

NUEVA REGULACION DE LA TERCERIZACION LABORAL EN URUGUAY

Alejandro Castello¹

1. Consideraciones preliminares.

Uno de los objetivos centrales del Derecho del Trabajo ha sido siempre la tutela del salario y más ampliamente de los créditos laborales del trabajador, para lo cual las legislaciones fueron contemplando desde época muy temprana, diversas formas de protección ante los posibles abusos que pudiera cometer el empleador y frente a su eventual insolvencia patrimonial.

La premisa básica para que funcionara exitosamente cualquier forma de tutela del salario y demás condiciones de trabajo, era que el responsable de su cumplimiento, es decir, el empleador, estuviese claramente determinado, delimitado y asumiese su condición de tal. Era necesario que existiera coincidencia entre el plano meramente formal (persona que contrata) y el plano material, real y económico (persona que realmente utiliza, dirige y se beneficia de los servicios). Por ese motivo, desde sus orígenes el Derecho del Trabajo mostró especial preocupación por establecer regulaciones que desalentaran los intentos de evasión de la legislación por parte del auténtico empleador. De ahí que para la mayor parte de los ordenamientos nacionales, el “*marchandage*”, la cesión de mano de obra o cualquiera otra forma de interposición en la calidad jurídica de patrono o de “empleador aparente”,

¹ Profesor de Derecho del trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

fueron tratadas tradicionalmente con desconfianza y disvalor, por ser consideradas formas de fraude laboral.

En tales casos, el Derecho del trabajo solía imputar la relación laboral de manera directa al auténtico empleador, que de acuerdo a entendimiento pacífico es aquel que utiliza y dirige de manera directa los servicios del trabajador, beneficiándose realmente de ellos, independientemente que no haya sido el contratante del mismo. De esa manera, se buscaba que la relación formal de trabajo coincidiera con la relación económica o sustancial, combatiendo por esa vía los intentos de elusión de la calidad de empleador.

Sin embargo, los cambios económicos, tecnológicos y de estrategias productivas que se han vivido en los últimos veinte años, han hecho que aparezcan nuevas formas de intermediación laboral, de cesión o préstamo del trabajo y en especial de organización del proceso económico y más ampliamente del propio funcionamiento de las empresas, mucho más sutiles y sofisticadas que en el pasado, que diluyen y oscurecen la figura del sujeto que realmente se beneficia del trabajo, haciendo más compleja la determinación del empleador real y con ello la atribución de las obligaciones laborales a su auténtico y legítimo responsable.

La desestructuración y diversificación de la organización de las empresas y la descentralización de sus actividades como nuevas estrategias de organización productiva, han hecho que los criterios clásicos para definir la figura del empleador resulten muchas veces inadecuados e insuficientes para comprender la nueva realidad y especialmente, para tutelar al trabajador que queda atrapado en el marco de los procesos de externalización de

operaciones y tareas, que en muchos casos ocasionan la precarización del trabajo humano.

Con la aparición de formas de utilización mediata o indirecta del trabajo, se ha quebrado la regla tradicional de que **el empleador = una empresa unitaria**. Así, cada vez es más frecuente que la persona física o jurídica que realmente utiliza y se beneficia de los frutos del trabajo, no se constituya formalmente en empleador, atribuyéndose tal calidad un tercero que solo recluta y contrata al trabajador.

En tal sentido, LOPEZ SANCHEZ señala que el modelo de trabajador sometido a un único ámbito de dirección y organización, que mantiene un estatuto jurídico uniforme y homogéneo y una relación laboral directa y unitaria con una única empresa a través del contrato de trabajo, ha sido reemplazado por un arquetipo de trabajador que sostiene una relación laboral de segundo grado con otra empresa, lo que la lleva a afirmar que en supuestos como la cesión de trabajadores, la subcontratación y la conformación de grupos de empresas, surge una especie de “cotitularidad” en la posición de empleador².

A esta altura, parece claro que estos fenómenos han desbordado el esquema tradicional de sujetos que conformaban el ámbito de la relación de trabajo, alterándose muchas veces la estructura bilateral de la relación jurídica, en la medida en que se produce una clara **disociación entre la relación jurídica** (empleador contratante – trabajador) y la **relación económica sustancial** (empresa usuaria o receptora de los servicios – trabajador).

² LOPEZ SANCHEZ, María Caridad, *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, Colección de Estudios CES, N° 197, Madrid, 2007, pág. 191 y ss.

2. Nuevas formas de organización empresarial: la externalización.

Durante la mayor parte del siglo XX la empresa se conceptualizaba como un cuasi-Estado cerrado y dotado de mecanismos de autoridad y mando, que poseía una tecno-estructura concentrada con la que llevaba a cabo la totalidad del proceso de producción. De esa forma, la empresa se asemejaba a un edificio único y vertical o a una pirámide, en la que por una puerta entraba la materia prima y por la otra salía el producto acabado³.

En las dos últimas décadas del siglo pasado diversas y complejas causas económicas, tecnológicas y productivas han conducido a una situación de hipercompetitividad empresarial tanto a nivel nacional como regional y universal, que elevan al costo de producción (y dentro del mismo al costo laboral) al rango de elemento clave o esencial para la supervivencia y crecimiento de la empresa en el mercado. En ese marco, la descentralización productiva, como técnica de gerenciamiento de la reorganización flexible de la producción, le ha aportado a la empresa una reducción de riesgos económicos y jurídicos, la optimización de sus costos y la racionalización de sus recursos.

³ DE LUCA-TAMAJO, Rafaelle y PERULLI, Adalberto, Informe General del Tema II “*Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva*”, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 5 al 8 de setiembre de 2006. Mauricio Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, 6º edición, LTR, San Pablo, 2007, pág. 434.

El fenómeno de la descentralización genera que la organización contemporánea de la empresa adopte formas inimaginables en el pasado. RIFKIN pone como ejemplo paradigmático de descentralización a la empresa Nike, a la que denomina “empresa virtual”, ya que pese a ser la primera empresa mundial fabricante de calzado deportivo, Nike no posee ninguna fábrica, ni máquinas, ni equipamiento ni bienes inmobiliarios. Esta compañía ha establecido una amplia red de proveedores – productores, que producen las formas físicas de sus conceptos. Nike es solamente dueña de las ideas y las imágenes que son lo que realmente se compran y se venden en la nueva economía-red⁴.

Según RIVERO LAMAS, la descentralización productiva supone una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios, basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando⁵.

También se ha dicho que “consiste en una forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa –“empresa principal”- decide no realizar directamente ciertas actividades, optando, en su lugar, por

⁴ RIFKIN, Jeremy, *La era del acceso, La revolución de la nueva economía*; Ed. Paidós, Barcelona, 2000, pág. 74.

⁵ RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*”, Ponencia general en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999, Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Colección informes y estudios, Serie relaciones laborales n^o 28, pág. 23.

desplazarlas a otras empresas o personas individuales –“empresas auxiliares”- con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles”⁶, o que “es un fenómeno económico que comporta la redefinición del ciclo productivo de la empresa para encomendar a terceras empresas la realización de una parte de su actividad de producción de bienes o servicios (...) no es un fenómeno uniforme sino que acoge en su seno una tipología muy variadas de supuestos de gran complejidad, caracterizados porque en ellos se opera una reducción o desmembramiento de la empresa como consecuencia de decisiones de táctica empresarial”⁷.

Con inicio en el mercado norteamericano, los modelos de externalización, outsourcing, descentralización o tercerización (esta última expresión es la que más se suele usar en nuestra región⁸) han penetrado cada vez en más regiones y empresas del mundo. De ese modo, el modelo de producción fordista, que fue predominante en la mayor parte del siglo pasado, ha ido cediendo terreno frente al nuevo paradigma organizativo post-fordista o de trabajo en red (*networking*).

⁶ TERRADILLOS, Edurne, *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 33.

⁷ LOPEZ SANCHEZ, María Caridad, *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, ob. cit., pág. 37.

⁸ Mauricio GODINHO DELGADO explica que la expresión “tercerización” es un neologismo oriundo de la palabra “tercero”, entendido como intermediario o interviniente, habiéndose construido esa expresión por el área de administración de empresas, fuera de la cultura del Derecho, buscando enfatizar la descentralización empresarial de actividad para otro, que es un “tercero” en relación a la empresa: *Curso de Direito do Trabalho*, ob. cit., pág. 430.

En ese sentido, es un lugar común señalar que en la actualidad la empresa moderna basa su estrategia de funcionamiento en la segmentación y fragmentación de sus diferentes actividades y operaciones, concentrando sus recursos financieros, técnicos y humanos en el núcleo del negocio (*core business*), desplazando el resto de las operaciones hacia entidades externas (adjudicatarios, proveedores, sub-proveedores, auxiliares, trabajadores autónomos, etc.) con los que celebra una variada gama de acuerdos comerciales de diferente naturaleza jurídica.

En cierta manera, la externalización supone una forma de división del trabajo en redes globales en la que se sustituye el trabajo interno por la compra de trabajo terminado, que antes se solía realizar con recursos propios. Por esa vía, la empresa cede a un tercero una parte de las operaciones o actividades necesarias para cumplir su ciclo productivo, desprendiéndose de edificios, máquinas, herramientas y fundamentalmente trabajadores, para posteriormente mediante contratos comerciales (suministro, arrendamiento de obra o de servicios, consultoría, franchising, etc.) adquirir nuevamente el trabajo, servicio o producto que agrega a su proceso de producción. Esta técnica de organización empresarial permitiría (al menos en teoría) obtener un bien final con mejor valor añadido, ya que la empresa proveedora o auxiliar tendría sobrespecialización y mayor eficiencia en la actividad que constituye su giro normal o principal.

Aunque pueda resultar paradójico, la descentralización de la producción ha tenido como resultado, por un lado, una fuerte fragmentación organizacional y empresarial y una intensificación de la división del trabajo, pero, por otro lado, una notable

concentración del poder en todo lo que concierne a los aspectos financieros, económicos, comerciales, tecnológicos y laborales. Si bien las otrora grandes empresas industriales, comerciales y de servicios han adelgazado en activos fijos y trabajadores, su poder de conducción económica se encuentra intacto, al punto de que frecuentemente se observa que en su periferia se ubica una importante cantidad de empresas auxiliares que dependen económicamente de la misma.

3. Modalidades de externalización.

El proceso que se ha descrito refiere fundamentalmente a la expulsión de actividades o funciones que realiza una empresa (comitente o principal), las cuales son cedidas a entidades externas (empresa proveedora o auxiliar) que pasan a realizar las actividades con sus propios recursos humanos, materiales, financieros y técnicos. Naturalmente, no ingresan en esa categoría todas aquellas formas o modalidades que impliquen un desplazamiento ficticio o artificioso de actividades hacia un tercero, que sólo es autónomo en el plano formal (empresa vehículo).

La externalización puede adoptar dos grandes modalidades. Se habla de *externalización de operaciones* cuando una empresa comitente o principal, confía o encarga a otra empresa auxiliar o proveedora, a través de un arreglo o acuerdo civil o comercial, la realización de una obra o servicio (o parte de las mismas), la cual será ejecutada con su propia organización de medios económicos, materiales, técnicos y humanos, asumiendo su propio riesgo empresarial. En el plano jurídico laboral, muchas veces la *externalización de operaciones* se identifica con la subcontratación, como es el caso de la nueva legislación

chilena⁹ y uruguaya¹⁰ sobre intermediación, suministro de mano de obra y subcontratación laboral.

En cambio, existirá *externalización de mano de obra o de trabajo* cuando lo que se confía a un tercero es solamente la contratación de la fuerza de trabajo, que es utilizada y dirigida directamente por la empresa comitente. En cierto modo, en estos casos lo que se externaliza es la función de búsqueda, selección, contratación y administración o gestión de la mano de obra, ya que la relación de trabajo real, sustantiva o económica, se sigue trabando con la empresa comitente (denominada “usuaria”, “receptora” o “cliente”).

⁹ El art. 3 de la Ley N° 20.123 dispone que “Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, 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 natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”.

¹⁰ El art. 1° de la Ley N° 18.251 establece que “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”.

En esta categoría ingresan todas aquellas formas de contratación de trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), los casos de cesión y préstamo de mano de obra entre empresas y cualquier otra modalidad de relacionamiento empresarial en virtud del cual exista separación formal entre la empresa que contrata y provee el trabajador y la empresa que efectivamente utiliza, dirige y se beneficia de los servicios del trabajador, lo que dará lugar a una **relación triangular de trabajo**.

La distinción entre la *externalización de operaciones* y la *externalización de mano de obra* resulta de especial interés práctico pero también jurídico, fundamentalmente por el diferente régimen de responsabilidad laboral que suele existir entre una modalidad y la otra. En un plano estrictamente teórico, la diferencia sustancial se encuentra en el hecho de que en la *externalización de operaciones* el comitente encarga a la empresa auxiliar una obra o servicio, que ejecuta con sus propios recursos y bajo sus propios riesgos, aún cuando según veremos luego, en algún caso pueda ser cumplido en el ámbito espacial del comitente. En esta modalidad de externalización la empresa auxiliar aporta un *quid pluris*, un **valor añadido**, respecto a la sola puesta a disposición de su personal. Para ello se requiere que la empresa proveedora organice, coordine y dirija sus propios trabajadores.

Por el contrario, en la *externalización de mano de obra* la empresa auxiliar se limita a contratar personal que luego coloca o pone a disposición de la empresa comitente (usuaria), que utiliza y dirige el trabajo. En la primera modalidad el trabajador no se inserta en la estructura organizativa de la empresa comitente, por lo que no se debe verificar una relación de dependencia fáctica. En la segunda,

los poderes de dirección y control del trabajo están en manos de la empresa comitente o usuaria o al menos los comparte con la empresa auxiliar, generándose así una relación triangular de trabajo (intermediario o auxiliar – trabajador – empresa comitente o usuaria)¹¹.

La distinción entre ambas formas de externalización no suele ser jurídicamente neutra. En el derecho extranjero, por lo general, la *externalización de mano de obra* trae aparejada la responsabilidad solidaria entre la empresa comitente o usuaria y la empresa auxiliar o intermediaria (que suele constituirse formalmente en una ETT), ya que de un modo u otro se imputa la relación de trabajo a ambas empresas, sin perjuicio de que, además, frecuentemente las legislaciones las hace garantes solidarias de las condiciones de seguridad e higiene y le exige aplicar el principio de equiparación, igualdad de trato o paridad entre empleados internos y “externos” o “suministrados” (Argentina, Brasil, Venezuela, Chile, España, Italia, Francia, Grecia, Holanda, Suecia, Uruguay), entre otros.

En cambio, cuando se trata de una auténtica *externalización de operaciones* buena parte de las legislaciones mantienen las relaciones jurídicas en el ámbito de las obligaciones civiles y comerciales y no se examinan desde el punto de vista del Derecho del trabajo, ya que no se cumple el presupuesto socioeconómico indispensable para que se aplique esta disciplina jurídica: las tareas que realizan los trabajadores de la empresa proveedora o auxiliar no se ejecutan en condiciones semejantes a las de

¹¹ Véase más ampliamente: UGARTE, José Luis, “*Relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena*” en Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15^o Região Campinas, n^o 30, 2007, pág. 122.

una relación de trabajo subordinada¹². La conclusión anterior se suele ver alterada cuando las obras o servicios que se confían al tercero refieren a la actividad normal y propia de la empresa comitente (por ej. en Argentina, España y Uruguay), así como en los casos en que las actividades se ejecuten en el espacio físico de la empresa principal (Canadá, Polonia, Turquía, Suecia y Reino Unido).

5. Consecuencias para las relaciones de trabajo.

Como pone de manifiesto Salvador DEL REY GUANTER, “pocas decisiones empresariales presentan en la actualidad una problemática jurídico-laboral más importante que los fenómenos de descentralización productiva, esto es, toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa”¹³.

Sintetizando la problemática podría decirse que la descentralización empresarial plantea para el Derecho del trabajo dos grandes cuestiones:

a) la primera, que ha sido más estudiada y regulada legalmente, vinculada a la identificación y determinación de los sujetos responsables del cumplimiento de la normativa laboral;

¹² BRONSTEIN, Arturo, “*La subcontratación laboral*”, ponencia presentada en el Seminario internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, celebrado en Santo Domingo, Rep. Dominicana, abril 1999, pág. 6.

¹³ DEL REY GUANTER, Salvador, Prólogo al libro “*Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*”, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 17.

b) la segunda, menos frecuentada por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, refiere a las barreras prácticas (y a veces legales) para el desarrollo de las relaciones colectivas y la diferencia de condiciones de trabajo existentes entre los trabajadores de las empresas principales, comitentes, matrices o controlantes y los trabajadores de empresas auxiliares, proveedoras o satélites.

A ello hay que agregar que, con carácter general, los procesos de descentralización han tenido efectos negativos en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. En muchos casos, la externalización aparece como un fenómeno asociado a la disminución de los niveles de empleo. Si bien “*a priori*” podría pensarse que esta técnica supone una mera forma de trasladar empleo de una empresa a otra, lo cierto es que muchas veces este proceso termina provocando la destrucción de empleo útil. Ello se debe a que frecuentemente la descentralización va asociada a la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo, o a que la empresa auxiliar puede brindar éstos sin incrementar sus recursos humanos.

También se suele producir un deterioro de las condiciones de trabajo: disminución de los salarios y un aumento de la informalidad laboral. No debe perderse de vista que generalmente la externalización tiene como destinatario a empresas pequeñas y medianas, con menor disponibilidad de recursos, mayor fragilidad económica y plantillas laborales más reducidas, lo que genera que los niveles salariales sean menores a los existentes en la empresa principal y que, en ciertos casos, tengan que evadir la legislación laboral y previsional (economía informal) para poder aumentar su competitividad.

A su vez, el “adelgazamiento” de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas (pequeñas y medianas), han conspirado contra la posibilidad material de que los trabajadores se puedan sindicalizar. Si bien en algunos países no existe restricción cuantitativa (número mínimo de trabajadores) para la creación de un sindicato, en los hechos se ha tornado difícil la constitución de los mismos en ámbitos reducidos (barrera invisible). De igual modo, la descentralización productiva suele impactar negativamente sobre la negociación colectiva.

5. Soluciones que aporta el Derecho del trabajo.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no existe una prohibición para que el empresario, en ejercicio de la libertad de empresa plasmada bajo diferentes fórmulas en las constituciones nacionales, tenga libertad para determinar la forma en que organizará sus actividades (con la única restricción de que las estructuras sean lícitas).

Sin embargo, ello no implica que en protección de los terceros (trabajadores, proveedores, consumidores, el Fisco, accionistas minoritarios, etc.) la legislación no pueda establecer límites a dicha libertad, así como también formas o niveles de responsabilidad patrimonial del empresario frente a los terceros con los que se vincula (especialmente los trabajadores de las empresas proveedoras de trabajo o de obras y servicios).

En ese sentido, se observa que aún los países que han asumido una posición intensamente liberal frente al fenómeno de la intermediación laboral, se están produciendo reformas y cambios legislativos que muchas

veces apuntan a introducir dispositivos legales o “antídotos normativos”, que sean capaces de mejorar la situación de los trabajadores que prestan tareas en el marco de procesos de tercerización.

Una primera herramienta que ofrece el Derecho del trabajo es la flexibilización del concepto de empleador. En base al principio de primacía de la realidad y transparencia, existe un reclamo cada vez más pronunciado de la doctrina especializada por flexibilizar el concepto de empleador, utilizando para ello elementos o datos que no sean formales, como lo son tomar en cuenta quién es el que contrata y paga el salario al trabajador, sino fundamentalmente quién dirige, controla y recibe los beneficios del trabajo. Como expresa LOPEZ SANCHEZ, el empleador debe ser “todo aquel sujeto, contraparte del trabajador en el contrato que, a su vez, recibe en su ámbito de organización y dirección los servicios y hace suyas las utilidades derivadas del trabajo, a cambio de una retribución, a cuyo pago se obliga”¹⁴. Para que los jueces puedan adoptar esta solución, generalmente alcanzará con aplicar los principios propios de la disciplina, sin necesidad de introducir cambios legislativos.

Un segundo mecanismo, que se está extendiendo progresiva pero incesantemente en la práctica internacional, es establecer diferentes niveles de responsabilidad laboral para las empresas que participan del proceso de externalización, en función del grado de proximidad que tiene el tercero con el trabajador. Cuando se trata de suministro de mano de obra, las legislaciones parecen encaminarse decididamente hacia la instauración de un régimen de responsabilidad compartida (solidaria o

¹⁴ LOPEZ SANCHEZ, María Caridad, *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, ob. cit. pág. 180.

subsidiaria) entre la empresa que proporciona o cede el trabajador y aquella que realmente lo utiliza (empresa usuaria). Tal es el caso de Argentina, Brasil, Chile, España, Uruguay, Francia e inclusive Estados Unidos y Reino Unido.

En cambio, cuando se trata de externalización de operaciones los niveles de responsabilidad suelen ser menores, limitándose a los casos en que se verifica dependencia económica entre la empresa auxiliar y la principal o a los supuestos en que las obras o servicios encomendados tienen vinculación funcional con el giro neurálgico o central de la comitente. Además, en estos casos la responsabilidad suele limitarse a garantizar créditos laborales salariales por el período que duró la subcontratación, aunque en algunos países la responsabilidad es más amplia o extensa (a vía de ejemplo, Chile y Uruguay).

El tercer instrumento que aporta el Derecho del trabajo es la recepción de principio de igualdad de trabajo o equiparación. Se trata de reconocer a los trabajadores “indirectos” iguales o similares derechos y beneficios que los que se otorgan a los trabajadores “directos”. Tal solución es frecuentemente admitida en el caso del suministro puro de mano de obra, realizado a través de las agencias de empleo privado (por ejemplo, Argentina, Chile, Uruguay, España). En cambio, ese mecanismo de equiparación no se recibe aún en los ordenamientos laborales en los casos de externalización de operaciones.

El cuarto mecanismo tuitivo es el reconocimiento amplio de derechos sindicales a los trabajadores “suministrados”, “indirectos” o “tercerizados”. En función de los principales instrumentos internacionales del trabajo

(Convenios de la OIT 87, 98, 135, 154, entre otros) las legislaciones no están autorizadas a obstaculizar o restringir el ejercicio del derecho de organización, negociación colectiva y huelga por parte de los trabajadores de empresas auxiliares, filiales o proveedoras de mano de obra. De hecho, en algunos países los sindicatos de las empresas principales o centrales han comenzado a abarcar en su funcionamiento a los trabajadores de empresas auxiliares, así como también a comprender en la negociación colectiva a la situación de estos últimos, de modo de poner un freno a la exteriorización del empleo que únicamente persigue la disminución de costos laborales.

6. La nueva legislación uruguaya sobre tercerización.

Como se vio anteriormente, la tercerización plantea importantes consecuencias, retos y desafíos para las relaciones de trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva. En particular, este fenómeno económico obliga a encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad organizativa del empresario y la protección de los intereses de los trabajadores. Las normas no pueden prohibir, restringir u obstaculizar los procesos económicos y la búsqueda de la competitividad empresarial, pero estos objetivos no pueden implicar la admisión de formas de precarización del trabajo humano.

En ese contexto, en los años 2007 y 2008 entraron a regir en Uruguay las leyes N° 18.099 y N° 18.251, las que vienen a actualizar el régimen de responsabilidad laboral de las empresas en el marco de los procesos de descentralización, estableciendo herramientas que funcionan como medios de protección del trabajador frente

al problema de la alteridad jurídica formal de quien implementa la tercerización, haciendo co-responsable al beneficiario del servicio externalizado, inclusive más allá de todo mecanismo de imputación directa de las relaciones de trabajo¹⁵.

La nueva normativa legal reconoce, implícitamente, que el fenómeno económico de la externalización constituye una forma legítima que tiene la empresa de organizar su funcionamiento, consagrando medidas alternativas de tutela de los trabajadores que prestan sus tareas en régimen de intermediación, suministro de mano de obra o subcontratación. La principal medida es la instauración de un régimen de responsabilidad compartida entre el empleador directo y la empresa principal o usuaria. La responsabilidad será subsidiaria si esta última ejerció su facultad de requerir información a la empresa proveedora, sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales. Será solidaria si no hizo ejercicio de tal derecho. La responsabilidad alcanza tanto a las empresas privadas como a las entidades públicas de cualquier naturaleza, sin distinción de ninguna clase.

De acuerdo a la novel legislación, en los casos de suministro de mano de obra y de intermediación, el objeto de la vinculación entre *empresa usuaria o principal* y el *intermediario o suministrador de mano de obra*, esta constituido, al menos de manera predominante, por la colocación, cesión, préstamo o puesta a disposición de trabajadores que serán utilizados y dirigidos por la primera.

¹⁵ Véase más ampliamente: ROSENBAU, Jorge y CASTELLO, Alejandro, *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las leyes 18.099 y 18.251*, Ed. FCU, Montevideo, 2008.

En este caso se genera una relación de trabajo mediata entre trabajador y empresa usuaria.

En cambio, en el proceso de *subcontratación* la *empresa principal* encarga a la *empresa subcontratista o auxiliar* la realización de una obra o servicio, que ejecuta con sus propios recursos y bajo su propio riesgo. De esa forma, el objeto del contrato no es la mera puesta a disposición de mano de obra sino que tiene un componente diferente: aportar una obra o servicio. Sin embargo, no toda forma de delegación de actividades o encargo de obras o servicios a una empresa proveedora o auxiliar, pueden ser considerados como una modalidad de subcontratación laboral, sino solamente aquellas que tengan relación con la actividad principal o neurálgica de la empresa comitente.

La nueva normativa ha levantado una fuerte crítica y resistencia en varios sectores de opinión, especialmente el empresarial, sosteniéndose que la reforma legislativa desincentiva la inversión, desconoce la realidad del contexto económico mundial en el cual se inserta el país, penaliza las nuevas formas de organización de la producción aun cuando sean lícitas, obliga a las empresas a realizar controles sobre terceros que deberían ser efectuados por el Estado y genera incertidumbre jurídica al establecer un amplísimo sistema de responsabilidad solidaria.

Consideramos que muchos de esas críticas son fundadas, especialmente las referidas al alcance (sumamente extenso) de la responsabilidad consagrada. Sin embargo, corresponderá a los tribunales laborales aplicar los mecanismos tuitivos con prudencia y moderación, de modo de evitar que se produzcan los problemas antes mencionados.

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

Por un lado, el art. 3 de la ley mencionada en primer lugar establece que “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”.

En función de lo anterior, la normativa legal restringe la facultad del empleador de sustituir trabajadores propios mediante el recurso de modalidades de externalización, en dos casos distintos: a) cuando el trabajador se encuentre amparado al subsidio por desempleo y b) cuando el trabajador se encuentre en estado de conflicto colectivo. De esta manera, la legislación exhibe una preferencia por el mantenimiento del empleo interno y directo en la empresa, en lugar del empleo indirecto o mediato, que generalmente presenta condiciones inferiores de protección laboral y social.

La previsión legal resulta fácilmente aplicable en el caso de utilización de las modalidades de intermediación y suministro de mano de obra, ya que el trabajador reemplazante generalmente pasa a cumplir tareas dentro del propio ámbito físico de la empresa usuaria. Más compleja y sin justificación razonable, resulta la aplicación de dicha

interdicción a los casos de auténtica subcontratación de obras y servicios, en la medida en que no se sustituye a un trabajador por otro, sino que se encarga a un tercero la realización de una actividad productiva para lo cual deberá utilizar sus recursos propios. Esta prohibición implica un importante grado de restricción a la libertad de empresa que consagra nuestra Constitución (art. 36), aunque no parecería vulnerar la misma en grado suficiente como para declarar su inconstitucionalidad.

Por otro lado, el artículo 4º de la ley N° 18.099 dispone que *“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”*, lo que fue complementado por el art. 9 de la Ley N° 18.251 al estipular que *“el empleador deberá dejar constancia de que, en forma previa al inicio de la actividad laboral, ha informado al trabajador de las condiciones de empleo, el salario y, en su caso, la institución, la empresa o titular de la misma para la cual presta servicios. En oportunidad de abonar la remuneración, el empleador entregará al trabajador un detalle escrito de la información referida”*.

Si bien la previsión legal tiene vocación de aplicación para los casos de intermediación, suministro de mano de obra y subcontratación de manera indistinta, su giro final parecería indicar que la obligación de informar regiría únicamente para los dos primeros casos. Ello se debe a que sólo en esas modalidades de relacionamiento empresarial, el trabajador prestará servicios *para* una “empresa o Institución” que no es su contratante.

Además, en la práctica la obligación de informar solamente cobra sentido cuando se trata de un suministro de mano de obra. En efecto, resulta razonable que al trabajador eventual se le indique cuáles serán las condiciones de la misión que realizará. En cambio, la medida parece impracticable cuando se trate de la ejecución de obras o servicios por parte de una empresa proveedora o auxiliar que realiza sus actividades en su propio establecimiento.

En cuanto al contenido de la obligación de informar, las leyes prevén que contemple el monto del salario y las condiciones de empleo, debiéndose entender por estas últimas a variables como el tiempo de trabajo, la categoría y la duración del contrato. En la mayoría de los casos, la obligación se reputará cumplida con la suscripción de un contrato de trabajo escrito, que contenga dichos requisitos.

7. Comentarios finales.

La tercerización plantea importantes consecuencias, retos y desafíos para las relaciones de trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva. En tal sentido, la externalización obliga al legislador, el intérprete y el juzgador a encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad organizativa del empresario y la protección de los intereses de los trabajadores. Las normas no pueden prohibir, restringir u obstaculizar los procesos económicos y la búsqueda de la competitividad empresarial, pero pueden desestimular las conductas fraudulentas que solo pretenden optimizar los beneficios en base a la elusión de las normas tuitivas.

La nueva normativa legal uruguaya reconoce, implícitamente, que el fenómeno económico de la externalización constituye una forma legítima que tiene la empresa de organizar su funcionamiento, consagrando medidas alternativas de tutela de los trabajadores que prestan sus tareas en régimen de intermediación, suministro de mano de obra o subcontratación. La principal medida es la instauración de un régimen de responsabilidad compartida entre el empleador directo y la empresa principal o usuaria. La responsabilidad será subsidiaria si esta última ejerció su facultad de requerir información a la empresa proveedora, sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales. Será solidaria si no hizo ejercicio de tal derecho.

En todo caso, lo que parece claro es que el legislador ha buscado una vía indirecta de fomentar y controlar el cumplimiento de la legislación social, empleando para ello un sistema de atenuación o intensificación de la responsabilidad, según la empresa principal haya actuado o no con la diligencia de un buen hombre de negocios.

La responsabilidad prevista en dichas leyes únicamente rige para los casos de relaciones triangulares de trabajo, por lo que se excluyen las relaciones con empresas unipersonales o profesionales universitarios que no ocupen personal. Además, la responsabilidad alcanza tanto a las empresas privadas como a las entidades públicas de cualquier naturaleza, sin distinción de ninguna clase.

El fundamento de la extensión de responsabilidad a una empresa que no contrata directamente con el trabajador, se apoyaría en dos grandes criterios:

a) por un lado, la existencia de *subordinación laboral fáctica o de hecho* entre el trabajador y la empresa comitente (usuaria), que da lugar a una verdadera relación de trabajo material no contractualizada, lo que se verificaría en el caso de intermediación y suministro de mano de obra, y,

b) por otro lado, el poder de organización, dirección y control que a veces tiene la empresa principal o comitente sobre el ciclo productivo, el que por decisión y en beneficio propios es fragmentado o parcelado delegándolo en terceros, lo que justificaría un traslado de riesgos económicos y laborales de sentido ascendente, hacia la empresa que se presume más fuerte y solvente. Esto es lo que sucedería en el caso de los procesos de subcontratación definidos por la Ley N° 18.251.

En los casos de suministro de mano de obra y de intermediación, el objeto de la vinculación entre *empresa usuaria* o principal y el *intermediario o suministrador de mano de obra*, esta constituido, al menos de manera predominante o sustancial, por la colocación, cesión, préstamo o puesta a disposición de trabajadores que serán utilizados y dirigidos por la primera.

En cambio, en el proceso de *subcontratación* la *empresa principal* encarga a la *empresa subcontratista o auxiliar* la realización de una obra o servicio, que ejecuta con sus propios recursos y bajo su propio riesgo. De esa forma, el objeto del contrato no es la mera puesta a disposición de mano de obra sino que tiene un componente diferente: aportar una obra o servicio.

Montevideo, noviembre de 2009.