando su compromiso y consolidando su participación en ese mercado. Las fincas de Milagro, que ocupan una superficie de 2.000 hectáreas, producen mandarinas, naranjas, pomelo y limón. Ese mismo año, y continuando con su plan de expansión se inauguró en el Departamento de San José una planta industrial para el procesamiento de fruta. En noviembre, San Miguel adquiere las compañías Terminal Frutera S.A. y Zephyr S.A., incorporando 1500 hectáreas productivas e incrementando su capacidad de packing. En 2008, San Miguel supera los U\$S 200 millones de facturación, logrando un record en la historia de la compañía. Asimismo, en ese año se concreta la adquisición de dos empresas sudafricanas en la zona de Eastern Cape en sociedad con una empresa sudafricana.³²

¿S.A. San Miguel Uruguay terceriza alguna actividad?

No, a la fecha no tenemos tercerizada ninguna actividad.

³² <http://www.sa-sanmiguel.com>

¿Qué lo llevó a resolver que no existe una necesidad de tercerizar en San Miguel Uruguay?

Considero que en nuestro país no está muy desarrollado el concepto de tercerización, fundamentalmente para actividades intensivas en lo que refiere a mano de obra. Sin duda se encuentra más desarrollado en aquellas actividades que involucran inversiones como ser en maquinaria agrícola.

Sin embargo, lo que se recoge de experiencias locales y fundamentalmente de experiencias argentinas donde se utiliza mucho la tercerización, es que la empresa se debe concentrar en su propia actividad y tercerizar actividades que no son fundamentales ni críticas, máxime teniendo en cuenta que la nuestra es una empresa de marcada sazonalidad. De esta manera la tercerización te permite reducir los niveles de inversión y gestión por el concepto sazona. De otra manera hay que tener un staff de recursos, sobre todo mandos medios calificados, durante muy buena parte del año, y en algún momento se encuentran ociosos.

¿Considera que se reducirían los costos administrativos, fundamentalmente de de monitoreo y gestión, si se decidiera tercerizar?

Se reduciría el costo fijo de muchas áreas de apoyo, fundamentalmente en un negocio sazonal como el nuestro. Sin embargo aumentarían los riesgos de supervisión de calidad. Si estos controles se mantienen en la empresa, se pueden fidelizar con el proyecto, con el negocio, y siempre van a tener mejor calidad que si se tercerizan. Por otro lado al ser la combinación de capital y trabajo la empresa subcontratada aportaría por industria y comercio. Sin duda los porcentajes de aportación desalientan para que los costos de tercerizar sean menores a los costos contratar tu propio personal. Cuando se planteó en nuestra empresa si debíamos tercerizar o no, las cargas sociales del área servicio te inviabilizaban una posible tercerización. También a la hora de analizar los costos asociados, tenemos en cuenta que la empresa ha tenido reclamos en el pasado por tercerizaciones, y a

raíz de la subsidiariedad existente en la legislación actual, se decidió no tercerizar. Prefiero “tener la certeza da lo que hago y no la incertidumbre de lo que hace el otro”.

¿En función a lo anteriormente dicho, consideraría tercerizar alguna actividad de ser económicamente viable?

Me podría plantear tercerizar algunas áreas que implican inversión en maquinaria que fuera a utilizar ocasionalmente, como podría ser un servicio de poda mecánica. Este sería un claro ejemplo que sería viable realizar un pool y utilizar la maquinaria entre varias empresas. También arrancar árboles o realizar movimiento de tierras implicarían una necesidad de inversión considerable, que podría traer una posible necesidad de tercerizar.

¿Qué impacto considera que tiene esta nueva legislación acerca del régimen de tercerización?

Considero que el régimen actual tiene todas las características de ir más allá de la relación contractual entre el que presta y el que recibe el servicio. Por abusos en el sistema que hubo en el pasado, por el incumplimiento del Estado en los controles, se pone al contratante en el rol de controlador, ejerciendo el rol que tiene que ejercer el Estado. Las consecuencias de esos abusos las estamos viviendo hoy en día. En Argentina no se concibe una empresa como la nuestra que no tenga tercerizada el servicio de plantación, de siembra, de fertilización, de cosecha y de rastrojo. El productor pone la tierra, que incluso a veces es alquilada, pone las semillas, y con el producto recogido hace el negocio comercial. San Miguel Argentina terceriza la cosecha por poner un ejemplo. Genéricamente, en Argentina, es muy común la tercerización en la recolección de frutas u hortalizas. Esto se debe a que la empresa suministradora de mano de obra no es una empresa que subcontrata gente, sino que es un tercero, o una agrupación de terceros que contrata gente de las bolsas sindicales. Todo está mucho más institucionalizado, y permite que no haya abusos del lado de los empleadores.

24 de julio 2009

6.2 Entrevista con el Ing. Alido Nogueira (Soluciones Forestales)

Comente los aspectos generales de la empresa

Soluciones Forestales S.A es una empresa dedicada a la suministración de mano de obra en lo que refiere a la parte operativa del proceso forestal, tareas como plantaciones, laboreos, manejo de rebrotes, aplicación de productos, entre otros. Tiene una vida aproximada de 2 años en el sector.

Dentro de los clientes más importantes se destacan Forestal Oriental y Eufores.

La fortaleza de la empresa es la seriedad con la que trabaja cumpliendo con los contratos y con las exigencias laborales que existen para las tareas que se desarrollan.

El Ing. Alido Nogueira es uno de los dos socios de Soluciones Forestales S.A.

¿Cuál es el número de empleados que trabaja para Soluciones Forestales?

Se trata de un negocio que tiene sazonales y es por esto mismo que la administración de los empleados es una tarea importante. En periodos de zafra se alcanzan a los 140 empleados con contratos a término para el período en que se debe desarrollar la tarea. En períodos en que no se esta de zafra la empresa tiene la política de quedarse con alrededor de 30 empleados, y así, mantener la plantilla mas eficiente y capaz. A los mismos se le asigna otras tareas en diferentes campos en dicho período.

El criterio de selección de personal es buscar gente de la zona que sea capacitada; si no hay se los capacita, y en caso de necesitar se trae gente de otros lados.

A todos se les paga por destajo de manera de motivar al personal

¿Cuál cree que son las necesidades de sus clientes para contratarlos a uds.?

El cliente al subcontratar se ahorra la gestión y administración de los empleados lo cual hoy en día es una tarea muy engorrosa para las empresas Existen muchas normas laborales, mucho papeleo, negociación con sindicatos, problemas personales de los trabajadores que muchos de ellos terminan siendo problema de uno mismo.

Al mismo tiempo las empresas deben concentrarse en su objeto, en aquello que realizan con éxito. En el caso de las empresas mencionadas su fuerte es la cosecha y la venta de madera o chips, dependiendo del caso. Si realizarían todo el proceso necesitaran una súper estructura para poder gestionar todas las actividades y por tanto tendrían unos costos fijos muy altos.

El hecho de trabajar en el campo con tanta gente, obliga a generar una estructura de control, la cual también tiene su costo y que debería existir para cada distrito. O sea, tendrían que tener varias empresas y si no es parte de la operativa de mis clientes es lógico que surja una necesidad de mis servicios.

Al mismo tiempo estarían destinando mucho capital de giro en algo que no es su objeto, teniendo el costo de oportunidad de utilizarlo en lo que realmente les interesa, en su verdadero objeto.

¿Cómo es su competencia en el sector?

Existen variadas empresas que realizan las mismas tareas que Soluciones Forestales, pero creo que la competencia es muy buena para motivarse y auto exigirse en procura de mejorar la eficiencia.

Al mismo tiempo nos complementamos en caso de no dar abasto para determinado trabajo. Por tanto existe una gran relación con ellos. De todos modos, considero

competencia a aquellas empresas que trabajan a mi mismo nivel, empresas que cumplen con las normativas y que son serios, donde el encargado de plantación es una persona idónea, las que se manejan con profesionalismo. Aquellos que no lo son, trabajan a otro nivel y por tanto no compito con ellos.

Al tener una vida de 2 años no cuentan con una basta experiencia en el sector sin las leyes de tercerizaciones vigente. ¿Pero se vio modificada su operativa o su administración de la empresa a raíz de las mismas?

Nosotros siempre trabajamos con empresas certificadas donde dichas regulaciones de tercerizaciones ya venían de antes por F.S.C. (Forest Stewardship Council). F.S.C. es más exigente que la normativa laboral legal, por tanto cumplimos con varios requisitos más que no son exigidos legalmente. Por tanto no nos modificó en nada, dado que ya nos exigían anteriormente los controles y requisitos que dichas leyes establecen.

De todos modos, cumplir con todo esto te diferencia de los demás, por tanto lo veo como algo bueno. Al mismo tiempo, si por desgracia llega a haber algún accidente laboral yo se que estoy cumpliendo con todas las exigencias legales y más aún.

¿Es posible que dichas leyes hayan favorecido a las empresas con mayor estructura patrimonial dado que sus clientes buscan proveedores que cumplan con sus obligaciones laborales y por tanto disminuir sus contingencias por este rubro?

Sin duda. En el caso de Forestal Oriental tienen exigencias de ese tipo. Incluso buscan empresas con una estructura mayor a al mía. Yo logre empezar a trabajar para ellos por contactos. Es claro que me dieron una oportunidad y me probaron. Lo único que me pidieron era que no les falle. Yo me destaco por la seriedad y el cumplimiento del trabajo, tengo un estudio contable “Solutions” y un abogado Dr. Galeano que mejoran la chapa de la firma, pero sin duda que es una limitante a trabajar, por lo menos, con empresas del tamaño de Forestal Oriental o Eufores.

¿Cuentan con maquinaria propia para realizar los trabajos o la alquila?

Contamos con diversa maquinaria pero principalmente para plantación. Se cuenta con camionetas, tractores, zorras, pulverizadoras, excéntrica, disquera, entre otras. Tenemos costos fijos los cuales no siempre acompañan a la amortización fiscal. En caso que tengamos trabajos grandes se llama a otros que trabajen con nosotros o directamente cedemos el trabajo. Hay veces que es necesario alquilar algún tractor pero el tractorista es nuestro. De todos modos no es política de la empresa subcontratar maquinas ya que contamos con la maquinaria acorde a nuestra capacidad operativa.

En un caso hipotético en que la legislación vigente se modificara transformando a la empresa principal como agente de retención o sustituto de los haberes de los empleados. ¿Le afectaría a su actividad dado que no cuenta con esos fondos para aplicarlos en otras cosas en el periodo en que se le paga y realiza los aportes o se beneficiaría?

A mi me vendría fantástico. De todos modos la plata que se me paga para esos pagos nunca la utilizó como capital de giro. No lo tomo en cuenta para otra cosa dado que existiría un alto riesgo por los vencimientos de los pagos con los ingresos. De todos modos lo veo muy perjudicial para la empresa principal dado que existen muchísimas altas y bajas en mi rubro y resultaría muy engorroso dado que es uno de los grandes problemas o tareas que la empresa que me contrata se quiere ahorrar. En un día quizá son muchas altas y bajas. En mi caso tengo el estudio contable que se encarga de todo eso. Además existen ciertas tareas que complican más aún la liquidación de los sueldos y haberes como retenciones de ANDA, retenciones judiciales, retención de ANICO entre varias más. Son muchas exigencias que en cierto modo lo veo beneficioso dado que eliminas como competencia a los más chicos y sin duda a los informales. Yo prefiero pagar un estudio y me olvido de esos temas que suman costos administrativos como secretarias, administrativos, telefonistas, etc., que son costos fijos y además nos permite dedicarnos de mejor manera en lo nuestro.

24 de Julio del 2009

6.3 Entrevista con el Dr. Alejandro Castello

Alejandro Castello es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales egresado en 1991. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República. Ex Becario del Curso de Especialización en Derecho del Trabajo de la Universidad de Bologna. Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesor Asistente de Relaciones Laborales en los procesos de integración, Carrera de Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Co-Director del Anuario de Jurisprudencia Laboral. Integra el cuerpo de redacción de la revista de Derecho Laboral. Miembro del Grupo de los Miércoles fundado por el Prof. Américo Plá Rodríguez. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autor de libros y publicaciones especializadas en Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales. Ha participado en diversos Congresos, Jornadas y eventos académicos nacionales e internacionales.

La regulación de la Tercerización

Comenzó en la década del noventa y ha tenido un gran progreso y desarrollo en todo el mundo en los últimos 15 años. Comenzando en Estados Unidos, pasando a los países europeos, Japón, para luego expandirse al resto del mundo.

En el Uruguay el marco normativo era antiguo, provenía de la década del 40, y estaba pensado desde otro punto de vista. Fue incluido en una ley del consejo de salarios, y fue concebida para la intermediación de la mano de obra en un marco de responsabilidad subsidiaria. Luego el fenómeno económico de la tercerización se volvió una actividad mucho más compleja y variada.

Aún cuando sólo existía la mención de la responsabilidad en la ley de consejos de salarios, en Uruguay existían otras situaciones de responsabilidad donde se involucraban a las empresas contratantes. Esta practica ya era común en nuestro país, donde se buscaba responsabilizar a las grandes empresas de las situaciones creadas por vinculadas o asociadas, en las distintas formas jurídicas de conjuntos económicos o la de empleador complejo. Había todo un desarrollo doctrinario y jurisprudencial para vincular a este tipo de empresas.

Aplicación de la ley

Con esta ley se han intensificado las demandas contra terceros. Ha tenido un efecto disfuncional, por ahora los abogados han utilizado la ley de manera abusiva, aplicándola a casos para los cuales no estaba pensada.

La gran preocupación que existía desde años antes de esta ley, se concentraba en sectores de actividad en los que existían empresas intermediarias o suministradoras de mano de obra muy frágiles desde el punto de vista patrimonial. Puntualmente empresas de seguridad y de limpieza, las que cerraban frecuentemente dejando insatisfechos los créditos laborales.

Este tipo de empresas tendían a cerrar y a volver a abrir, algunas por razones de fraudes y otras simplemente por su situación económica. Es un sector de bajos salarios, de infraestructuras mínimas, donde se generaba una problemática que había, claramente, que atender.

La jurisprudencia entendía que la ley de consejo de salarios, no abarcaba o no comprendía esas situaciones. Esto generaba situaciones de injusticia e inequidad en la práctica. Esta fue la razón de la creación de la ley 18.099, pero esta fue mucho más allá, intentando abarcar casos para los cuales no está pensada en un principio, por lo que fue el comienzo de la polémica.

La idea era solucionar un problema claro en un sector frágil, en el cual no se aportaba un desarrollo técnico o tecnológico sino que era principalmente mano de obra, actuando casi como empresas suministradoras o proveedoras de mano de obra. Hay una utilización directa de la empresa principal del trabajo. Esta situación justifica, tanto en Uruguay como en el resto del mundo, una regulación de la actividad.

¿Se cumplió el objetivo de regular este sector de la actividad?

En este sector no hay duda que se solucionó, dado que a texto expreso se incluyó en la ley, generando una formalización, regulación y normalización de la actividad, mejorando los estándares de los niveles de trabajo. En este aspecto cumplió un rol muy importante la ley.

¿La formalización se dio en aquellas situaciones en las cuales ocurrían fraudes o se dio una normalización de la situación salarial del sector?

Las empresas principales ahora que saben que son responsables solidarias o subsidiarias en forma clara y determinante, sin discusión ni debate, toman un mayor cuidado en cuanto a la contratación de las empresas que brindan estos servicios. Esto hace que las empresas que quedan son más serias, generando un mejor criterio en la selección del proveedor. Este objetivo de la ley fue correcto, el problema es que la ley fue más allá.

La ley quiso abarcar todas las situaciones de contratación que realizara una empresa, y es ahí donde creo que es disfuncional desde el punto de vista económico, y tampoco creo que haya un fundamento jurídico para atribuir responsabilidad en todas las ocasiones de subcontratación. Esto no ocurre ni en aquellas legislaciones que son más estrictas que la nuestra.

¿Hay un impacto económico al haber quedado aquellas empresas con una capacidad patrimonial mayor y una mejor formalización?

Yo creo que si, que ese sector se formalizó bastante. No puedo afirmar que haya habido una disminución de los puestos de trabajo, no creo que haya ocurrido, pero lo que sí puede haber pasado, es que en esas actividades (vigilancia, seguridad, limpieza y mantenimiento) haya existido una incorporación de personal directo por parte de muchas empresas.

Esto ocurre, por un lado, por las posibles contingencias que pueden recibir las empresas, y su conocimiento de que algunos sectores no son lo suficientemente formales como para contratarlas. Por otro lado todavía existen razones económicas, tecnológicas y operativas por las cuales se sigue tercerizando estos servicios.

¿Ha habido casos donde empresas han caído dentro del ámbito de la ley, cuando en realidad estaban ante un contrato comercial?

Creo que este es el punto disfuncional de la ley. Se está dando en la práctica que trabajadores realizan reclamaciones por créditos laborales ante empresas que no tiene un vínculo directo y real con el empleado. No hay una subordinación mediata, real, donde el trabajador trabaje en el lugar físico de la empresa principal o reciba órdenes directas por parte de esta.

Un caso en la práctica puede ser un molino de arroz que contrata el servicio de transporte a una empresa de fletes, donde luego un chofer del camión tiene un conflicto laboral con su empresa, y termina involucrando a la empresa principal. Claramente la ley no esta pensada para esta situación. ¿Qué vinculación laboral directa o indirecta puede existir entre ese trabajador y el molino de arroz? Ninguna. El trabajador no recibe órdenes directas de esas empresas, y tampoco desarrolla su actividad en el lugar físico de esta. El único vínculo que existe es comercial con la empresa que encarga un servicio de transporte.

¿Qué resultados se han obtenido de esta situación particular? ¿Ha sido justificable la inexistencia del vínculo laboral? Dado la redacción de ley, esta situación quedaría comprendida como tercerización.

La ley establece algunos parámetros, lineamientos generales para hacer responsable al empleador. En esta situación creo que no alcanza, no está comprendido. La ley dice que una empresa comitente que encarga un trabajo a otro es responsable, siempre que ese encargo esté dentro de la actividad normal y permanente o la actividad principal que realice la empresa.

En esta situación particular es muy claro que un molino de arroz, cuya actividad principal es el procesamiento de arroz, cuando contrata un servicio de transporte, no está realizando una acción propia del ciclo productivo de la empresa. Si se utilizara un criterio tan amplio, en el que esta actividad quedaría dentro del ámbito, entonces la empresa sería responsable por todo. No existe una razón que lo justifique.

Deben existir algunas condiciones para que se contemple el fenómeno, como ser que el trabajador realice la actividad dentro del ámbito físico de la empresa principal, que reciba órdenes directas o indirectas, o este bajo la supervisión de personal directo de la empresa. Es acá donde se ve un aprovechamiento claro del servicio, del trabajo prestado por el empleado.

En cuanto a las situaciones reales, ¿qué impacto se ve en la aplicación de las leyes?

En materia jurisprudencial todavía no hay fallos, es muy temprano para evaluar si los jueces van a aceptar un criterio amplio o reducido en la interpretación de la ley. Es muy reciente la existencia de la ley, y se van a necesitar unos años (2 o 3) para ver el temperamento o criterio de los jueces.

En la práctica, no jurisprudencial sino forense, se ve una aplicación o interpretación amplia del concepto de responsabilidad de la ley. Hay muchos reclamos frente al MTSS o en materia extra-administrativa de trabajadores que intentan involucrar a clientes de su empleador de manera no justificada.

Si este criterio amplio llegara a ser aceptado por los jueces, las empresas deberían tomar en consideración prever en sus balances las posibles contingencias generando problemas económicos.

Viendo que se está ante una ley que protege al trabajador, ¿hay una posibilidad que los jueces puedan llegar a tomar un criterio amplio?

Yo creo que existe un riesgo relativamente alto de que los jueces acepten una tesis amplia. El principal argumento, entre muchos, es que en general la jurisprudencia laboral se acomoda a las coyunturas ideológicas y políticas. No digo que haya políticas partidarias, sino que la jurisprudencia en general, se va acomodando al entorno y a las ideas dominantes. Pero en Uruguay esto se da con un cierto rezago, entonces es probable que la primera época de aplicación de esta ley, tomando el contexto 2005-2010, se dé de una manera muy amplia. Y es probable que esta se vaya atemperando en la práctica. Que en un futuro se vaya tomando un criterio medio, atenuando las diferencias.

Las modificaciones futuras, ¿cree que serán en la redacción de la ley, o en los fallos jurisdiccionales?

En cuanto a los fallos por parte de los jueces creo que serán a favor del trabajador, tomando un criterio amplio de la interpretación de la ley.

Por otro lado, en relación a una posible modificación de la ley, creo que debería de realizarse. Principalmente se debería restringir el concepto que da la ley de “subcontratación”. Creo que es correcta la responsabilidad que otorga la ley en cuanto a intermediación y suministro de mano de obra. En cuanto a los cambios creo que la razón debe ser que no hay una justificación jurídica para la forma en que está redactada.

La modificación va a depender de los resultados electorales, y del contexto en que quede comprendido el país. No creo que se vaya a derogar la ley, dado que es correcto el

objetivo general que tiene. La regulación va a existir, y ese es un punto en el cual todos los partidos estuvieron de acuerdo.

Viendo las ventajas (seguridad del trabajo), y las desventajas (económicas y jurídicas en las empresas), ¿qué cree Ud. que estaría pesando más para cambiar o modificar esta ley?

Está pesando el ámbito de responsabilidad muy amplia, la cual debería acotarla en la cantidad de casos a aplicar. No justifica que se responsabilice en toda contratación comercial.

¿Cree Ud. que debería hacerse una lista taxativa en cuanto a los sectores, tipo de empresas, tamaño o alguna característica en particular?

Creo que la responsabilidad debería quedar limitada a los casos de intermediación y suministro de mano de obra, en estos dos casos estamos todos de acuerdo. Los términos en los cuales están definidos en la ley son los correctos utilizados en todo el mundo.

El problema es en la definición de “subcontratación” en el primer artículo de la ley 18.251, donde se toma un criterio que abarca un universo muy grande de casos. Creo que debería quedar circunscripto a las actividades centrales - neurálgicas de una empresa. Si una empresa contrata con otros servicios que comprenden actividades esenciales, que son parte del corazón mismo de la empresa, se justifica que exista responsabilidad.

El problema hoy es que abarca a actividades periféricas y secundarias. Incluso la forma en que está definido actividad normal y permanente no es la correcta. Por ejemplo si un banco contrata una agencia de publicidad para hacer una campaña, hoy en día, si un empleado de la agencia tiene un conflicto puede llegar a involucrar al banco. Esto no es correcto, y carece de sentido. El objetivo y actividad principal del banco no es la publicidad sino el negocio financiero y bancario.

Otra situación diferente sería si el banco tercerizara parte de su actividad administrativa, realizara un outsourcing, pero en las propias oficinas del banco, entonces se deberá considerar que alguna responsabilidad debería tener el banco.

¿Cuál es su opinión en cuanto a la responsabilidad subsidiaria y solidaria?

Esa discusión en mi opinión no tiene sentido. La única diferencia es una cuestión del tipo procesal. Cuál es el momento del trámite judicial en el que se puede reclamar el pago de una sentencia condenatoria a la empresa principal.

Cuando la responsabilidad es subsidiaria se le exige al trabajador que primero intente el cumplimiento del pago de la sentencia a su empleador. Si fracasa ese intento, tiene una segunda instancia donde pasa a cobrárselo al responsable subsidiario. En el trámite judicial es una diferencia de 60 días.

En la responsabilidad solidaria una vez que está el fallo, yo puedo reclamarle a cualquiera de los dos de manera indistinta.

¿Usted cree que no hay una diferencia en cuanto a la posibilidad de ir primero contra el patrimonio del empleador? Más si este es suficiente como para cubrir los créditos insatisfechos

No, dado que la diferencia entre las dos responsabilidades es de 60 días en un trámite judicial. La subsidiariedad consiste en que el trabajador debe primero reclamar frente a su empleador directo, y si este no responde, se lo debe reclamar al otro.

O sea, ¿la mutación a la responsabilidad no se da si no tiene suficiente patrimonio para responder, sino que si no responde a la exigencia de pago?

Es correcto, el detalle del patrimonio suficiente. La exigencia legal para que se de ese segundo paso, es que se debe intimar el pago del crédito y luego se realiza un embargo

genérico. Esto es un requisito suficiente como para luego poder iniciar acciones legales contra la empresa principal.

¿Entonces Ud. no cree que haya una diferencia entre subsidiariedad y solidaridad?

No creo que tenga relevancia desde el punto de vista contable, económico o financiero.

Luego del estudio de la normativa, ante la dificultad de modificar las leyes y buscando una solución para las dos partes, llegamos a un mecanismo que creemos podría ayudar al equilibrio de la situación. Este método se basa en crear la figura de responsable sustituto el cual retendría parte del precio para hacer frente a los créditos laborales a pagar a la empresa contratada. ¿Cuál es su opinión sobre la posibilidad de implementar este mecanismo?

Creo que no sería viable por varias razones. Por un lado tenemos la dificultad de cálculo, dado que la ley abarca tanto créditos laborales, como salarios, seguro y prima, por lo tanto ¿cómo se determinaría el monto a retener del precio?, y más en un intermediario que trabaja para varias empresas, por lo que los costos salariales y otros estarían divididos y repartidos entre varias empresas.

Como segunda crítica veo que, el hecho de realizar las liquidaciones y demás tareas administrativas por parte de la empresa principal, sería totalmente engorroso, aumentando los costos y problemas que conlleva, cuando en realidad es una de las razones por las cuales se tercerizan estos servicios.

Para darles un ejemplo, esta ley se aplica al Estado, por lo cual este debería liquidar los sueldos de sus 200.000 funcionarios más los que subcontrata que deberán ser al menos otros 200.000. Se debería crear un organismo que se dedicara exclusivamente a realizar esta tarea.

En la ley está prevista la retención para el caso en que se dé un incumplimiento.

¿Le parece que debería dejarse este mecanismo como opcional para las empresas?

Creo que no dado que el mecanismo me parece impracticable.

Dado que ya se debe exigir la documentación a la empresa contratada para disminuir la responsabilidad a subsidiaria, ¿no se podría también retener algún monto ficto de manera de disminuir esta responsabilidad y así tener una parte del precio con la cual hacer frente en caso de incumplimiento?

En cuanto a realizar liquidaciones o tareas similares ninguna empresa lo aceptaría. En cuanto a determinar un monto ficto me parece que no habría un criterio uniforme, correcto y fácil de aplicar para lograrlo.

Creo que sería muy inteligente por parte de una empresa crear un departamento que le realice todas las liquidaciones a sus subcontratados, siempre que el monto de servicios contratados lo justifique y el costo de realizarlas no sea de gran importancia. Pero creo que la posibilidad de realizar estas tareas debe ser una opción comercial de la empresa y no debe estar redactado en una ley. Es un consejo profesional de un asesor.

Igual creo que su idea es muy interesante e incluso se ha aplicado en Uruguay. Tengo entendido que en el caso de Botnia existía una administración que realizaba todas las liquidaciones de todos los subcontratistas, y de esta manera la empresa se aseguraba que los montos pagados en concepto de salarios y cargas sociales fueran los correctos y se cumpliera con todos los requisitos.

Pero esto se dio dado que fue un proyecto internacional, de montos muy grandes, por un periodo de tiempo determinado y con unas características muy particulares. La idea es muy buena, pero debe aplicarse en un contexto comercial y no legal.

3 de Agosto de 2009

6.4 Entrevista con el Dr. Leonardo Slinger (Guyer & Regules - Stora Enso)

Leonardo Slinger, abogado, desarrolla sus actividades principalmente en el Departamento Laboral. Es profesor de Derecho Laboral de la Universidad de la República, de la Universidad Católica del Uruguay y de la Universidad de Montevideo. Su práctica incluye el asesoramiento en contratación laboral, reorganizaciones empresariales, así como en negociaciones con gremios en casos de conflictos colectivos y temas de seguridad social. Es especialista en derecho laboral. También es el coordinador del Departamento Contencioso, brindando asistencia en juicios laborales, civiles y comerciales. Es miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y Vice Presidente de la Asociación Uruguaya de Relaciones Laborales. Es autor de distintas publicaciones en temas laborales.

Antecedentes de la ley de tercerizaciones

Luego de la entrada en vigencia de estas leyes, aunque ya existía una responsabilidad solidaria por la ley de consejos de salarios, se incrementó de gran manera la cantidad de juicios, especialmente en el sector forestal.

En la ley de consejo de salarios se limitaba a los salarios mínimos, ¿qué cambios vio en las nuevas leyes?

Aún cuando la ley de consejo de salarios sólo mencionaba los salarios mínimos los jueces habían interpretado que esta abarcaba todos los créditos de carácter salarial. Hubo sólo dos sentencias que tomaron en cuenta solamente los salarios mínimos, luego modificó el criterio y se formó una jurisprudencia. Lo que si quedaron fuera son los créditos indemnizatorios, los créditos de seguridad social y de seguros.

¿Han aumentado de manera considerable la cantidad de demandas y juicios desde la vigencia de estas leyes?

Sí, se han incrementado de manera sustancial. En el sector forestal los juicios se incrementaron, pero también fueron de la mano del desarrollo de este sector, por lo que no se sabe que es causa y que es consecuencia. O sea, los juicios aumentaron porque aumentó la mano de obra ocupada en el sector o porque la ley dio un marco en el cual se puede ir directamente contra la empresa principal. Creo que hay un poco de cada tema.

También afecta el hecho de que los empleados estén más sindicalizados, no por el hecho de existir un patrocinio sindical, el cual en nuestro caso no ha ocurrido, pero sí porque los trabajadores están más informados.

¿Qué criterio creen que van a tomar los jueces con respecto a los fallos?

Todavía estamos en etapa de contestación, y contrademanda. No hemos tenido ningún fallo todavía.

Una de las cuestiones más importantes es el criterio que tomen los jueces sobre qué se considera como actividad principal y cuál como secundario o accesorio. Y si además estas últimas actividades van a ser tomadas de manera taxativa o enunciativa. (Seguridad, vigilancia, limpieza, mantenimiento). A mi entender dicha enumeración es taxativa.

¿Qué criterio cree Ud. que van a tomar en cuanto a las actividades accesorias?

En todos los casos defiendo que son casos en los cuales no se cae dentro del supuesto de subcontratación, sino que son contratos comerciales. Pero me parece difícil que los jueces acepten este criterio.

La razón por la cual creo que va a suceder esto es porque la ley da una definición amplia, y van a ser restrictivos en cuanto al concepto de actividad accesorio pero en cuanto a la actividad principal o conexas van a utilizar un criterio más amplio.

En estos casos decir que este tipo de actividades (plantación, silvicultura, cosecha) son actividades propias de la empresa forestal estaría dentro un concepto correcto. Otro problema es que los jueces no saben el nivel de solvencia de los intermediarios, y si mañana no condenan a estas empresas (Stora Enso, Forestal Oriental, Wehierhuaser) quedarían los créditos insatisfechos, por lo que en una primera aproximación van a tomar un concepto mas amplio.

En los juicios en los cuales Stora Enso participa, ¿el trabajador ha demandado a título solidario?

En estos juicios el trabajador tiene que demandar a título solidario, y es la empresa la cual tiene que oponer la subsidiariedad. Es la empresa la que debe demostrar que cumplió con los controles que la ley establece.

¿Cree Ud. que la subsidiariedad (presentación de documentación) es realmente un mecanismo válido para la empresa principal para lograr disminuir la responsabilidad?

El trabajador va a demandar a título solidario, en el mecanismo se va a exigir que se realice una intimación de pago y luego se proceda con un embargo genérico. En caso en que no se conozcan bienes, entonces se irá a título solidario contra el principal, pero si esta información sobre bienes que el intermediario posee entonces primero se deberán liquidar esos bienes para hacer frente al crédito.

Cómo se va realmente a aplicar el mecanismo procesal todavía, no se sabe. El mecanismo sin la liquidación de bienes era el que rigió para la anterior ley de consejos de salarios, pero ahora qué criterio o requerimientos van a exigir los jueces, no se tiene conocimiento. No están regulados por el Código Civil ni el Procesal. Qué métodos o actitudes para defenderse el principal no se conocen todavía.

Va a depender de las empresas, las que van a tener que convencer a los jueces que evalúen la posibilidad de que se puedan dar a conocer bienes para hacer frente a los créditos. Entonces el proceso, en sí, no puede regirse como se hacía anteriormente dado que se puede tener una responsabilidad subsidiaria.

Lo que creo que van a tomar los jueces va a ser una posición en la cual van a aceptar la demanda a criterio solidario y van a exigir a la empresa principal que demuestre su subsidiariedad.

¿Ud. cree que habría que realizar una modificación al concepto de subcontratación?

Va a depender del criterio que va a tomar cada juez.

Racciatti, el redactor de la ley, entendía que fue un error que la ley definiera el concepto de subcontratación. El creía que se debería haber quedado con la ley 18.099 y que fueran los jueces los que fueran determinando el concepto, creando una jurisprudencia.

¿Cómo asesor de Stora Enso, en qué actividades tercerizadas de la empresa se han visto los principales problemas en cuanto a estas leyes?

En las actividades principales, directamente relacionadas con la actividad forestal, sea plantación, cosecha, tratamiento de herbicidas, entre otras. No hemos tenido ningún juicio con respecto a una actividad accesoria.

¿Está Stora Enso realizando alguna acción de contralor de documentación?

La empresa está empezando a exigir toda la documentación, pero también trae aparejado otro problema, que es el uso que se le da a esa información. Simplemente se guarda y ya se está cumpliendo, o se debe auditar. No está definido el procedimiento.

No se definieron el alcance de los controles que se deben realizar con la información. Sí se debe controlar que estén bien liquidados los haberes o simplemente cotejar que cumplan con los requerimientos legales.

En la actualidad nuestros clientes están tomando distintos tipos de posiciones, algunos creen que alcanzan con pedirla, pero otros exigen que se audite y controle.

¿Toman en consideración la capacidad patrimonial de los intermediarios para la exigencia de la documentación (simplemente pedirla o auditarla)?

Cuando se realiza una contratación, se toma en cuenta el historial del contratista, más que su capacidad patrimonial, la cual es difícil de determinar.

Un punto positivo de esa ley es que esta saneando el mercado, dado que está dejando aquellos intermediarios que son serios, que cumplen con las exigencias de documentación y que liberan a la principal asumiendo ellos mismos los créditos exigidos.

Nosotros estamos investigando la posibilidad de la existencia de un método de retención, que liberara a las empresas principales, asumiendo, estas, la calidad de agente sustituto. ¿Cree Ud. que este mecanismo puede coexistir con las leyes?

En nuestro caso actualmente en los contratos hemos puesto cláusulas de retención, por lo que el método ya se está utilizando. Pero la ley establece que son oponibles al trabajador, por lo cual el juicio igual se va a llevar a cabo, lo único que permite es tener una oportunidad de recobro.

Sólo ante una modificación de la ley, en la que se estableciera que la empresa al retener y pagar se deslinda de responsabilidad, haría que este mecanismo tuviera éxito. Pero se soluciona un problema generando otros, como es el hecho de tener que realizar un montón de tareas administrativas que no son propias de la empresa, e igual se mantiene la responsabilidad de la empresa. Por lo tanto muchas empresas están tomando las decisiones de control, no por el hecho de la responsabilidad, sino por su confianza en el intermediario.

Si el intermediario es solvente y es un buen empresario va a pagar siempre, y si es insolvente y no es buen empresario no va a pagar nunca, por lo que voy a tener que interponer una acción de repetición contra alguien que ya sé que no está dispuesto a pagar. Esto afecta directamente a la voluntad de la empresa principal en controlar o no, que es uno de los fines de la ley. Si la empresa determina que el empresario no es de confianza, antes de asumir el costo administrativo directamente no realiza control ninguno dado que ya sabe que va a pagar.

En la actualidad la retención está siendo efectiva ante la exigencia en el cumplimiento de la documentación, de que al menos, al momento del pedido, esté toda en orden. También se aplican mecanismos más estrictos, como el control sobre los empleados para que todo aquel que ingrese a la plantación este en la nómina.

Aunque se esté realizando el mecanismo de retención, este no es práctico. Esto es porque no se pueden retener grandes montos (un mes o dos del servicio), o exigir grandes garantías, dado que si ocurre un despido, ¿con qué garantía o retención hago frente a la obligación que supera ampliamente el monto? Hoy nuestros clientes han tenido estas situaciones donde se han visto obligados a pagar la diferencia entre los créditos y lo retenido, y tienen una acción de repetición contra un deudor que es insolvente.

En su opinión, ¿que mecanismo cree usted que puede ser creado y puede ser llevado a la práctica?

La retención no la veo como una solución práctica dado que uno no sabe hasta dónde tiene que retener, y si puede hacer frente a las contingencias ante un incumplimiento. Incluso esta retención puede ser pactada de manera contractual por lo cual es un mecanismo que no necesariamente tiene que estar indicado por ley.

La solución que creo que se puede aplicar, es la liberación de la responsabilidad de la empresa principal en caso de que cumpla con todos los controles de documentación sobre el contratista. En caso en que no controle, es responsable solidario, si controla se libera.

En juicio deberías demostrar que realizaste todos los controles. Para justificar que se tomo en cuentas todas las medidas necesarias de contralor se podría expedir por parte del estado un certificado donde se especifique que la empresa ha realizado todos los controles y ha presentado toda la documentación exigida.

6 de agosto del 2009

6.5 Entrevista con el Dr. Mario Garmendia

Mario Garmendia. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magister en Derecho (Orientación Derecho del Trabajado y Seguridad Social) (Universidad de la República). Profesor Adjunto (grado 3) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las Carreras de Abogacía y de Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Docente de la asignatura “Evolución del Pensamiento Juslaboralista” en la Maestría en Derecho (Orientación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Coautor, junto con Gustavo Gauthier, del libro “Tercerizaciones”, Fundación de Cultura Universitaria.

¿Qué lo motivó a redactar un libro acerca de las Leyes de Tercerizaciones?

Considero que es uno de los grandes desafíos que tiene el derecho de trabajo para el futuro. Cómo recomponerse y cómo posicionarse frente a una nueva forma de organizarse de las empresas. Existe una complejización de la organización, que llevó a que la tercerización fuera un componente natural de la organización tradicional. Esto determina que la forma que el derecho se ha posicionado, frente a su finalidad de proteger al trabajador, se encuentre a prueba. Considero que la atribución de responsabilidades de carácter de solidaridad y subsidiariedad son mecanismos mediante los cuales el derecho trata de recomponerse frente a los cambios en la estructura organizacional. Siempre teniendo en cuenta la finalidad protectora del trabajador. No tendría mucho sentido plantear una negación a las tercerización, aunque sea una posible forma de precarizar el trabajo. La tercerización es un fenómeno que existe, y lo que se debería hacer, siempre teniendo en cuenta la finalidad del derecho laboral de protección al trabajador, es tratar de, como dice Castello, buscar los antídotos.

¿Piensa que las Leyes de Tercerización cumplieron los objetivos para los cuáles fueron promulgadas?

Tengo la impresión, desde el punto de vista práctico, que si bien las leyes son muy distintas a la ley 10.449, la distancia no es muy amplia. En la práctica la diferencia entre la solidaridad y la subsidiariedad no es muy amplia. La subsidiariedad se activa cuando le trabas embargo genérico al obligado principal y este no responde. Por lo cual, en la práctica no existe mucha diferencia.

Además existe otra diferencia entre la ley 10.449 y la legislación vigente. El objeto material donde recaía la responsabilidad. En la primera eran los salarios mínimos fijados y hoy sobre las obligaciones laborales. Sin embargo la ley 10.449 fue aplicada con mucha amplitud por parte de los jueces. Considero que estas leyes han tenido un efecto preventivo muy importante. Las empresas han seleccionado muy bien a las empresas con las que contratan. En esta línea creo que la ley ha tenido mayor impacto.

¿Qué evaluación realiza del impacto de las mismas en el sector productivo uruguayo?

Se dio un efecto preventivo al solicitar la información. Creo que está existiendo una depuración, una formalización de los sectores. Considero en este sentido que la selección de las empresas suministradoras de mano de obra se realiza en función de la seriedad y responsabilidad que estas empresas tengan, más que el análisis patrimonial o solvencia que puedan llegar a tener. Sin duda la empresa más seria te va a cobrar más caro, pero es una depuración natural de las empresas poco formales. Este efecto preventivo, es psicológico, no jurídico, pero sin duda es real.

¿Piensa que tuvo alguna consecuencia particular en el Agro, como principal sector productivo uruguayo, en relación a los demás sectores económicos?

Si bien no tengo demasiada experiencia en el sector rural, y hablando puntualmente en el sector forestal, sin duda existió una formalización considerable. Más teniendo en cuenta el gran número de empresas poco serias que existían en el ramo. Además el trabajador rural

siempre fue relegado de la protección normativa y práctica, y esta normativa regulariza un poco la situación.

Teniendo en cuenta que aún no ha habido ningún fallo al respecto de estas leyes, y teniendo en cuenta que se está ante una ley que protege al trabajador, ¿cómo piensa que podrían resultar los fallos? ¿Cómo sería la interpretación de las normas?

Creo que el hecho de no haber fallos está íntimamente relacionado con el efecto preventivo que están teniendo estas leyes. Si bien, a pesar del poco tiempo de vigencia de las leyes, podría existir algún fallo. Sin embargo no los hay aún.

Con respecto a las obligaciones que deben estar incluidas en la responsabilidad, en la doctrina hay discrepancias acerca de las obligaciones de hacer, y aquí los jueces van a tener que dar su postura. También con respecto al hecho que muta la naturaleza de la responsabilidad de solidaria a subsidiaria, que considero que es suficiente con exigir la documentación. Sin duda el criterio de la racionalidad va a ser fundamental para los fallos que van a tener que realizar los jueces.

Es probable que tiendan a restringirla. Capaz que la ley puede ser, en su redacción de algunos puntos demasiado pro-operario. Cuando la legislación protege mucho, el juez trata de equilibrarlo restringiéndola. Sin embargo es muy difícil de predecir.

¿Piensa que se debe mejorar la legislación vigente?

El hecho de que exista poca distancia temporal entre las dos leyes da la pauta que la legislación se realizó de manera apresurada y quizás poco meditada. Sin duda la normativa no es una belleza desde el punto de vista técnico, existen redacciones que pueden traer complicaciones para interpretar y aplicar. Por lo cual, creo que desde el punto de vista técnico se podría redactar algo mejor. Sin embargo, en cuanto a las soluciones de fondo, considero que puede llegar a haber diferencias en cuanto al grado o intensidad de protección, pero la tendencia en cuanto a ubicar responsables a través de instrumentos,

como lo son estas leyes, es generalizada en el derecho comparado. A grandes líneas, las leyes recogen la situación mundial que se está dando en cuanto a las tercerizaciones. Se podrá discutir acerca del grado de responsabilidad, pero en cuanto a las soluciones de fondo, considero que son correctas.

¿Qué solución considera que se podría plantear de modo de reducir la responsabilidad del principal en la tercerización sin perder el objetivo de proteger al trabajador?

Creo que los fondos de garantías pueden ser una solución muy viable. Estos se podrían solventar con aportes del trabajador, de los empresarios y hasta incluso del Estado. Esto subsanaría la contingencia que tiene la empresa principal por el no pago de la empresa intermediaria. También se podría implementar algún mecanismo de retención similar al del Aporte Unificado de la Construcción.

7 de agosto del 2009

6.6 Entrevista con Sra. Sandra De León (Gerente de Recursos Humanos de Forestal Oriental)

¿Cuál es la estructura de Forestal Oriental?

Forestal Oriental cuenta hoy con 340 personas divididas en distintas áreas de negocios.

Entre las actividades que desarrolla la empresa, tanto con personal propio en algunos casos como tercerizado en otros se encuentran el vivero, plantación, silvicultura, cosecha, transporte, entre muchas otras.

La razón por la cual se terceriza en parte es porque Forestal Oriental no puede lograr la especialización que si puede una empresa que se dedique enteramente a una actividad, como por ejemplo el vivero. Siempre se mantiene la supervisión por parte de la empresa de manera de tener control sobre cómo se desarrolla la actividad.

¿Forestal Oriental contrata personal para desarrollar la actividad del vivero y mantiene su supervisión, o contrata un servicio a una empresa?

Forestal Oriental contrata una empresa, para que desarrolle determinada actividad dentro de ciertos parámetros, tanto de calidad, rendimiento, seguridad, entre otros. Nosotros realizamos la actividad de control para asegurarnos que el producto o servicio a entregarnos contemple nuestros parámetros. Incluso la infraestructura así como insumos, herramientas y demás, son todos proporcionados por nosotros.

¿En cuanto a la actividad de cosecha, Uds. tercerizan o desarrollan la actividad?

Ambos, tenemos cosecha propia y tenemos tercerizada. La parte que es propia es totalmente mecanizada a través del uso de Haurests y Forwarders. En cuanto a la parte

tercerizada, hay mecanizada y semimecanizada. Se utiliza esta segunda forma debido los tipos de montes, o terrenos que no deja que entren las maquinas o no justifica su traslado debido al tamaño de este.

¿Por qué se dio la decisión de tener parte de esta actividad tercerizada y parte desarrollarla como propia?

Se debe a que cuando Forestal Oriental comenzó con la actividad, y debía realizar la cosecha, no existía en plaza proveedor de maquinaria o empresa que se especializara en la cosecha mecanizada, por lo que se debió importar las maquinas y manejarlas por propia gente de la empresa.

¿Qué proporción de personal es propio y cuanto tercerizado?

La empresa cuenta con una plantilla de 340 personas, y tercerizadas hay alrededor de 2.700 personas, en una cantidad aproximada de 130 empresas.

Dado la cantidad de personal tercerizado frente al personal propio, ¿cómo desarrolla Forestal Oriental su función de control?

Forestal Oriental tiene una estructura de áreas de negocios por las cuales cada área es encargada de controlar, supervisar y es responsable por sus contratistas .Por ejemplo todo el transporte que es 100% tercerizado, esta todo bajo supervisión del área de logística. Complementando al control de cada departamento está el área de Auditoria que va y controla a las empresas cuando cree necesario.

¿Tienen algún mecanismo específico para la selección de los proveedores de servicios?

Tenemos un sistema para evaluar al contratista, donde creamos un historial de este, de manera de ir guiando al contratista en todo lo que respecta a las exigencias legales que

tienen. Dado que es una industria muy nueva, nosotros hemos ido desarrollando contratistas para convertirlos en empresarios.

¿Están certificados por F.S.C.?

Si, nosotros estamos certificados FSC, y cada año debemos enfrentar auditorias internacionales que contemplan muchas de las exigencias legales de las leyes de tercerización.

¿Han tenido repercusiones legales en materia laboral por estas leyes?

Usualmente si un trabajador tiene problema con un contratista por algo en respecto a estas leyes se citan no solo al contratista sino también a Forestal Oriental.

7 agosto del 2009

6.7 Entrevista con la Cra. Nany Mulattiery (Forestal Oriental)

La Cra. Mulattiery es la encargada del área de auditorias de Forestal Oriental, encargada de planificar, administrar y ejecutar los controles que realiza la empresa de sus subcontratistas.

¿Cuál es la necesidad de Forestal Oriental de tercerizar?

No se terceriza por el hecho de abaratar, sino por un tema de especialización de ciertas tareas. La estructura del negocio es así. Tenemos una estructura de control, de gerenciamiento de las tareas.

¿Al tercerizar también se los contrata con maquinaria?

Si, se los contrata por el trabajo que deben realizar y por tanto es necesario que cuenten con la maquinaria necesaria para realizar las tareas.

¿Al seleccionar suministradores de mano de obra se hace un análisis de los mismos?

Si, se realiza un estudio riguroso de los mismos. Se le pide todo lo que exige la ley y más aún.

La empresa se encuentra certificada internacionalmente como FSC (desde antes de la aparición de las leyes), la cual tiene unas exigencias de documentación y calidad para con los contratistas mayor a las establecidas por la ley.

¿Se toma en cuenta la capacidad patrimonial de los subcontratistas a la hora de seleccionarlos?

El patrimonio no es un criterio, aunque es claro que debe tener la capacidad para realizar los trabajos que se solicitan. Pero la empresa tiene una política de desarrollo de los suministradores de mano de obra. Esto consiste en formarlos desde el punto de vista empresarial, explicándoles todos los requisitos que deben cumplir, las obligaciones que tienen al tener una empresa, pagar B.P.S., B.S.E., los sueldos en fecha, cumplir con el trabajo en tiempo y forma. Se realizan charlas informativas donde se le comunica lo que Forestal Oriental pretende de ellos. Al mismo tiempo si necesitan alguna máquina se les puede prestar, así como si tienen alguna necesidad financiera también se procura de ayudarlos en ese tema.

Existe una realidad y es que los suministradores de mano de obra nos necesitan a nosotros y nosotros los necesitamos a ellos, por tanto se procura de mantener una buena relación y tratar de desarrollar empresarios serios que trabajen con nosotros. Cuando existe alguna irregularidad en los papeles se les cobra una multa de manera de tratar de que estén al día con las exigencias y mantengan su empresa en orden. Pero tratamos de evitarlo de manera de trabajar y desarrollar una relación de trabajo de largo plazo.

¿Cada cuánto tiempo se le solicita la documentación?

Todos los meses. Se les realiza una auditoría y en caso de no cumplir con algún requisito se le cobra la multa, es claro que depende de la falta. Las multas más duras son en caso de encontrar alguna falta con el B.P.S. o B.S.E. (U\$S 100). También con DGI pero es una multa menor en este último caso.

¿Qué documentación se le solicita?

Se le solicita certificados de B.P.S., boletos de pago de B.P.S. y B.S.E.. Los recibos de sueldos no se solicitan por un tema de practicidad ya que son muchísimos recibos. Se realizan controles aleatorios. Contamos con una planilla donde se registra todo lo controlado y se escanea toda la documentación solicitada. También se audita en el campo y

se solicitan de manera aleatoria cédulas a la gente que esta trabajando de manera de chequear que estén en la planilla de trabajo. Hasta pago mínimo de B.P.S. se le acepta para no ser multado.

De todos modos, aunque se solicite toda esta documentación se sigue siendo responsable. ¿Qué piensa al respecto?

Si, se sigue siendo responsable pero al solicitar toda esta documentación cambia el tipo de responsabilidad, según la ley la misma pasa de solidaria a subsidiaria. Hasta el momento no tuvimos ningún problema legal con este tema.

Lo que nos pasa bastante es que esa solidaridad en ciertos casos nos da un papel paternal frente a los trabajadores. Es algo complicado, dado que muchos trabajadores no saben para quien trabajan, creen que trabajan directamente para Forestal Oriental, lo que lleva a que nos lleguen todo tipo de reclamo que no nos corresponde atender. Por ejemplo, nos llaman pidiendo, de repente, botas mas cortas porque hace calor, o que no quieren trabajar en el horario que se les pide. Quizá son entendibles los reclamos o las observaciones pero no las deben realizar a Forestal Oriental sino a su empleador. Pero esto en el campo se da muchísimo.

¿Los suministradores pueden a su vez subcontratar?

No. Salvo expresa autorización no están permitidos a subcontratar. En caso de no llegar al límite temporal para terminar las hectáreas objetivo se habla, se analiza. Pero perderíamos control de la situación si comienzan a trabajar con nosotros suministradores que nosotros no conocemos. Queremos contratar suministradores de mano de obra que nosotros conozcamos y tengamos confianza y si permitimos este tipo de prácticas podríamos trabajar con gente que no conocemos y ampliamos el riesgo.

En la ley 18.251, en su artículo donde define el alcance de la ley, quedarían comprendidos los fleteros en caso de tomar un sentido amplio de la definición, ¿Qué opina de esto?

Aún no hubo fallos al respecto. Pero creo que eso no es por la ley, eso existió toda la vida. Como dice el dicho, mas vale un mal arreglo que un buen juicio. Creo que en caso de que sucediera es entendible, lógico que suceda algo así, más allá que siempre existen vivos. Nuestros abogados dicen que esos casos son casi imposibles que nos demanden a nosotros dado que no es la intención de la ley y que se trata de un contrato comercial o sea se le da el trato como si fuera mercadería. Inclusive al hablar con el sindicato SUCTRA, son concientes de que la ley no los ampara en este sentido. Pero es claro que se utiliza a las empresas grandes para realizar algunos reclamos, quizá sin intención de ir a juicio pero hay muchas cosas que se arreglan sin ir a juicio.

Nuestra operativa la podemos dividir en 3, una la parte que va desde el vivero hasta la cosecha, la cual no hay duda que la ley los regula, ya que son parte de nuestra operativa y son tareas que se desarrollan bajo nuestra supervisión y en nuestro patrimonio.

La segunda parte es la de los fleteros, la cual nuestros abogados están seguros que no corresponde incluirlos en la ley. De todos modos nosotros realizamos todos los controles, se le pide toda la documentación.

La tercera parte es la de portería, limpieza, y el resto de las tareas de apoyo, la cuales los abogados nos dicen que si están comprendidas, aunque sea la limpieza del fin de semana a quien casi no conozco y que claramente no es parte de la operativa de Forestal Oriental. Por lo que le exigimos la documentación correspondiente.

¿Cómo ve la posibilidad de realizar retenciones de manera de minimizar las posibles contingencias?

En ciertos casos se realizan retenciones. Tanto de certificados como de un porcentaje del precio en caso que estén en deuda con algún proveedor. Nosotros nos aseguramos que primero cumplan con su gente y después de sus deudas. Exigimos la liquidación de la quincena. De todos modos las retenciones no son tan frecuentes.

En caso de nosotros retener sus haberes le estaríamos haciendo nosotros la administración, por lo que no le veo muchos sentido ya que nosotros los estamos contratando a ellos. Además puede que la empresa este haciendo varios trabajos al mismo tiempo e inclusive el trabajador en diferentes trabajos por lo que nos sería imposible retener para pagar sus obligaciones.

Lo que nosotros proponemos es realizar un proceso similar al de la construcción, donde se retiene un porcentaje de lo pagado para pagárselo al B.P.S. y que éste se encargue de administrar esa retención. ¿Qué opina?

Bueno, el caso de la construcción es diferente ya que se le da de alta a cada construcción, en nuestro caso son empresas que pueden estar trabajando en diferentes cosas, y su pago de B.P.S. es solo uno por todo lo que este haciendo la empresa en el período correspondiente.

Nosotros en caso de que se tenga algún problema financiero se le habla y se trata de arreglar el problema. Como te decía, nosotros necesitamos de ellos y que tengan algún inconveniente financiero no quiere decir que sean delincuentes. Se analiza cada caso. Es por esto que la confianza es importantísimo y la buena comunicación.

En caso que no se le pague el sueldo, enseguida reclaman y es parte de lo que se les dice en las charlas de derechos del trabajador que se les dan a los mismos. Mandan muchísimos reclamos siempre.

Hasta ahora, en estos 19 años nunca hemos pagado B.P.S. por otro.

En caso de terminar el trabajo del suministrador y deja pendiente de pago los haberes de los empleados, ¿qué mecanismo tiene de manera de cubrirse frente a los reclamos de los trabajadores hacia Uds.? Por ejemplo, sueldos, IPD, etc...

Bueno, en primer lugar el trabajo se basa en la continuidad. La idea es desarrollar relaciones de largo plazo, lo que minoriza a posibilidad que suceda algo así.

En segundo lugar, los montos no deberían ser importantes en caso que se trate de un suministrador relativamente nuevo, dado que al principio son pocos trabajadores. No se acepta uno que de primera tenga 500 trabajadores, ni 200, ni 100. Sino que arrancan de a poco y van creciendo a medida que se va desarrollando una confianza con el mismo.

Y, finalmente, a nosotros nos llegan los certificados de B.P.S. al tiempo de finalizado el trabajo por lo que debería cubrir en gran medida la posible contingencia.

De todos modos la idea es seguir trabajando con ellos y ellos con nosotros. El que no cumple no trabaja más con nosotros. Pero no se puede desconocer la existencia de falta de profesionalismo del empresario en este ramo.

¿Qué opinión le merece la aplicación de las leyes de tercerizaciones?

Es claro que si surge la necesidad de regularizar legalmente una situación es que antes la misma era irregular. En nuestro caso, ya veníamos implementando todos y más controles sobre los que la ley exige.

Al mismo tiempo y por esto mismo es que en cierta manera nos favoreció este nuevo régimen dado que obliga a empresas que compiten con nosotros a ponerse a tiro. Lo veo como una manera más justa de competir, porque lo que a nosotros nos costaba 150 al otro le costaba 100. Si se quiere hacer todas las cosas bien cuestan más caras, por tanto había antes otras empresas que ahorraban en estos temas. Ahora todos jugamos en la misma cancha. Hay muchos lugares donde es muy irregular el tema trabajo, sobretodo en lugares

de la frontera. Ahora es exigencia legal y por tanto regulariza todo el sector, creo que le hace bien al mismo.

Soy consciente que existe mucho abuso de la normativa y habrá que esperar como fallan los jueces al respecto. Pasa que un trabajador que no le pagan lo que corresponde y a la hora de reclamar, se lo hace a las últimas empresas para las que trabajo. Nos llegan varias demandas de trabajadores que están reclamando cosas pero por incumplimientos cuando estaban trabajando para otra empresa contratante, pero de todos modos hay que presentarse con abogado. Eso es muy costoso, pero no es por estas leyes exactamente, sino que eso ocurre en el derecho del trabajo en general.

13 de Agosto del 2009

6.8 Entrevista con el asesor legal de la Asociación Rural del Uruguay, Dr. Juan Pedro Irureta Goyena, asesora legal de la Federación Rural del Uruguay, Dra. Fernanda Maldonado y el Dr. Roberto Falchetti.

¿Qué opinión tiene usted respecto del fenómeno de la Tercerización?

Es un fenómeno que se da, en mayor o menor grado, en todas las regiones del mundo. No se trata de tener una opinión buena o mala, es algo que está allí, y no se gana nada negando que existe.

¿Cree que hay una tendencia generalizada de este fenómeno en el Uruguay y en la región? ¿Cuáles serían las razones?

En la región existe una percepción negativa de los gobiernos respecto a la tercerización, percepción que tal vez responde a concepciones ideologizadas.

El recurso a la tercerización se debe a que una empresa no siempre necesita trabajadores permanentes para algunas tareas que no lo son. En este contexto, contrata el servicio a otra empresa que se lo provee con maquinaria y/o personal especializado para desempeñar esta tarea. En otras oportunidades, se estima conveniente recurrir a personal más especializado. La tercerización permite una mayor especialización de la mano de obra, al mismo tiempo que se ocupan muchos trabajadores en otras firmas. Al respecto, es bueno tener en cuenta que las empresas tercerizadas ocupan un significativo número de trabajadores.

¿En el uso de la tercerización, es posible garantizar los derechos laborales y previsionales de los trabajadores?

Una legislación equilibrada y que se cumpla permite garantizar los derechos laborales de los trabajadores. La ley 10.449 establecía un mecanismo razonable, que era la

responsabilidad subsidiaria del contratante por los salarios mínimos que adeudaran lo subcontratistas o intermediarios.

¿Usted, como asesor legal de la A.R.U., consideraba necesario que existiera un marco legal que regulara las tercerizaciones laborales en el sector rural uruguayo?

Algunos fenómenos posteriores a la ley 10.449, como las sociedades unipersonales, tal vez hacían necesario que se ajustaran algunas de sus disposiciones para adaptarla a la nueva realidad. Pero el camino seguido, con la aprobación de las dos leyes de tercerizaciones, tal como fueron en definitiva aprobadas, no sólo no tiene justificación histórica sino que establece lo que probablemente sea una de las peores leyes adoptadas en este período de gobierno, al implantar legalmente la falta de certeza y la inseguridad jurídica para los establecimientos que tercerizan.

¿La Asociación Rural entendía necesaria la promulgación de una ley que regulara el tema de la tercerización? ¿Con qué contenido?

Por las razones expresadas, la legislación anterior daba una razonable garantía, más allá que alguna jurisprudencia había extendido desmesuradamente su alcance a todos los créditos salariales y no sólo a los mínimos como establecía claramente la ley.

¿Qué participación tuvo la A.R.U. en la redacción del proyecto de ley que culminó en la ley 18.099? ¿Tuvo la Asociación Rural algún tipo de participación activa en el proceso de elaboración de las leyes que regulan el tema? ¿En qué consistió?

No con respecto a la primera. Es importante tener en cuenta, que fue el propio Poder Ejecutivo, que -sin perjuicio de haber agendado el tema Tercerizaciones en ambos Consejos Tripartitos (Superior y Rural), desconociendo esos ámbitos creados a su impulso, envió al Parlamento un Proyecto de Ley al respecto. En el Consejo Superior Tripartito se había adoptado, por unanimidad, o sea, también con los votos del Poder Ejecutivo, la resolución de crear una Comisión Tripartita para estudiar el tema de Tercerizaciones. El

Poder Ejecutivo jamás convocó a esa Comisión Tripartita, y en lugar de ello envió al Parlamento el Proyecto de Ley.

Ese primer Proyecto fue luego modificado por el Parlamento. Si bien intentamos –junto a otras gremiales rurales (Federación Rural, Asociación Nacional de Productores de Leche y Comisión Nacional de Fomento Rural, aportar nuestras opiniones sobre dicho nuevo Proyecto en la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Representantes, este fue votada sin tener en cuenta las mismas. Es más, la delegación empresarial fue recibida el día antes de la aprobación de la ley, con todo ya decidido.

Vigente la ley 18.099 y luego de que todas las Cámaras empresariales en conjunto, repudiaron no solo los aspectos de fondo sino formales de la Ley, fueron consultadas por el Poder Ejecutivo. Se respondió en conjunto por unanimidad de más de 23 Cámaras Empresariales. Pero la actitud permanente de la actual Administración es formular una consulta formal, y luego no tener en cuenta ninguna de las observaciones empresariales. Es más, muchas veces esas opiniones no sólo no fueron tenidas en cuenta para mejorar el texto para los empresarios, sino para empeorarlo. Y eso fue lo que sucedió en este caso. La ley 18.099 fue modificada, pero no para tener en cuenta las observaciones empresariales, sino para hacerla aún más gravosa para los empresarios.

¿Qué propuestas y soluciones planteó la A.R.U. frente a dicho proyecto? ¿Qué respuestas se obtuvieron?

Básicamente se solicitó que el art. 1 de la ley aclarara expresamente que la responsabilidad solidaria no abarcaba a la contratación directa, sino solamente a la subcontratación, intermediación y suministro de personal. Se solicitó asimismo que la ley no se aplicara a las actividades zafrales.

El resultado de estas solicitudes empresariales fue que el art. 1 se modificó para incluir la contratación directa, y se incluyó a las actividades zafrales en la ley, o sea, todo lo contrario a lo solicitado por la Asociación Rural.

Sin perjuicio de ello, y de manera incomprensible, el Sr. Ministro de Trabajo ha continuado diciendo que se hizo lugar a los planteos empresariales, cuando en realidad se estableció a texto expreso la solución inversa a la requerida por el sector empresarial.

¿Qué opinión le merece el tipo de responsabilidad solidaria que determinaba la Ley N° 18.099?

Establecía, y con un alcance desmesurado, la responsabilidad solidaria, aunque la limitaba a los casos de subcontratación, intermediación y suministro de personal, no comprendiendo la contratación directa.

¿Y la responsabilidad subsidiaria establecida en la Ley N° 18.251?

Como se dijo, bajo el pretexto de tener en cuenta los puntos de vista empresariales, la referida ley empeoró ostensiblemente, y aún más, la ley 18.099, y ahora hay responsabilidad solidaria no sólo por subcontratación, intermediación y suministro de personal, como decía la ley anterior, sino también en caso de contratación directa.

Y en cuanto a la responsabilidad subsidiaria que estableció la nueva ley, no es cierto que implique una mejora real para el empresariado, porque todos sabemos que en la práctica los reclamos se dirigen desde un principio contra ambas empresas, la responsable principal y la responsable solidaria. En la práctica no hay diferencias.

¿Cuáles fueron los puntos fundamentales que provocaron la crítica de su sector respecto al contenido de ambas normas?

En primer lugar, el hecho de establecer la responsabilidad solidaria. Es imposible que una empresa contratista esté al tanto al detalle de cómo actúa la contratada. Puede pedir recibos y constancias, pero nunca podrá controlar rubros determinados y muy caros, como ser las horas extras o la subdeclaración de sueldos para aportar menos al B.P.S.-. En

segundo lugar, la empresa que hace esos controles no debería tener ningún tipo de responsabilidad, ni solidaria ni subsidiaria. En tercer lugar, no debería haber responsabilidad alguna en caso de contratación directa, sino únicamente en caso de subcontratación, intermediación o suministro de personal. En cuarto lugar, los rubros comprendidos en la responsabilidad se han agrandado desmesuradamente.

En su opinión, ¿fueron recogidos dichos planteos?

No fueron recogidos. Se llamó a una consulta para “tener en cuenta los puntos de vista empresariales”, y la ley que salió es aún peor que la anterior.

¿Considera que La Ley N° 18.251 requiere de un decreto reglamentario? ¿Sobre qué puntos?

Cuanto menos regulaciones laborales apruebe la presente Administración, mejor.

¿Qué opinión le merece la exclusión explícita del Servicio de Distribución del alcance de esta norma?

No le vemos explicación lógica, y no ha sido explicada por nadie. Ninguna Cámara empresarial la pidió. Habrá que preguntarles a los legisladores que la propusieron y la votaron.

¿Cómo le afecta a la Asociación Rural este nuevo marco regulatorio?

A los productores rurales los afectará sensiblemente, ya que varias tareas del agro suelen ser tercerizadas, tanto más cuanto no duran todo el año sino que se caracterizan por su zafralidad.

¿Cuáles serían las consecuencias de la ley para nuestro país en el corto y largo plazo? ¿Puede afectar el desarrollo productivo y las fuentes de trabajo, especialmente en la micro y pequeña empresa?

En el corto plazo no se notará demasiado, aunque ya hay conflictos laborales de empresas subcontratadas que repercuten en las contratantes. A largo plazo, vemos una marcada litigiosidad laboral, y una pérdida aún mayor de certeza jurídica en cuanto a las obligaciones laborales que una empresa que terceriza en realidad está asumiendo. Allí se verá el costo real de esta aventura legislativa. También se perderán puestos de trabajo, porque varias empresas están cortando sus vínculos con empresas tercerizadas, cuyos operarios quedan sin trabajo (salvo en la pequeña medida que sean absorbidos por la contratante).

¿Hay algún punto de su interés que no se haya considerado en esta entrevista sobre el que quiera hacer algún comentario?

Sí. Si bien se nos expresó por los legisladores que apoyaban el proyecto, que su intención no era acabar con las Tercerizaciones sino que el objetivo central de la norma era corregir los abusos en la contratación laboral, las normas votadas dejan en evidencia lo primero. La ofensiva contra la tercerización emprendida por el Parlamento respondió a reclamos sindicales.

17 de agosto del 2009

6.9 Entrevista con el Dr. Octavio Racciatti

Asesor del Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Fue uno de los principales asesores de dicho Ministro en la elaboración de la ley 18.099.

¿Cómo surge la idea de cambiar la regulación vigente por la ley de consejo de salarios acerca de la tercerización laboral?

Surge a través del Consejo Superior Tripartito (en el año 2005), donde se formuló una agenda de temas a tratar, en la que cada uno de los integrantes puso un tema que le interesaba. Uno de ellos fue el tema de libertad sindical. Y otro que surgió fue el de tercerizaciones. El tema se encontraba latente en el Consejo Tripartito y en el Consejo Tripartito Rural. La idea siempre fue lograr un consenso. Mi participación fue como delegado del Poder Ejecutivo, como asesor del Ministro Bonomi. Después de varias negociaciones casi se logra un acuerdo, pero no se logró. Yo no soy el redactor de las leyes. No recuerdo quién lo propuso primero, pero salió en la agenda del Consejo Superior Tripartito. El tema de las tercerizaciones se encontraba regulada en la ley 10.449 de Consejo de Salarios. Pero esta ley no daba seguridad a la empresa, ya que existían controversias: los jueces discrepaban entre sí y había tres o más definiciones diferentes de subcontratación. No sé porque, pero el 2006 fue un año donde todo el mundo quiso legislar sobre la tercerización. Algunos ejemplos son la ley chilena de tercerización que inspira un poco a la ley 18.251. En España se legisla acerca de la subcontratación en la construcción. También se legislo del tema en Perú.

¿Considera que en la ley 18.099 se trató de regular a un sector productivo específico o a todos en general?

En esta ley, la idea principal es la existencia de una responsabilidad solidaria, y ampliar la responsabilidad a las obligaciones de seguridad social (en la ley 10.449, los salarios

mínimos) para todos los sectores productivos. No se quiso hacer definiciones sobre el ámbito de aplicación. El proyecto original tenía una redacción diferente. En este sentido fueron dos profesores de la Facultad de Derecho (Osvaldo Mantero y Juan Raso), porque los legisladores les cuestionaban el alcance de esta ley. Raso y Mantero les indicaron que la ley de tercerizaciones ya está redactada (por la ley de Consejo de Salarios), que si quieren volver a legislar, lo que pueden hacer es ampliar la responsabilidad, pero que no introdujeran definiciones, les sugirieron que tomen la expresión de la ley del 10.449 de “todo patrono o empresario que utilice subcontratistas o intermediarios (...)”. La intención en ese momento era ampliar la responsabilidad. Esta ampliación es una seguridad para el trabajador y para el Estado.

¿Qué efectos tuvieron las críticas de la cámara empresarial en la promulgación de la ley 18.251?

Con la segunda ley se trató de llegar a un consenso, y casi se logró. El miembro informante cuenta que se habían logrado acuerdos importantes pero sin duda algún tema quedó sin acuerdo.

¿La enunciación de la ley 18.251 con respecto a “(...) mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia (...)” tiene, a su entender, un carácter enunciativo o taxativo?

Yo pienso que es taxativo.

**¿Cuál fue el objeto de la definición de conceptos amplia que tiene la ley 18.099?
¿Se pensaba obtener jurisprudencia de forma de definir los conceptos de la misma?**

Las definiciones de la ley 18.251 responden a las inquietudes de los empresarios, que sentían una gran inseguridad si no se definían. Hay un principio jurídico de razonabilidad que guía estas definiciones. En la exposición de motivos del proyecto de ley, se cita una frase de un autor español, Manuel Alonso Olea, y dice, comentando una norma equivalente que tienen en el estatuto de los trabajadores de España, que esa norma no pretende

responsabilizar al empresario por la miríada de contratos que él celebra diariamente por su actividad empresarial. Incluso durante la discusión parlamentaria de la primera ley, se planteó una pregunta: “¿qué pasa si contrato el catering de una fiesta de casamiento o de cumpleaños?” Y no pasa nada, eso no es subcontratación. Estoy convencido que los jueces van a aplicar un criterio de razonabilidad.

¿En qué leyes de derecho comparado se inspiraron para redactar estas leyes?

Primero que nada, la ley 18.251 tiene una inspiración de la ley chilena, pero no solamente, también de la ley de contrato de trabajo argentina, y de algo que se planteó públicamente, que es el interés de las cámaras empresariales de acotar el ámbito de aplicación. Al agregar “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia” se acota el ámbito. Sin duda hay una discusión del carácter de taxativa o enunciativa de la enumeración, pero considero que va a predominar la versión de que es taxativa. Esta fue la intención y la misma se encuentra plasmada en las actas de las Cámaras.

¿Considera que existió una formalización de los sectores productivos desde la existencia de esta ley?

Hay sectores empresariales que han considerado que las leyes le contribuyeron a la formalización, pero son sectores grandes. Las empresas grandes no tienen problemas con estas leyes. Raso decía que un empresario razonablemente prudente controla con quien contrata, y eso antes de la existencia de estas leyes. También un abogado asesor de varias empresas importantes, muy conocido, decía a sus clientes que cuando fuera a subcontratar, debería siempre pedir los recibos, sino no se conocen las contingencias que pueden llegar a existir. Por lo cual la formalización debería existir desde antes, pero sin duda ayudó a algunos sectores.

¿Usted considera que las críticas realizadas por la Asociación Rural del Uruguay y la Federación Rural del Uruguay a la ley 18.099 fueron contempladas para la redacción de la ley 18.251?

Está en las actas parlamentarias del Senado y de la Cámara de Representantes. Ahí figura que la ley intentó contemplar las diferentes posiciones, sin éxito.

Teniendo en cuenta que el sector rural es un sector productivo muy particular y sustancialmente diferente al sector de comercio e industria, en el que existe una clara tendencia a nivel mundial que apunta a la tercerización como forma de especialización. Teniendo en cuenta que las leyes 18.099 y 18.251 desestimulan claramente la tercerización por la inseguridad existente acerca de las posibles contingencias a surgir. ¿Usted considera que, en la promulgación de estas leyes, fue contemplada la realidad particular del sector rural?

En la 10.449 tampoco se excluía al sector rural. No conozco particularmente la realidad de este sector.

¿Considera necesario realizar alguna modificación a la normativa vigente?

La ley se puede modificar. No han salido tantas sentencias como para ver por dónde van los problemas, sí se ha escrito bastante, y con diferentes posiciones. En general los abogados relacionados con el movimiento sindical no están de acuerdo con la ley 18.251, ya que achica la responsabilidad, vuelve a la responsabilidad subsidiaria.

¿Considera significativa la diferencia práctica entre la solidaridad o subsidiariedad?

La diferencia es central. El régimen de la responsabilidad solidaria es muy duro. Por un lado por una norma muy vieja del Código Civil que establece que el reconocimiento de deuda hecho por uno de los deudores solidarios compromete a los demás. Y esto es muy

delicado, ya que un empleador se arregla con el trabajador, y se ven perjudicados los demás deudores solidarios. Por otro lado, otro problema que tiene la solidaridad, es el artículo 218 del Código General del Proceso, que algún profesor lo había considerado inconstitucional: alcanza con demandar a un deudor sólo y los demás deudores solidarios quedan comprometidos y no tienen por qué ser notificados, recién se enteran del juicio cuando tienen que pagar. Es un régimen muy duro. Esto no es una norma laboral. La diferencia entre ambas responsabilidades es importante, por los aspectos que mencioné que surgen en el Código Civil y en el Código General del Proceso.

¿Considera que la empresa, al ejercer su derecho a exigir la documentación, muta instantáneamente su responsabilidad a subsidiaria, o es necesario auditar la documentación que se recibe?

La empresa principal no controla, tiene derecho a pedir la documentación. El que controla es el Estado. La empresa principal no tiene responsabilidad de inspector, sí puede solicitar la documentación. Y a partir de esto se evalúa si retiene o no retiene, o si directamente rescinde del contrato.

¿Considera que a través de estas leyes se está tratando de desestimular o prohibir la tercerización?

No, esto está en las actas del parlamento, donde se señala en el senado, claramente, que no se quiere desestimular ni prohibir una forma de organización empresarial que es lícita. Esta no es la solución boliviana. Es una solución con garantías.

¿Considera viable que se exonere de responsabilidad a la empresa principal que solicite y audite la documentación correspondiente?

Esto sería retroceder antes de 1943, antes que la ley estableciera una responsabilidad subsidiaria. Este fue el criterio del primer proyecto del 2005 en el Ministerio de Trabajo, y que después se retiró. Con esta técnica se estaría blanqueando demasiado. “La empresa se

libera de responsabilidad pidiendo papelitos”. La Cámara de Comercio había planteado esta idea. Si bien, puede ser una solución, a mi no me convence. Considero muy excesiva la solución de liberar de responsabilidad. Aquí la Recomendación de la OIT 198, si bien no ha dado una receta, indica que siempre se debería poder identificar al empleador en el caso que se den estas relaciones triangulares.

Teniendo en cuenta que es imposible cuantificar las contingencias que surgen de estas leyes, ¿podría considerar que nos encontramos frente a una inseguridad jurídica que haría que estas leyes fueran inconstitucionales?

No, creo que no. Desde el año 1943 existe una responsabilidad subsidiaria, y nunca se planteó la inconstitucionalidad de la ley de consejos de salarios. La libertad de empresa tiene límites. La Recomendación 198 de la OIT es muy clara. El sistema desde la ley de consejos de salarios funcionó, con discrepancias, pero correctamente. Yo no estoy de acuerdo con una posible inseguridad jurídica. Además la idea de la segunda ley es apuntar a certezas.

¿Cómo ve que se van a desarrollar los fallos judiciales asociadas a estas leyes?

Considero que va a ocurrir lo mismo que con la ley de libertad sindical. Se planteó que “era grave, que el mundo se venía abajo”, y después de dos o tres juicios en los que los jueces empezaron a desestimar las demandas, nadie habla de esa ley. Es bueno legislar por consenso, pero la historia laboral de nuestro país muestra que no se logró en muchas ocasiones. Creo que después del impacto, de la polémica inicial de cualquiera de estas leyes, discusiones que han durado décadas, “se van aminorando los problemas, las pasiones, las polémicas”.

21 de agosto de 2009

6.10 Entrevista con el Lic. Aldo Favre (Gerente Recursos Humanos Stora Enso)

Descripción de la Empresa Stora Enso

Stora Enso es una empresa sueco-finlandesa, fusionada en 1998, que se dedica globalmente a la producción de papel, en todas sus formas. La empresa se divide por unidades de negocios, entre las que se encuentran la dedicada al papel fino (alta calidad), la enfocada al papel más común (tipo fotocopia de consumo masivo), también el papel de diario, como todo lo referente a embalaje-packaging.

El negocio se realiza de manera “business to business”, siendo los principales clientes de Stora Enso grandes consumidores de su productos, principalmente empresas como grupos de diarios, empresas farmacéuticas, de logística, entre otras.

Otra de las principales áreas de negocios es la relativa a maderas aserradas, paneles, pisos, pallets, entre muchos otros productos.

En Uruguay la compañía todavía es un proyecto de inversión, que comenzó por el sector forestal, para luego en un futuro pasar a la producción de pulpa, como materia prima de su producción de papel.

Stora Enso en Uruguay

En Uruguay la empresa tiene al día de hoy 34 empleados en su plantilla.

Hasta el momento se ha enfocado en la plantación forestal, utilizando para las actividades que conlleva empresas especializadas en el rubro, por lo que terceriza el 100% de estas tareas. En promedio hasta el año 2008 ha tenido entre 200 y 250 personas tercerizadas.

El negocio se desarrolla con este enfoque de tercerización dado que el principal objetivo de la empresa en Uruguay es la compra de tierras y su posterior plantación. En un futuro se ha planteado la posibilidad de la instalación de una planta de celulosa, donde dado el volumen necesario de materia prima, se tomara en cuenta si es posible continuar tercerizando los servicios o si es necesario asumir algunos bajo el control de la empresa.

¿Cuál es la situación de la empresa luego de las leyes de tercerización?

Dado la nueva situación luego de la promulgación de las leyes de tercerización, creo que se analizará de manera más analítica, en cuanto a los costos, la posibilidad de tercerizar o asumir como propias algunas actividades

En esta nueva etapa de análisis, Stora Enso terceriza parte de sus actividades, las cuales, para realizarlas, se necesita mucha cantidad de mano de obra, y dado que el sector es relativamente nuevo, estas empresas pueden o no tener la especialización necesaria. Además sería necesario crear un sector el cual controle a dichos contratistas, y de todas maneras no se tiene la seguridad de que los riesgos dejen de existir, dado que uno continúa teniendo responsabilidad.

A esta responsabilidad se le debe adicionar las características de las actividades, las cuales se desarrollan en lugares geográficos muy amplios y de difícil control sin controles mecanizados (marcar con tarjeta) que faciliten el mismo.

En mi opinión personal, en la parte forestal no creo que las actividades se vayan a asumir como propias de la empresa. La razón principal es que, dado que estas tienen una marcada sazonalidad, y se necesita una apropiada movilidad por la dispersión geográfica, no veo como productiva la inversión en la maquinaria o en contar con toda la mano de obra como propia.

Stora Enso en el mundo terceriza dichas actividades en núcleos de negocios muy chicos. Especialmente en Finlandia, la actividad se desarrolla por familias que tienen la maquinaria y están especializadas en determinada tarea. Desde el punto de vista del riesgo de tercerizar, este se ve minimizado dado que tienen menos personal dependiente al ser familias. La particularidad de este modelo se da por una cultura europea de desarrollo social, y por ser empresas familiares, financiadas por Stora Enso para comprar maquinaria, que se han especializado logrando una gran eficiencia.

¿Se han visto afectados por reclamos generados por las leyes de tercerización?

Tenemos varios juicios pero todavía no se han tenido resultados de ninguno de ellos. Algunos se han solucionado antes de llegar a la etapa judicial.

¿Qué acciones han tomado para minimizar el riesgo de un posible reclamo?

Se están realizando controles para lograr cumplir con lo que establece la ley, que es demostrar que se desarrollan los mecanismos suficientes para que se cumplan las condiciones laborales.

Estamos exigiendo la documentación a los contratistas y realizando muestreos para luego auditar dicha información y corroborar que cumpla con todas las exigencias legales. La empresa se rige por las normas de ISO 14.001 (medio ambiente) y OSHA 18.001 (seguridad) por lo que antes de las leyes ya se controlaba dicha documentación, y en el caso de encontrar alguna inconsistencia con las normas legales, se emite un formulario de no conformidad dejando constancia al contratista de las desviaciones encontradas.

La actividad de control la tercerizábamos en una gestoría especializada en el tema. Luego al ver que la responsabilidad seguía existiendo, preferimos previsionar la plata que se utilizaba para este servicio para futuros reclamos y contratar una persona para que realizara un mecanismo de muestreo de la información para un posterior control. Esta

empresa que realizaba los controles tenía un costo de entre U\$S 3.000 y U\$S 5.000 por mes.

De esta manera podemos afirmar que las leyes han traído un costo extra para las empresas, dado que antes te asegurabas el cumplimiento a través de condiciones en los contratos comerciales.

¿Se ha visto modificada la selección de proveedores por la nueva situación planteada?

Stora Enso, debido a las certificaciones existentes, tiene un mecanismo de evaluación de los contratistas basado en indicadores (calidad, servicio de entrega, tiempo de respuesta, seguridad) dentro de los cuales se encuentra el cumplimiento de las normas legales laborales.

¿Cree que se está formalizando el sector proveedor de servicios de las grandes empresas forestales?

El sector de los proveedores de servicios ha tenido una mala reputación en el pasado por excesos y abusos que se han realizado. Hay que tomar en consideración que es un sector relativamente nuevo, que tiene entre 15 y 20 años de existencia. A la temprana edad hay que agregarle el hecho de que el sector agropecuario siempre ha tenido, dado las características de su actividad, una semi formalización si lo comparamos con el sector industrial o comercial.

Una de las correcciones que ha habido, ha sido la prohibición de la contratación en segundo grado por parte de las grandes empresas forestales, las cuales lo han exigido como cláusula en los contratos firmados con los intermediarios. Esta práctica, muy común y frecuente en el sector agropecuario, se ha ido modificando y formalizando aún cuando es de difícil control.

Luego del análisis de la situación de las empresas, hemos buscado un mecanismo que equilibre la responsabilidad asumida por las empresas con los controles que se exige a través de las leyes. Uno de esos mecanismos sería la presentación de toda la documentación, en intervalos breves (bimensual), y la auditoría de esta por parte de la empresa principal, de manera de lograr una liberación de la responsabilidad. ¿Como vería usted la implementación de este mecanismo? ¿Cree que la empresa estaría dispuesta a asumir el costo administrativo para liberarse de dicha responsabilidad?

Lo creo muy viable, y lo veo muy positivo en dos razones: primero porque la estructura para el control que exigen estas leyes ya se estaba creando, de manera que se continuaría con este proceso intensificando los controles, los que generan una tranquilidad y un beneficio para la empresa principal. La segunda razón es un tema de la cuantificación de costos, es más simple cuantificar los costos administrativos necesarios para realizar los controles, que las posibles contingencias a generarse ante la cantidad de empleados tercerizados.

Desde mi punto de vista, la tarea de control debería ser propia del Estado y no de la empresa principal. Se debería apoyar el esquema de tercerizaciones, el cual está probado en el mundo que es beneficioso por su especialización, generación de mano de obra, entre muchas razones, dejando al Estado una de sus funciones propias, que es las de contralor.

¿Cuál es la nueva realidad de Stora Enso luego de la compra de Ence, y la posterior fusión con Arauco?

La nueva situación nos deja una empresa con alrededor de 220 personas en la estructura principal, y un aproximado de 1.300 personas tercerizadas en una cantidad numerosa de contratistas. El proyecto de inversión cambia radicalmente frente a esta nueva situación, no sólo por un aumento en los riesgos y costos, sino también, mirando a más largo plazo, en una futura etapa de industrialización.

31 de agosto del 2009

6.11 Entrevista con el Dr. Gabriel Calabuig (Responsable de la División de Recursos Humanos de Citrícola Salteña S.A.)

Descripción de la Empresa

Citrícola Salteña S.A., conocida también como Caputto, es una empresa cítrica establecida en Uruguay en 1945 por Eduardo y Francisco Caputto, que se dedica a la producción y venta de naranjas, mandarinas, limones, pomelos y quinotos. Posee quintas en Salto, Paysandú, Río Negro, Rivera, Durazno, San José, Canelones y Montevideo. Ha establecido una oficina en la Comunidad Europea, producto de su gran éxito en exportaciones a la región.

Actividad cítrica y estructura de la empresa:

En nuestra empresa hay un componente de sazonalidad muy fuerte. Antes ocurría que la zafra se encontraba concentrada en tres o cuatro meses. Hoy, sin embargo, por un tema de desarrollo varietal, se comienza con las primeras cosechas a fines de febrero, y se termina con las últimas naranjas valencias a fines de octubre, principio de noviembre. De esta manera se ha desarrollado una actividad casi permanente en el año. El personal oscila entre 2.000 y 2.900 empleados (entre directos y tercerizados) en función de las necesidades de mano de obra.

La actividad se divide en el trabajo de campo y la actividad industrial del packing, que acondiciona la fruta para su venta. El B.P.S., en esta administración, cambió su criterio, y modificó la naturaleza de esta actividad de packing de rural a industrial, por más que no haya transformación del producto. En la actividad de empaque siempre se contrató personal directo. En este sector, más del 75% de los empleados son mujeres, debido al cuidado que se debe de tener en el empaque. Se encuentra cerca del centro de la ciudad de Salto. En el

mismo no hay mucha rotación de personal. Siempre se ha empleado de forma directa, la mayoría con régimen zafra, y un número muy reducido de forma permanente (no superan de 100 empleados).

¿Cómo Abogado, qué evaluación personal realiza de las leyes de tercerizaciones promulgadas?

Estas leyes innovan en materia de responsabilidades para quienes contratan las tercerizaciones. Creo que, lamentablemente, existe siempre un componente de “efecto péndulo” entre quienes, de una situación, quieren llegar a otro extremo. Un profesor que tuve, José Claudio Williman, siempre decía que “la Norma Jurídica tiene que ir como la mamá, de la mano siempre con la realidad social; el día que esto no pasa, la norma queda sin sentido, se deja de usar, o cae con el paso del tiempo, porque no refleja, en el texto, lo que la sociedad reclama”. Yo creo que este gobierno trató a las relaciones tercerizadas con una rigidez tal, poniéndolas todas en la bolsa de las relaciones insanas, con un efecto de lucro excesivo, de evasión fiscal; y no todas las tercerizaciones son malas, algunas son buenas.

¿Considera importante el fenómeno de la tercerización en Citrícola Salteña?

En empresas como la nuestra, que tiene presupuestos de millones de dólares en el año, cada vez más en el mundo, y le debe pasar lo mismo a los productores de lana, de cuero, de vinos, de plástico; hay que poner más foco en el negocio. Porque la globalización, la apertura de mercados, las barreras para-arancelarias, van poniendo cada vez más escollos en el camino, donde se tiene que poner cada vez más foco en el negocio, para tener mejor fruta y controlar más tus gastos.

Y esto no se encuentra alineado con que el hecho de que una empresa se tenga que ocupar de todo. Por ejemplo nosotros tenemos un parque de maquinaria muy grande. Tenemos casi 50 quintas en producción en Salto, Paysandú, Río Negro San José y Canelones. Y cada uno requiere que se tenga un parque de maquinaria agraria y vial para la

caminería. Una quinta de naranjas, vista de arriba, es como una gran ciudad con cuadros. La caminería es parte importante de negocio, si los caminos están mal, cuando se saca la fruta, esta se machuca y se lastima. Para todo este soporte de maquinaria se tiene que tener un servicio técnico. Hay que tener tapiceros, carpinteros para hacer los cajones. Es lógico que se tercericen todos estos servicios, ya que no es nuestro negocio. Se pierde foco en temas que, la especialización del trabajo, ha ocasionado que lo hagan mejor las personas que se dedican a ello. Esta es una solución que la tercerización le da a las empresas. Y aquí lo más importante, a mi modo de ver, es que es una solución para las empresas muy pequeñas, medianas o muy grandes. Es una solución para todas las empresas.

¿Cuál considera que fue el impacto que tuvieron estas leyes en su empresa?

A la actividad de empaque, dada su característica de ser contratados directamente, estas leyes no le afectaron. Sin embargo a algunos sectores sí. La cosecha tiene un movimiento logístico muy importante. A diferencia de la planta de empaque, que está en la ciudad, la chacra está afuera de la ciudad. Entonces, a las personas que cosechan se las tiene que trasladar. Y nosotros, por un tema de responsabilidad empresarial, los trasladamos en micros contratados. Ahora bien, conseguir cuadrillas, o estar en el barrio, conociendo a las personas que podrían trabajar, implica una estructura de personas interesante. Históricamente se contrataban cuadrillas de cosecha. Se hablaba con una persona que fuera un referente de su barrio en el negocio de las cosechas de naranjas, y esta persona formaba una empresa independiente, armaba la cuadrilla, brindaba los servicios, y Citrícola Salteña se los pagaba.

Acá se distinguen dos caminos. Por un lado, los que sólo actúan con un foco comercial en su negocio, y por el otro, el que, sin apartarse de su foco comercial, trabajaba igualmente con una visión responsable de su cadena de proveedores de servicios o productos. En ese sentido, nosotros ya antes de esta ley, nos encontrábamos con unas tareas de control administrativo, en las que no le liquidábamos lo que se le debía al encargado de estas cuadrillas, hasta que no nos presentara los correspondientes documentos: planillas de trabajo, recibos de pago, etc. Esto se hacía en forma aleatoria. La realidad nos demostró que

una cuadrilla a la que siempre le iba bien en los controles, era porque el encargado era responsable para trabajar. Y a otra cuadrilla que no le iba tan bien, la controlábamos más seguido, porque quizás estuviera pagando algún jornal en negro. Pero no era un método de trabajo estricto.

A raíz de la nueva realidad, con las nuevas exigencias y responsabilidades solidaria y subsidiaria, se introdujo el compromiso de minimizar el riesgo. Aquí se planteó si estábamos en condiciones de controlar a todo el personal tercerizado. La respuesta fue negativa. Tendríamos que haber contratado a un grupo importante de personas, para que ya no se dedique a la administración de nuestro personal, o a la administración contable y financiera de nuestra empresa, sino a la administración de documentación de terceros, y de gestiones frente a la D.G.I. o B.P.S. No lo podíamos hacer.

Entonces empezamos a exigir, a muchos de estos contratistas de cosecha, como requisito (sin condición a ser negociada para mantener la relación comercial) la presencia de un estudio gestor que avalara un comportamiento ético y responsable en el tema tributario. Y a raíz de esto ocurrió lo inevitable. Hubo personas que entendieron que habían cambiado las reglas del juego y se adaptaron a esa nueva realidad comercial y laboral. Y hubo otros que no lo hicieron.

¿Quién asumía los costos de este gestor?

Lamentablemente los terminamos asumiendo nosotros. Pero es preferible este costo adicional, al riesgo eventual que se materialice una contingencia tres años después, y de forma retroactiva, con los costos que esto implica.

¿Cuál era el rol de esta empresa gestora?

Estas gestorías surgen por el desconocimiento de las cuadrillas de la normativa laboral. Se dedican a la liquidación de los jornales y de los aportes laborales. Les gestionan todos los trámites asociados.

¿Cuáles fueron las consecuencias de la desvinculación de algunas cuadrillas por la no aceptación de las nuevas reglas estipuladas por Citrícola Salteña?

Claramente disminuyó la masa de trabajadores para la cosecha. Por esto tuvimos que contratar en forma directa personal de cosecha. Antes de este cambio teníamos tercerizados entre 1.000 y 1.200 empleados para la cosecha. Con la desvinculación de algunas cuadrillas, mantuvimos 500 – 600 empleados en las cuadrillas y tuvimos que contratar directamente otros 500 – 600 funcionarios.

¿Observó alguna consecuencia directa asociada a este cambio en la forma de contratación?

Sí. Asociado a esto te comento que, particularmente, no estoy de acuerdo en premiar por antigüedad, sino al que trabaja más. Por esto nosotros hemos armado esquemas de productividad. Sin ánimo de exagerar, diría que, para algunas mandarinas, se establece un mínimo de productividad para el trabajador. En el 2005 era cosechar 21 cajones, hoy son 17. Lo insólito es que a partir del cajón 17, cuando más cosecha el trabajador, más gana. Históricamente los movimientos sindicales son enemigos de la productividad, en función a una supuesta explotación de los trabajadores. Hoy en día, para esa misma variedad, los cosechadores de las cuadrillas tercerizadas cosechan entre 37 y 40 cajones. Los empleados cosechan entre 17 y 18 cajones. Ha pasado que, empezando a trabajar al mediodía, a las 15 hs., ya cosecharon el mínimo de cajones y no trabajan más, ya que el jornal se le tiene que pagar por ley. Estos son los empleados directos, los contratistas trabajan mucho más. Además hay que tener en cuenta que todos los cosechadores tienen firmado el mismo convenio con sus respectivos empleadores. El sindicato firmó el mismo convenio con los jefes de cuadrillas y con nosotros; por lo que no deberían existir diferencias, pero las hay. De todas maneras hay trabajadores directos que realmente se esfuerzan, pero son la minoría y no superan el 10% o 15%.

Este es el principal efecto negativo que hemos tenido en la empresa. La gran caída de la productividad, por la estabilidad que te da un relacionamiento directo con la empresa, y el concepto de inmunidad que se genera.

Es una mentalidad distinta que genera el hecho de ser empleado directo de la empresa. En un sector como el nuestro, hay que aprovechar cuando el clima nos favorece. Por ejemplo, las naranjas se tienen que cosechar estando secas, sino quedan marcadas y baja la calidad de la presentación. Por esto, quizás tenemos que trabajar un domingo, porque realmente lo necesitamos, porque el resto de la semana no fue buena. Para incentivar esta flexibilidad, decidimos pagar triple el día domingo. La reacción normal podría entenderse que sería favorable, por tener más dinero en el mes. Pero no es así. La mayoría de los trabajadores directos, cuando trabajan un domingo, no van a trabajar hasta el miércoles. Es una mentalidad distinta.

¿En qué repercutió esta caída de la productividad?

La fruta se tiene que cosechar siempre, sino se pierde. De esta manera la caída de la productividad ocasionó que se tuviera que contratar más personal, con el asociado importante incremento en el costo de la cosecha. Este incremento se debió también al proceso de recuperación de salarios y de ajuste, que sin duda es legítimo. El problema radica en que, entre el atraso cambiario y la caída de productividad, existió una repercusión muy significativa en el incremento del costo de la tonelada. Sin dudas se ha dado una reducción más que considerable en el margen. El Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca contrató a un conocido asesor del sector citrícola en España, país que se destaca por su producción citrícola. El consultor nos comentaba que, siendo la citricultura el sector de actividad rural que más gente concentra, era increíble que no existiera una política de Estado que fomentara el crecimiento del sector. Además comentó que en las actuales condiciones el sector no es viable en un plazo de 10 años. Por ejemplo nosotros en 5.000 hectáreas ocupamos a 2.600 – 3.000 personas. Considero que es un sector que realmente debería tener una consideración especial, y no la tiene.

**¿Ustedes están ejerciendo el derecho a ser informados que faculta la ley 18.251?
¿Delegan en el gestor mencionado dicha facultad?**

Como mejor garantía de cumplimiento pedimos a los contratistas que trabajen con un gestor. El costo del mismo lo asumimos nosotros. Pero además tenemos que controlar al gestor. Le solicitamos toda la documentación de respaldo y controlamos nosotros mismos.

El impacto de estas leyes fue muy importante. Un incremento de los costos administrativos por la gestoría, una recarga de trabajo al sector administrativo enorme, pero lo más significativo, la disminución de la productividad, que causa un incremento de los costos de cosechas muy grande.

¿Tuvieron algún juicio por la aplicación de estas leyes?

No hemos ido a juicio. Hemos tenido que responder. Siempre en la órbita del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Nos ocurrió, el año pasado, que contratamos una constructora para hacer una fábrica nueva. A la constructora le pagamos todos los jornales, nos presentaba los certificados de obra, pero a muchos de sus empleados la empresa no le había pagado jornales y tuvimos que responder nosotros.

¿Considera que el rubro horas extra pueden llegar a ser una contingencia considerable en la aplicación de estas leyes para su empresa, teniendo en cuenta lo dificultoso de ejercer los controles correspondientes?

En realidad, en nuestro caso, tenemos bastante acotado ese riesgo. Al tercerizar el servicio de cosecha y contratar micros para el transporte, se controla la hora de llegada y de salida. Ahora, si la empresa que nos presta servicios de transporte para nuestro personal, tuviera problemas con su sindicato, por ejemplo, nosotros tendríamos que responder, y esto resulta irrisorio.

Nosotros en el 2007 facturamos 50 millones de dólares. Antes, teníamos camiones propios. En el 2001, 1,3 millones de dólares era el presupuesto de mantenimiento de la flota de camiones. A este gran costo se le sumaba el foco que había que hacer. Incluso existía un gerente de operaciones. Para tratar de enfocarnos más en nuestro negocio, le dimos a los choferes, con experiencia, la posibilidad de comprar los camiones, y que crearan sus empresas independientes. Tercerizamos toda la flota. Nos lo iban a pagar en cuotas, que les deducíamos de los pagos por sus servicios. No les exigíamos exclusividad, pero sí que tuviéramos preferencia con nosotros. El efecto inmediato se observó en que los camiones se cuidaban más. Las personas, cuando trabajan con herramientas propias, tienden a cuidarlas más. Y los fletes es un ejemplo clarísimo de algo que excede nuestra posibilidad de control. Hay paro en la aduana por ejemplo y es imposible controlar la situación.

¿Considera significativa la diferencia práctica entre la solidaridad o subsidiariedad?

Considero que en la práctica no hay casi diferencia. Hoy en día, lo fácil, es ir a cobrar al que tiene más. Y esto me parece injusto. Es fomentar la cultura de castigar al que crece, al que le va bien. Y no es justo.

¿Cómo considera que se desarrollará de aquí en adelante la gestión de su personal? ¿Se absorberá como empleado directo? ¿O se tratará de tercerizarlo?

Hoy no es nada simple esta decisión. La gestión de una empresa no pasa por un aspecto de contribución. La gestión se encuentra limitada por las relaciones laborales. En el actual escenario sindical, resulta muy complicado deshacer el camino realizado contratando directamente personal para la cosecha. En el actual escenario, en el que las reglas de juego están definidas, pero son muy difíciles de manejar por una empresa, se va a tener que seguir zurciendo un tiempo más, y evaluando paulatinamente que puede ser más conveniente. Si se toma una decisión radical, de por ejemplo, afiliarse a la postura de contratar solamente cuadrillas tercerizadas, estaríamos poniendo en riesgo la cosecha, y hasta incluso una zafra, por posibles huelgas. Y no son riesgos que se quieran asumir. Se me hace muy difícil

evaluar cómo vamos a seguir, y no es por falta de planificación, pero lo vamos evaluando zafra tras zafra, ya que cambian los escenarios. Hasta las relaciones sindicales cambian año tras año.

¿Considera que se debería volver a regular la tercerización?

Creo que de la actual ley de tercerizaciones no nos tenemos que ir a la flexibilidad total en la que, los malos empresarios, que sin duda existen, aprovechen un esquema de tercerización para evadir y explotar al trabajador. Hay que reconocer que la tercerización es una herramienta de gestión importante para la pequeña, mediana y gran empresa, pero tiene que tener ciertos controles.

¿Se debería, entonces, legislar en particular para el sector rural, o para el sector citrícola?

No. Yo creo que se volvería a lo que dijo Batlle con respecto a otro tema: “No hay ciudadanos A y ciudadanos B”. Todos los trabajadores tienen que tener las mismas garantías que el Estado da, a través del correcto empleo de sus habitantes. No creo que haya que clasificar entre unos trabajadores y otros. Es más que conocido que tenemos un Estado con muchos funcionarios. Y la aplicación de estas leyes ha traído aparejada una carga administrativa enorme (junto con la liquidación de las cuotas sindicales y la liquidación de I.R.P.F.). Es una carga de trabajo que la termina soportando la empresa. Considero que el Estado tiene que actuar como policía en esta materia, no la empresa. La empresa no tiene por qué controlar, como está ocurriendo ahora.

¿Considera viable, como posible solución a las contingencias que surgen de estas leyes, la posibilidad de realizar retenciones de los pagos que se realizan a las empresas tercerizadas?

Sí, nosotros lo hacemos. Estipulamos en el contrato que le vamos a retener un 25% del pago del mes, hasta que no presente los certificados de pago, y luego se liberan los fondos.

Las retenciones las hacíamos desde mucho tiempo antes que la ley, por una práctica responsable desde el punto de vista empresario. Pero hacerlo para todos no me parece justo. Es una carga administrativa excesiva. Hay una persona encargada exclusivamente de eso.

¿Considera viable que se exonere de responsabilidad a la empresa principal que solicite y audite la documentación correspondiente?

Puede ser una opción, pero no considero razonable que la empresa principal absorba los costos administrativos del control. El Estado debería ejercer su rol de “Policía” en sentido amplio.

¿Cuál considera la mejor forma de modificación de estas leyes?

Creo que se debería llevar un registro de contratistas por actividad, por ejemplo cosecha. Se le debería dar un certificado anual de cumplimiento con las normas requeridas, y que cada empresa principal le exigiera el certificado del año anterior al contratista para trabajar con él. La empresa no tiene que ser la que arme una estructura para ejercer los controles correspondientes. Ese rol es del Estado.

Uruguay es un país pobre, y como tal hay lujos que no nos podemos dar. A la empresa no se le puede recargar de estos costos administrativos. El mercado interno uruguayo no defiende la estructura de económica de ningún negocio que quiera realmente crecer. Hay que crecer para afuera. Y para afuera no se dan ventajas. En materia arancelaria, en nuestro negocio, corremos con desventajas frente a Argentina, Sudáfrica, Perú. Todos tienen acuerdos arancelarios especiales con la Comunidad Europea. Por eso, no nos podemos dar el lujo de exportar costos de control por leyes que entregan responsabilidades que deberían ser asumidas por el Estado.

Considero que se debe regular a través de la emisión de un certificado de práctica responsable. Luego de pasar satisfactoriamente por los controles del M.T.S.S., del B.P.S., se debería habilitar a trabajar como contratista, como empresario responsable, y que las

empresas principales que trabajen con él, no tengan responsabilidades que surjan de la tercerización. Se puede hacer por 2, 3, 6 meses o incluso un año. Pero ese control lo tiene que ejercer el Estado.

8 de setiembre del 2009

6.12 Entrevista con el Dr. Washington Zapirain

El Dr. Washington Héctor Zapirain mantiene el cargo de Asistente Directo del Ministro de Trabajo y Seguridad Social nombrado por Resolución del Poder Ejecutivo. Fue asesor de dicho Ministro en la elaboración de la ley 18.099.

¿Cuál fue su rol en la elaboración de las leyes 18.099 y 18.251?

Yo participé en la elaboración de la primera norma. De la segunda, por razones personales, me mantuve un poco alejado. En esta etapa se elaboró lo que se pensaba como un proyecto de reglamentación de la ley, pero que por reclamos del sector empleador, terminó surgiendo una ley.

¿Cómo surge la idea de cambiar la regulación de la tercerización laboral que se encontraba en la ley de consejo de salarios?

Viene por una larga historia, por una necesidad de reglamentar el fenómeno de la descentralización, fundamentalmente lo que tiene que ver con la actividad de las empresas suministradoras de mano de obra. Hubo un proyecto, que creo que fue el pionero, del actual Senador Sergio Abreu, proyecto que surgió en 1995 o antes. Proyecto que intentaba regular a las empresas suministradoras de mano de obra. A fines de los 80, principios de los 90, se empezó a utilizar fuertemente esta modalidad de contratación, Manpower es un ejemplo de una empresa que a esa fecha ya tenía bastantes años en plaza. La OIT en 1997 emite un convenio, y después una recomendación, convenio que revisa el Convenio 92 sobre empresas privadas. En 1997 los temas de la subcontratación y la suministración de la mano de obra estaban presentes, no sólo por este convenio, sino porque en Estados Unidos y en Europa se utilizaba mucho estas formas de contratación.

Yo participé de las conferencias como asesor del PIT-CNT, se aprueba el convenio. Convenio que se ratificó en Uruguay. Cuando Pérez del Castillo era Ministro de Trabajo creó una comisión que tenía como objetivo reglamentar ese convenio, que se encontraba ratificado, pero que no se encontraba en vigencia. La comisión se reunió por más de medio año. Se nos había designado a Ameglio y a mí como juristas en la comisión. Una discusión que se manejaba era cómo se resolvía la responsabilidad, ya que en la tercerización existían dos empleadores.

El Frente Amplio en varias legislaturas, había tomado este proyecto de Abreu, le había agregado otras cosas, y creo que llegó a tener media sanción, pero desde la óptica de la izquierda se consideraba que deberían acentuarse algunos aspectos.

Cuando comienza esta Administración, entre las normas y temas importantes que figuraban en la agenda, se encontraba el de las tercerizaciones. Las empresas suministradoras de mano de obra habían reclamado una norma, porque decían que existía una competencia desleal. Que considero que existía, ya que cualquier empresario con un camión y con un grupo de gente, hacía trabajar, no aportaba, no pagaba, era insolvente. En la forestación se utilizó mucho este mecanismo, incluso con condiciones laborales muy precarias. A raíz de todo esto, se incluyó en la agenda el tema de las tercerizaciones.

¿Quién planteó el tema en la agenda del Consejo Tripartito?

Los empleadores habían planteado discutir estos temas en el Consejo Tripartito, tanto Rural como Superior. Si bien se encontraba como un tema agendado para discutir en ambos consejos, el tema no fue planteado. Se formó una comisión en la que participan los asesores del Ministerio: Octavio Racciatti, Álvaro Rodríguez y yo; junto con dos o tres abogados que eran asesores de parlamentarios oficialistas. Así se elabora un borrador del proyecto, que se eleva a consideración del Ministro, y termina siendo el proyecto original que se envía al Parlamento, que después se convierte en la ley 18.099.

Creo que era una ley más rigurosa para algunos, para mi era una ley, no sé si decir más progresista, pero en la que se definían muchas cosas, en comparación con la ley 10.449. Existían algunos temas en este proyecto que eran filosóficos, pero el que gobierna en definitiva legisla en una u otra opción.

¿Considera correcto que se hayan definido los conceptos de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra en la ley 18.251?

Al haber tenido como maestro a Plá Rodríguez, quien era contrario a las definiciones, comparto con Racciatti, que las definiciones consolidan. En cambio cuando no se da una definición, se deja que la doctrina lo resuelva. Creo que la segunda ley agregó cosas que no debía agregar, puntualmente definiciones y además redujo responsabilidades.

¿Cuál fue el objetivo, a su entender, de la promulgación de la ley 18.251?

Creo que la ley 18.251 nació para recoger algunas observaciones que eran ciertas, del sector empleador. Algunas de estas observaciones eran posibles de ser contempladas, pero lo pudieron haber sido a través de una reglamentación. Había otros cuestionamientos que eran de fondo, y en estos era un problema de opción filosófica u orientación legislativa.

Con esta ley se trató de contemplar a los empleadores en algunos reclamos. Esta ley tiene otra finalidad: buscar que los empleadores volvieran a la mesa de negociación. En ese momento se estaba empezando a gestar la actual ley de negociación colectiva. Los empleadores habían puesto como excusa, para retirarse de la mesa de negociación, el hecho de que habían planteado el tema de las tercerizaciones en el ámbito tripartito, y no había sido discutido ahí, habiéndose promulgado una ley que, según ellos, era sin consulta.

¿Cuáles considera que fueron los principales reclamos que hicieron los sectores empresariales?

Frente a la ley 18.251 hubo reclamos de la A.R.U., reclamos de la Cámara de Comercio, de la Cámara de Industria. En el sector rural, en ese momento veníamos llevando un debate de las 8 horas. Todo era un conjunto de temas a tratar. Debate acerca un sector que no había tendido una regulación, salvo un estatuto del año 78, pero no existía limitación de la jornada por ejemplo. Sin duda se planteó la dificultad frente al contralor, pero el mismo problema lo tiene la empresa urbana. Sin duda no es lo mismo una empresa urbana, nucleada, que una empresa en el agro. Pero no debería haber tantas dificultades más que problemas con el que vive en el establecimiento.

¿Cuál considera que fue el efecto de ambas leyes?

Considero que el efecto de estas leyes ha sido positivo. En el sector forestal, en las quintas, en las granjas, en el sector cítrico, donde se utilizaba mucho el personal tercerizado, el efecto fue muy positivo. Estas leyes, junto – con la fijación de salarios a través de los consejos tripartitos rurales, le dieron un marco a una situación que no lo tenía.

¿No considera que, indirectamente a través de la desestimulación a la tercerización que estas leyes tienen asociadas, puede haber un descenso en la productividad de las empresas rurales?

Si hay una baja tan abrupta en la productividad es porque existe una falta de organización. Existen personas que controlan: capataces, y estos deben controlar que la productividad no baje. Ahora bien, aquí hay que analizar el concepto de productividad. Porque este podría haber encubierto una sobreexplotación. Habría que analizar cómo era antes y cómo es ahora. Quizás la productividad estaba basada en un trabajador que trabajaba 8 horas sin poder ir al baño. Siempre hay una discusión acerca del alcance de la productividad, analizando si sólo se basa en el esfuerzo del trabajador o implica un implemento de tecnología, de ergonomía en el trabajo, de la organización del trabajo.

¿No considera que a largo plazo estas leyes de tercerizaciones podrían ocasionar un descenso en la mano de obra, al desestimar la inversión, que necesite de la

tercerización, pero no resulte viable por los costos y contingencias adicionales que surgen de estas leyes?

Esto es una cuestión de filosofía, de concepción. Puedo considerar que las normas laborales son un obstáculo al desarrollo de la economía, o que los obstáculos al desarrollo de la economía no pasan por ahí. Si quiero tener trabajadores en determinadas condiciones, o quiero tener trabajadores en otras condiciones. Si tengo trabajadores que trabajan 16 horas corridas, o que no saben quién es su empleador, o que su empleador no aporta a la caja, o es un insolvente, se tienen que establecer reglas para modificar la situación. Si se tiene un trabajador, que trabaja a satisfacción, con un salario adecuado, en condiciones de trabajo adecuadas, con salud e higiene adecuadas, creo que se tiene una calidad de trabajo mejor. Esta es una vieja discusión de si importa sólo crear trabajo, o trabajo de calidad. Aquí está inmerso el concepto de trabajo decente. En la década pasada se crearon trabajos, pero esos trabajos no reunían la calidad que deberían reunir. Considero que hay un mito que las normas laborales frenan el desarrollo de la economía.

Creo que en esta etapa, la crítica que se puede hacer, es que se hayan creado normas anárquicas, aisladas, fragmentadas, siguiendo el viejo formato. Se sigue con la misma práctica. Es una crítica a esta Administración. Sin embargo comento que el derecho de trabajo, que había retrocedido en los últimos 15 - 20 años, ha tenido un progreso, y se han regulado cuestiones esenciales como la tercerización, la ley de protección a nivel sindical, la ley de negociación colectiva, la ley de limitación a la jornada rural.

¿La enunciación de la ley 18.251 (vigilancia, seguridad, limpieza y mantenimiento) tiene, a su entender, un carácter enunciativo o taxativo?

Yo creo que es enunciativa. Creo que la forma en la que está redactada da indicios de que es enunciativa.

¿Considera que en la práctica existe una diferencia significativa entre la solidaridad y subsidiariedad a los efectos de estas leyes de tercerización?

Sí. Si la responsabilidad era solidaria, se podía ir contra cualquiera. Al ser subsidiaria, no se puede ir contra cualquiera, hay que hacer valer la subsidiariedad. Ahora bien, la solidaridad aparece mitigada porque el principal responde sólo por la cuota parte del tiempo que el subcontratado trabajó con él, y por las obligaciones que se generaron en ese tiempo.

¿Considera viable, como posible modificación a la normativa actual, que la empresa principal se exonere de responsabilidades si, no sólo solicita la información correspondiente, sino que también la audita?

La responsabilidad es un tema central. Los empleadores tienen el derecho a adoptar todos los mecanismos de protección que quieran y utilizar la forma que consideren adecuada. Desde mi perspectiva, lo que se debe proteger, es el trabajador. Las leyes laborales tienen como finalidad proteger a la parte más débil, que es el trabajador, y la responsabilidad es un tema neurálgico.

25 de setiembre del 2009

6.13 Entrevista con el Sr. Milton Castellano

Entrevista mantenida con el Sr. Milton Castellano, Presidente del F.U.E.C.I. y Dirigente del PIT-CNT.

¿Considera necesario que las empresas tercericen parte de sus actividades?

Las tercerizaciones fueron parte de un modelo económico que ubicaba a la organización del trabajo como un recurso más, por tanto, había que ceñirse al mercado y regularse a los parámetros del mismo.

Eso trajo que en la década del 90 un conjunto de sectores de empresas comenzaran a tercerizar actividades que no eran centrales de la empresa. En principio eran las cosas más laterales y posteriormente comenzaron a incluir otras actividades. Creo que a partir de ese proceso va a ser muy difícil que la tercerización salga de las relaciones laborales.

De todas maneras creo que es un instrumento que bien utilizado es muy positivo para las empresas y para los trabajadores y mal utilizado puede ser un instrumento devastador en las condiciones del trabajo, en la calidad del mismo y en el abuso de los trabajadores.

¿Cuáles fueron las necesidades previas, a su entender, que llevaron a que se modificara la regulación vigente por la ley de consejo de salarios acerca de la tercerización laboral?

El modelo llevado a cabo en la década del 90 de las desregulaciones laborales había desarrollado condiciones totalmente abusivas y discriminatorias para los trabajadores en lo que tenía que ver con las condiciones salariales y de su trabajo. Es así que en los primeros años de la década del 2.000 teníamos fenómenos expansivos de algunas formas laborales totalmente abusivas como por ejemplo las sociedades unipersonales, Uruguay llegó a tener

130-140 mil empresas unipersonales registradas en B.P.S., las cuales son una manera de fraude laboral.

Las tercerizaciones desarrolladas sin ninguna regulación generaban unas condiciones de abuso muy grande, incluso de competencia desleal para aquellas empresas que sí cumplían con todas las obligaciones.

¿En algún sector en particular cree que hubo mayores abusos?

Creo que el tema era que antes al trabajo lo regulaba el mercado, estaba sujeto a esas condiciones. El trabajo no es un bien más, no es un recurso más, es un fin en si mismo. Los seres humanos nos ordenamos en base al trabajo, es algo central en la vida, es por esto que se debe regular y no que esté cotizado en una bolsa de valores.

¿Ud. cree que dicha reglamentación surge de los abusos mencionados o por el hecho de regularizar mejor las tercerizaciones?

Sí, por los abusos, pero los abusos no era solo los salarios, sino la seguridad, la higiene y una competencia desleal.

Previo a la ley 18.099 existía la ley 10.449 que ya regulaba las tercerizaciones. El Dr. Garmendia menciona que esta ley ha tenido un efecto más psicológico que jurídico. ¿Ud. cree que era necesario volver a regular las tercerizaciones?

Yo creo que toda ley tiene una parte punitiva y otra, la cual creo que es la más importante, una parte preventiva. Esta nueva ley es más clara, más clara en la relación de los compromisos que tiene la empresa que contrata. Estoy de acuerdo con el Dr. Garmendia en el sentido que tiene un efecto preventivo muy importante.

¿Cuál fue su rol, como representante del PIT-CNT en el proceso de elaboración de las leyes 18.099 y 18.251?

Al asumir este gobierno se plantearon un conjunto de leyes laborales de manera de pasar de un sistema desregulado a un sistema de relaciones laborales regulado, por ejemplo: la de las 8 horas en el campo, la de negociación colectiva, ley de promoción de la actividad sindical, otra de consejos de salarios, la de fueros sindicales y la ley de tercerizaciones. Se crearon ciertos ámbitos para discutir todo el conjunto de leyes laborales.

Las cámaras empresariales estaban totalmente en contra de modificar el sistema desregulado, el cual ya regía hace más de 15 años, por lo que ya existía un acostumbramiento del empresariado. Sin regular las relaciones laborales entendemos que no se desarrolla el país. Las cámaras empresariales en principio se negaban a todo y se levantaron de las negociaciones, creo que fue una mala estrategia. Creo que los asesores del empresariado, más que asesores son formadores de opiniones, por lo que considero que les vendieron una estrategia equivocada y que la realidad lo ha demostrado.

¿El PIT-CNT realizó alguna crítica a la ley 18.099?

Las dos leyes más o menos mantienen lo mismo. Tienen alguna diferencia en el alcance de la responsabilidad que la empresa asume por sus obligaciones. La primera era más general y la segunda tiene un escalón entre solidaria y subsidiaria. Hoy a la distancia no me preocupa la diferencia entre una y la otra. Es claro que hubiera preferido la primera ley pero hoy creo que no me cambia mucho. Con cierta distancia en el tiempo las diferencias no me parecen esenciales con respecto a la segunda.

Antes de estas leyes también se podía cobrar. Este sindicato ganó varias demandas de trabajadores de estos casos. Estas leyes pusieron el tema sobre el tapete. Cualquiera de las 2 cumple con la prevención ya que lo más importante es que hoy en día una empresa, antes de tomar a un subcontratado, llama a averiguar cuánto le tiene que pagar y las cosas que debe cumplir.

¿No considera que, indirectamente a través de la desestimulación a la tercerización que estas leyes tienen asociadas, puede haber un descenso en la productividad?

Yo creo que la tendencia es que las empresas no están tercerizando todo. No necesitan tercerizar para tener trabajadores a destajo. Creo que para una actividad permanente se debe tener trabajadores permanentes. Que alguna actividad lateral a la empresa como la limpieza o la seguridad se tercerice me parece razonable pero si se tercerizan partes estratégicas, la empresa queda muy vulnerable frente a la competencia.

Yo no creo que sea problema de la tercerización sino que existen condiciones de mayor abuso del trabajador. La tercerización se ve en trabajos más primarios. En casos de trabajos mas calificados no se ve la tercerización ya que es estratégico.

Creo que no existe tal descenso de la productividad y no se puede generalizar a partir de un ejemplo concreto. Yo no tengo ningún estudio serio que me avale la baja de productividad.

¿Considera significativa la diferencia práctica entre la solidaridad o subsidiariedad que surge de la reglamentación vigente sobre las tercerizaciones?

Creo que para el trabajador es indistinta dado que el mismo tiene asegurado el cobro sin importar quién lo pague. Por tanto para mí es indistinta una u otra responsabilidad.

¿La enunciación en la definición de subcontratación de la ley 18.251 (vigilancia, seguridad, limpieza y mantenimiento) tiene, a su entender, un carácter enunciativo o taxativo?

Creo que están porque son los ejemplos más clásicos. Considero que son enunciativas.

¿Considera que estas leyes y la excesiva regulación de las relaciones laborales podrían frenar la inversión productiva y consecuentemente ocasionar un descenso en la mano de obra?

Eso creo que es una teoría empresarial. Nada de eso se puede probar, e incluso en estos años se batió record de inversiones, por tanto no hay evidencia práctica.

Siempre pasa lo mismo, al principio parece que se cae el mundo y luego no es tan así. Hay que darle tiempo a las normas para que se adapten a la realidad. Lo mismo pasó con la ley de fuero sindical.

¿Cuál considera que fue el efecto de ambas leyes en la práctica?

Creo en primer lugar que existe un factor preventivo. Al mismo tiempo creo que ordenó al Estado. El Estado era el principal agente tercerizador del país por lejos y creo que empezó a organizarse, tomar medidas preventivas del tema, así como garantías necesarias.

El segundo factor positivo es que transparentó la competencia entre las empresas.

El tercero, evitó el informalismo y el trabajo en negro.

No creo que existan factores negativos. Una empresa no puede tener como variable de rentabilidad al trabajo. Si cumple con todas las normas legales no deberían tener problema.

Algunos empresarios mencionaron que el rol de contralor que delegan estas leyes debería ser asumido por el Estado y no por empresas privadas, además que le generan costos administrativos. ¿Usted está de acuerdo con esta afirmación?

Con respecto a los costos administrativos, creo que es un análisis que no se sostiene. Que me digan que en teoría el Estado es el que tiene que ejercer el control, bueno, hace

décadas que las empresas hacen de agente de retención del B.P.S. y nunca se dijo nada al respecto. Creo que es el mismo modelo.

Buscando posibles modificaciones a la actual normativa, pensamos en la posibilidad de que el Estado emita un “Certificado de Cumplimiento de las Obligaciones Laborales” a todas aquellas empresas que se encuentren en regla con los requerimientos y pagos que la normativa laboral exige. Y que todas las empresas principales que trabajen con empresas tercerizadas que tengan el certificado, se vean exoneradas de responsabilidad. ¿Piensa que esta solución es viable?

Habría que analizarlo más a fondo. Creo que el estado no puede controlar todo.

Al mismo tiempo, proponemos crear un fondo de garantía el cual se conformaría con aportes de los trabajadores, empresas que quieran estar cubiertas e inclusive con aportes del propio estado de manera de estar cubiertos ante la posibilidad de falta de pago de los haberes salariales.

Nosotros estamos impulsando un fondo de garantía, pero nada que ver con eso, sino ante la eventualidad de quiebra. Aportes que deben realizar las empresas obligatoriamente para los casos de quiebra de manera de cubrir los haberes salariales.

En su caso creo que deben realizarlo los empresarios dado que no tiene sentido que los trabajadores paguen un fondo por las dudas si no les pagan. El trabajador ya cumplió, ya trabajó lo que le corresponde.

Nuestro punto parte de la injusticia que creemos que se genera en el caso que la empresa principal pague el precio, y en caso de tener que responder, deba pagar los haberes que se le reclaman, por tanto paga dos veces lo mismo.

Yo en el contrato de trabajo cumplo con las 8 horas de mi trabajo, es una deuda que tiene el empresario con el trabajador. Creo que en el caso del fondo de garantía lo debería

pagar el empresario, así como paga el seguro de accidentes. La relación es desigual, el salario se paga posteriormente a que se trabajó. No es simultáneo el riesgo. El trabajador nunca puede embromar a la empresa.

VII. Anexo II: Apéndice Normativo

7.1 Ley N° 18.099

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

**Se establecen normas para su protección ante los procesos de
descentralización empresarial**

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General,

DECRETAN:

Artículo 1°.- 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.

El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley.

La responsabilidad solidaria queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra.

Artículo 2°.- Los deudores solidarios de obligaciones laborales pueden establecer por contrato la forma en que las obligaciones asumidas se dividen entre ellos, así como exigirse las garantías que estimen convenientes.

Dichos pactos o contratos no son oponibles a los acreedores, quienes podrán demandar indistintamente a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de las obligaciones referidas en el artículo 1° de esta ley.

Artículo 3°.- En ningún caso podrán emplearse las modalidades de contratación referidas en el artículo 1° de la presente ley para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto colectivo, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales.

Artículo 4°.- Todo trabajador contratado mediante alguna de las modalidades previstas por esta norma será informado previamente por escrito sobre sus condiciones de empleo, su salario y, en su caso, la empresa o institución para la cual prestará servicios.

Artículo 5°.- 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.

Artículo 6°.- La presente ley es de aplicación inmediata y de orden público.

Artículo 7°.- Las contribuciones especiales de seguridad social relativas a la industria de la construcción continuarán rigiéndose por la normativa específica de la actividad.

Sala de Sesiones de la Cámara de Senadores, en Montevideo, a 10 de enero de 2007.

7.2 Ley N° 18.251

RESPONSABILIDAD LABORAL EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General,

DECRETAN:

Artículo 1°.- A los efectos de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007:

A) (Subcontratista). 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.

B) (Intermediario). 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.

C) (Empresa suministradora de mano de obra). 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.

Artículo 2°. (Exclusiones).- En los casos previstos en los literales A) y B) del artículo 1° de la presente ley, no están comprendidas las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera ocasional. El concepto de obra o servicio ocasional no incluye el trabajo zafral o de temporada el que será regido por las normas generales.

Artículo 3°. (Servicios de distribución).- El proceso de distribución de productos se rige por los artículos 1° a 7° inclusive del Decreto-Ley N° 14.625, de 4 de enero de 1977.

Artículo 4°. (Información sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social).- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores.

A esos efectos, queda facultado a exigir a la empresa contratada la exhibición de los siguientes documentos:

A) Declaración nominada de historia laboral (artículo 87 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995) 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 (artículo 663 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990).

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, podrá requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

Artículo 5°. (Retención de los pagos).- 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.

Quien ejerza dicha facultad estará obligado a pagar con ella al trabajador, a la entidad previsional acreedora y al Banco de Seguros del Estado.

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.

Artículo 6°. (Responsabilidad del patrono o empresa principal).- Cuando el patrono o la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4° de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 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.

Artículo 7°. (Alcance de la responsabilidad de la empresa principal).- Las obligaciones laborales a que refiere el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007, comprenden aquellas derivadas de la relación de trabajo que surgen de las normas internacionales ratificadas, leyes, decretos, laudos o decisiones de los Consejos de Salarios, o de los convenios colectivos registrados o de la información que surja de la documentación a la que refiere el literal D) del artículo 4° de la presente ley, así como el deber del patrono o empresario principal de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el artículo 1° de la Ley N° 5.032, de 21 de julio de 1914, sus decretos reglamentarios y convenios internacionales del trabajo vigentes.

Las obligaciones previsionales respecto del trabajador contratado comprenden las contribuciones especiales de seguridad social (patronales y personales), excluyendo las multas, los recargos, los impuestos y adicionales recaudados por los organismos de seguridad social. Tampoco están comprendidas las sanciones administrativas por concepto de infracciones a las normas laborales, las que se regularán en función del grado de responsabilidad que a cada empresa corresponda por el incumplimiento.

Artículo 8°.- Sustitúyese el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007, por el siguiente:

"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".

Artículo 9º. (Información).- A los efectos del deber de información establecido en el artículo 4º de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007, 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.

Artículo 10. (Emplazamiento en juicio).- En los procesos en los que se invoquen las responsabilidades emergentes de los artículos 6º y 7º de la presente ley, deberán ser emplazadas conjuntamente todas las personas contra las cuales se pretenda exigir el cumplimiento de tales obligaciones.

Sala de Sesiones de la Cámara de Senadores, en Montevideo, a 27 de diciembre de 2007.

7.3 Recomendación 198 sobre la relación de trabajo

Conferencia Internacional del Trabajo

95a reunión, Ginebra, 2006

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada con la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

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

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

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;

Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha 16 de junio del 2006, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

I. Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a:

a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;

c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;

e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;

f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y

g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

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

6. Los Miembros deberían:

a) velar especialmente por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y

b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

a) al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y

b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al

mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

II. Determinación de la existencia de una relación de trabajo

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las

condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

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

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo y a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

III. Seguimiento y aplicación

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de empleo en el marco de la política nacional.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

IV. Párrafo final

23. La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).

VIII. Bibliografía

Textos consultados

- ERMIDA URIARTE, Oscar, “La Teoría Clásica de la Empresa”, in Catorce Estudios sobre la Empresa, Ed. Acali, Montevideo, 1984.
- FERNANDEZ, Amalio. Revista de Derecho y Tribunales. Febrero 2009.
- FERNANDEZ VICENTE, Alfredo, “Tercerizaciones laborales”, Ediciones Idea, Montevideo, 2008.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario, GAUTHIER, Gustavo, “Tercerizaciones”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.
- HIERREZUELO, Ricardo, “Intermediación e Interposición Laboral y Descentralización Productiva”, Tratado del Derecho del Trabajo, Tomo II, Ed. Rubinzal – Culzone, Buenos Aires, 2005.
- LARRAÑAGA, Nelson. “Ley Modificativa de Tercerización: Desincentiva la especialización”.
- MANCINI, María del Pilar y PIZARRO, Ramón Daniel, “Algunas reflexiones entorno a las obligaciones solidarias en el Derecho del Trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- OLIVEROS, MIGUEL, www.ciu.com.uy, “Impacto de la nueva ley de tercerizaciones”.

- RACCIATTI, Octavio, “Tercerización, exteriorización del empleo y descentralización productiva” en revista Derecho Laboral, Tomo XL, N° 185 enero – marzo, Montevideo, 1997.
- RACCIATTI, Octavio, “La ley 18.251: el retorno a la responsabilidad subsidiaria en las relaciones laborales triangulares” en revista Derecho Laboral, tomo LI, N° 229, enero-marzo, Montevideo, 2008.
- RASO, Juan, “La Contratación Atípica del Trabajo” Segunda Edición. Editorial Librería Jurídica. Montevideo, 2009.
- ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro, “Subcontratación e Intermediación Laboral”, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2008.

Otros estudios

- Estatuto de los trabajadores de España, Artículos 33, 50, 51 y 52.
- OIT, Equipo de Representación de los trabajadores en el B.P.S., “Anteproyecto de ley de regulación del trabajo en régimen de subcontratación y empresas suministradoras de mano de obra”, Setiembre 1999.
- Real decreto 505/1985, del 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del fondo de garantía salarial.
- “XVIII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.

Páginas web

- www.bps.gub.uy
- www.mtss.gub.uy
- www.parlamento.gub.uy
- www.rae.es
- www.slb.com.uy, “El esquema de responsabilidad laboral frente a los procesos tercerización”, Marzo 2008.