

ISSN = 2176-400X

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

nº 07 - 2013

Jurisprudencia Laboral Comparada Uruguay-Brasil

*Reflexiones de docentes y de alumnos-
jueces del Curso de Especializacion de la
Facultad de Derecho de la Universidad
de la Republica en el Tribunal Regional
del Trabajo de la 4ª Región.*



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

Cadernos da



**ESCOLA
JUDICIAL**
DO TRT DA 4ª REGIÃO

Ano 4 - N° 7 - 2013

Jurisprudencia Laboral Comparada Uruguay-Brasil

*Reflexiones de docentes y de alumnos-jueces
del Curso de Especializacion de la Facultad de
Derecho de la Universidad de la Republica en el
Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región*

Jurisprudência Trabalhista Comparada Brasil - Uruguai

Reflexões de docentes e de alunos-juizes do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Tradução por Claudia Risso

Colaboração de Kenia Suarez Varela

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: Gráfica CS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

C122

Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região /
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª
Região. – n.1 (2009)- .Porto Alegre : Tribunal Regional
do Trabalho da 4ª Região, 2009 -

Periodicidade irregular.

ISSN 2176-400X

Título do fascículo n. 7: Jurisprudência trabalhista
comparada Brasil-Uruguai: reflexões de docentes e de
alunos juizes do curso de especialização da faculdade
de direito da Universidade da República do Uruguai no
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

1. Direito do Trabalho 2. Direito Comparado 3. Brasil 4.
Uruguai 5. Jurisprudência 6. Terceirização . I. Brasil. Tribunal
Regional do Trabalho (4. Região). Escola Judicial.

CDU 34:331(81+895)

Bibliotecária responsável: Carla Teresinha Flores Torres CRB 10/1600.



Rua Alberto Peters, 537
19060-310 – Presidente Prudente – SP
Fone/Fax: (18) 3223.4814
e-mail: comercial@graficacs.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

v. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
ww.trt4.jus.br

Prólogo

La idea de publicar estudios sobre jurisprudencia del trabajo comparada de Brasil y Uruguay surgió del taller que sobre esa temática se realizó en Montevideo en el mes de junio de 2012 como parte de las actividades del Curso de Especialización en Derecho del Trabajo para Magistrados del Tribunal Regional de Trabajo de la 4 región, iniciativa materializada mediante un convenio entre la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay y el Tribunal referido a través de su Escuela Judicial..

El taller trabajó sobre sentencias de ambos países en materias que para los magistrados revestían de importancia teórica y práctica, tales como jornada de trabajo, subcontratación, dependencia laboral y accidentes de trabajo. A partir de una brevísima información sobre la normativa vigente en cada país, docentes y magistrados presentaron en el taller una selección de sentencias, las que fueron analizadas y comparadas en atención a la normativa aplicable, a los criterios de interpretación, a la valoración de la prueba, a las corrientes jurisprudenciales, etc, configurando así un original acercamiento al “derecho vivo” a través del método comparado.

El interés que despertó la experiencia motivó a los coordinadores del curso a impulsar la publicación de los trabajos, en tanto se consideró que aportaban un punto de vista innovador en lo metodológico, ya que las investigaciones desarrolladas hasta el momento en el ámbito de los países del MERCOSUR se habían limitado a la comparación legislativa, sin incurrir en el ámbito de la hermenéutica, entendida como interpretación y aplicación judicial del material normativo.

El presente volumen comporta entonces un doble y fecundo entrecruzamiento: por un lado, significa un encuentro de perspectivas de docentes y magistrados, participantes todos desde diversos lugares del Curso de Especialización; y por otra parte, permite contar con un ensayo que es una indagación sobre el derecho del trabajo apreciado en sus últimos confines, o sea, no ya (o no solamente) desde el discurso académico, sino desde la praxis jurídica.

La realización misma del volumen es demostrativa de los alcances que, no solo en el campo docente, sino también en la investigación jurídica tuvo el Curso de Especialización en Derecho del Trabajo, una de las últimas iniciativas que produjo Oscar Ermida Uriarte.

Hugo Barretto Ghione

Carlos Alberto Zogbi Lontra

SUMÁRIO

<i>La Jornada de Trabajo en Jurisprudencia Comparada Uruguay - Brasil</i> , Hugo Fernández y Ana Rivas	5
<i>Accidentes de Trabajo en la Jurisprudencia Uruguaya y Brasileña</i> , Rodrigo Trindade de Souza	23
<i>Subordinación - Estudio Comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil</i> , Rosina Rossi Albert e Maria Del Carmen Corujo Milan	40
<i>Estudio Comparado acerca de la Jurisprudencia sobre Tercerización o Subcontratación: Brasil y Uruguay</i> , Valdete Souto Severo	68

La Jornada de Trabajo en Jurisprudencia Comparada Uruguay - Brasil

Hugo Fernández^{1}*

*Ana Rivas^{2**}*

Sumario: Introducción. 1 Análisis comparado de la jurisprudencia. 1.1 Criterios jurisprudenciales comunes. 1.1.1 Orden público. 1.1.2 Trabajo a la orden. 1.2 Criterios jurisprudenciales no coincidentes. 1.2.1 Reducción de jornada y reducción salarial. 1.2.2 Indemnización por supresión de horas extras. 1.2.3 El tiempo de traslado a cargo del empleador o tiempo in itinere y el concepto de jornada de trabajo. Conclusiones.

Introducción

El análisis de temas de Derecho del Trabajo desde la visión de la jurisprudencia tiene su fundamento en la especial participación de ésta en la interpretación e integración de las normas. En efecto, la jurisprudencia tiene una función de gran importancia en la generación de preceptos de conducta, que adquieren carácter más o menos general en su aplicación.

Ante un derecho como el de Trabajo, especialmente fragmentario en Uruguay, y esencialmente cambiante ya que su sujeto-objeto (trabajador-trabajo) de regulación está íntimamente vinculado a la vida misma, la jurisprudencia va adaptando en sus decisiones la norma fría e impersonal a la realidad material concreta.

La repetición de fallos en determinado sentido, genera una verdadera referencia o tendencia, que sirve en los hechos de respaldo a fallos posteriores.

Esta cualidad está instaurada en Brasil mediante las Súmulas (algunas

1* Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República- Uruguay.

2** Jueza Letrada de Única Instancia del Trabajo de 3°. Turno. – Uruguay.

vinculantes – artículo 103 A de la Constitución Federal) y las Orientaciones Jurisprudenciales, que en tanto interpretaciones pacíficamente adoptadas por un Tribunal, tienen por finalidad promover la uniformidad de las decisiones jurisprudenciales y a su vez, hacer pública la opinión de la jurisprudencia sobre determinados puntos.

La idea que el derecho es más que la ley o que la norma en su visualización formal y que la actividad jurisdiccional está en condiciones de hacer avanzar el derecho a través de una interpretación acorde con la dogmática del derecho del trabajo, son dos premisas útiles para el estudio comparado del derecho. En este caso es la actividad jurisdiccional el objeto de comparación y es precisamente en esta actividad donde se presentan mejores condiciones para aplicar la norma (interpretar e integrar la norma laboral) con apego a los principios propios de nuestra disciplina.

Ahora bien, el tema de la jornada de trabajo que envuelve una cantidad tan vastas de cuestiones, ocupa un lugar central en la atención del derecho del trabajo. El tiempo de trabajo es un concepto esencial en la construcción y funcionamiento de la relación de trabajo, primero con la fijación de un máximo de horas de labor y posteriormente con los planteos de reducción progresiva de la jornada.

En una disciplina como la nuestra nacida para resguardar la dignidad y cierto grado de libertad del hombre que trabaja en relación de dependencia, la limitación y regulación del tiempo de trabajo resulta ser la forma de desplegar con mayor eficacia la finalidad protectora.

Por otra parte, el tiempo o jornada de trabajo constituye la dimensión o medida de la prestación del trabajo y por lo tanto, existe una relación directa con la forma y determinación del salario y también con el tiempo de descanso y de ocio del trabajador. Esto último indica que el concepto de jornada de trabajo o limitación del tiempo de trabajo, no solo comprende aspectos cuantitativos sino también cualitativos. En este sentido, la proyección del concepto ha determinado que el tema se ubique entre las disposiciones más importantes del orden público laboral, esto es un mínimo regulatorio, no susceptible de ser dispuesto por la vía de la autonomía individual o colectiva de la voluntad.

El concepto de jornada de trabajo tiene también relación con la organización de la empresa. La distribución de horas de trabajo se realiza de acuerdo con cierta programación previa a cargo de quién dirige las actividades empresariales. En el desarrollo de actividades empresariales de distintas características (industrial, comercio, servicios) los criterios de organización y

distribución del tiempo de trabajo están siempre en tensión con las normas que regulan el tema, a tal punto, que buena parte de los conflictos de trabajo que se ventilan en la jurisdicción especializada, refieren a la aplicación de las normas sobre jornada, tiempo extraordinario de trabajo o descansos.

1 Análisis comparado de la jurisprudencia

De las sentencias seleccionadas se pueden extraer criterios jurisprudenciales comunes o coincidentes y otros que no lo son. Pasaremos revista a los criterios que forman parte de cada uno de estos grupos para luego realizar algunas breves conclusiones.

1.1 Criterios jurisprudenciales comunes

Dentro de los distintos temas relevados para la realización de este trabajo se destacan dos en los que existe plena coincidencia en cuanto a las soluciones jurisprudenciales que se da a los mismos. Ellos son: la prevalencia del carácter de orden público de las normas heterónomas relativas a la jornada de trabajo y el tratamiento que se da al trabajo a la orden, trabajo de retén, u horas de sobreaviso.

1.1.1 Carácter de orden público de las normas heterónomas relativas a la jornada de trabajo

En este punto tanto la jurisprudencia brasilera como uruguaya son contestes en considerar con carácter de orden público a las normas heterónomas que regulan la limitación de la jornada.

La limitación del tiempo que el trabajador destina a trabajar se funda en razones biológicas, morales y sociales directamente relacionadas con la higiene física y mental y con seguridad del trabajador, pero también en razones políticas y económicas, en tanto implica la optimización de la mano de obra que permite una mejor realización del trabajo, aumentando la competitividad empresarial.

La limitación de la jornada esta especialmente protegida por la Constitución Nacional uruguaya. En su artículo 54 establece “La Ley ha de reconocer a quién se halle en relación de trabajo o servicio [...] la limitación

de la jornada [...]” (entre otros derechos). Igual protección se encuentra en la Constitución Federal brasilera de 1988, en tanto en su artículo 7 enumera extensa y detalladamente todas las normas protectoras del trabajador y su familia, dentro de las cuales se encuentra la limitación de la jornada (puntos XIII y XIV), estableciendo expresamente la duración de la misma en 8 horas diarias y 44 semanales, salvo excepciones que enumera.

Esta protección impuesta a nivel constitucional se refleja fielmente en la legislación de ambos países.

En Uruguay la Ley 5350 artículos 1 y 3, establece para la industria una jornada de 8 horas diarias y 48 semanales y el Decreto-ley 14320 artículo 1 establece para el comercio una jornada de 8 horas diarias y 44 semanales, a lo que se agregan las disposiciones de los CIT 1 y 30 ratificados por Decreto-ley N° 8950.

En Brasil la Consolidación de las Leyes del Trabajo (en adelante CLT), establece en su artículo 58 que la duración de la jornada de cualquier empleado en cualquier actividad privada, no excederá de 8 horas diarias, salvo que se haya fijado expresamente otro límite.

Teniendo presente este marco legal, veremos que las sentencias analizadas fundan sus resoluciones en la prevalencia de esta normativa heterónoma dado su carácter de orden público.

Veamos

El Tribunal Regional de Trabajo de 4° Región en Acórdão 514-2008-002-04-00-1 RO, aplicó este criterio ante un reclamo de nulidad del régimen de compensación de jornada emanado de un convenio colectivo, que implicaba la afectación de los descansos semanales de trabajador.

El artículo 59 num. 2 de la CLT, establece que el empleador se podrá exonerar del pago de las horas extras, cuando por acuerdo o convenio colectivo el exceso de horas en un día sea compensado con su disminución en otro día, tomando como lapso de tiempo límite el período de un año. A esta acumulación de horas se la denomina “banco de horas”.

Esta facultad tiene tres límites, resaltados por el Tribunal, uno dado por la misma norma que establece que no podrán prorrogarse la jornada por más de 10 horas, otro, que surge de la imposibilidad de compensar con el descanso intermedio, en tanto se trata este último de una medida de higiene, salud y seguridad del trabajo, protegido por el artículo 7 num. XXII de la Constitución

Federal de 1988 y por el artículo 71 de la CLT y por último, tampoco se puede compensar con el descanso semanal, en tanto también es una medida de higiene, salud y seguridad del trabajo de especial importancia social.

Todas estas normas integran el sistema protector que caracteriza el Derecho del Trabajo.

Considera entonces el Tribunal brasileiro, que el “banco de horas” no es un salvoconducto para la extensión ilimitada de la jornada de trabajo, ya que es impensable un régimen de trabajo en el cual se prolongue la jornada sin concesión de descansos intermedios, bajo la premisa de que serán compensadas oportunamente por el empleador. Y ello porque la salud física y mental del trabajador no permite compensación que están amparadas por normas ineludibles de neto corte protector, que son de orden público.

Entonces, un régimen de compensación de jornada que infrinja estas normas de orden público no es admisible, debiendo condenarse al pago de horas extras.

También aplicó este criterio dicho Tribunal en la Acórdão 65-32.5.04.0451 RO, en la que se resolvió la reclamación de nulidad de un régimen de reducción de los descansos intermedios establecido por convenio colectivo.

Estos descansos intermedios están regulados por el artículo 71 de la CLT que establece (en lo que interesa al caso) que los mismos serán de una hora para jornadas que superen las 6 horas, y que su reducción solo procederá por acto del Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio siempre que se compruebe que el empleador da servicio de comedor y que los trabajadores no están sometidos a jornadas superiores a la legal.

En este caso el empleador no probó que la empresa tuviera servicio de comedor, pero si se acreditó que el reclamante cumplía una jornada superior a la legal. Atento a ello el Tribunal consideró que fuera de las hipótesis del artículo 71 num. 3 de la CLT, es inviable que una simple previsión de intervalos menores a los establecidos legalmente, realizada en acuerdos colectivos de trabajo, tengan valor jurídico. Señala que no ignora que la negociación colectiva tenga ganada una destacada posición en la Constitución de 1988 mediante la garantía del “reconocimiento de las convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, pero ese reconocimiento tiene un límite, y es que la autonomía de las voluntades colectivas no pueden incidir en el núcleo de derechos mínimos atribuidos al

trabajador por fuerza de la Ley.

Citando de Mauricio Godhino Delgado agrega que hay que armonizar las reglas jurídicas emanadas de la negociación colectiva con las reglas jurídicas provenientes de la legislación heterónoma estatal, de tal forma que solamente prevalecen las normas colectivas cuando establecen estándares de derechos superiores a los establecidos por las normas heterónomas.

En el caso a resolver, la norma colectiva estableció una reducción del descanso intermedio, que violenta las normas generales heterónomas, por lo que no corresponde su aplicación, por desatender derechos mínimos establecidos por la legislación vigente en el caso los artículo 7 párrafos XIII a XXVI de la Constitución Federal y artículo 71 num. 3 de la CLT.

Por su parte, la jurisprudencia uruguaya tiene el mismo criterio a la hora de dilucidar la norma a aplicar.

Así lo hace en la sentencia No. 115/11 el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno, al resolver el régimen de descansos semanales aplicable en el sector servicios.

Este sector de actividad no cuenta con regulación general expresa, que reglamente el tiempo de trabajo y de descanso. Se plantea en el caso, entonces, como primer objetivo establecer la norma aplicable, frente a lo cual hay dos posibilidades: aplicar la normas de la industria que establecen un descanso semanal de 24 horas (Ley 5350, CIT No.1) o la del comercio que impone un descanso semanal de 36 horas (Decreto-Ley 14320). Entiende el Tribunal a la hora de integrar la norma que debe aplicarse el principio protector en su proyección de la norma más favorable, y en consecuencia, corresponde integrar con el régimen establecido para el comercio por el Decreto-ley 14320 por ser más favorable, desde que establece un descanso semanal de 36 horas.

Ahora bien, la demandada alega la existencia de un convenio colectivo autorizado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ante lo cual el Tribunal señala que “la autonomía colectiva halla el límite infranqueable de la Ley de orden público”, ya que no puede admitirse un contrato de trabajo que conculque el principio de irrenunciabilidad que informa todo el Derecho del Trabajo.

También el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno, en sentencia No. 257/07, establece la preeminencia del orden público de la legislación que determina derechos básicos de los trabajadores, y en éste caso impone esta preeminencia frente a una convenio colectivo, aunque este haya sido recogido

en un Decreto emitido por el Poder Ejecutivo.

El caso: una profesional que es contratada en un régimen de 44 horas semanales, superaba las horas señaladas de labor, por lo que reclama horas extras. La accionada se defiende alegando que por ser profesional universitaria se encuentra incluida en las excepciones del Decreto N° 611/80, en tanto esta norma establece en su artículo 1 num. 4 que los profesionales universitarios o idóneos de alta especialización, y que cumplen tareas de tales, no se hallan comprendidos en la limitación de la jornada.

Pero el Tribunal entiende que la sola mención de un horario semanal en el contrato de trabajo, demuestra que al momento de la contratación no se la consideró incluida en dicha norma, lo que también surge del hecho de que no cumplía ninguna tarea para la que se requiriese alta especialización. Ante esta contradicción el Tribunal entiende que, siendo la legislación sobre horarios de trabajo de orden público, las excepciones al régimen deben interpretarse estrictamente, en tanto estas últimas, contienen restricciones a los derechos generales de los trabajadores. En aplicación de esta interpretación estricta, prevalece la norma heterónoma y más beneficiosa, frente a las previsiones contractuales realizadas por las partes.

Se puede apreciar, entonces, que la jurisprudencia de ambos países, otorga la categoría de normas de orden público a aquellas que establecen derechos fundamentales del trabajador, dentro de las cuales están las que imponen limitaciones a la jornada laboral. En efecto, desde que este derecho está amparado a nivel constitucional con un claro corte protector de aquellos que prestan su trabajo en una relación de dependencia, la autonomía de la voluntad se ve marginada. De tal forma, no podrán afectarse esos derechos fundamentales ni por la acción del legislador, ni por la mera renuncia, ni por acuerdos con el empleador ya sea en forma particular (contrato de trabajo) o general (convenio colectivo).

1.1.2 Trabajo a la orden o guardia de retén o “horas de sobreaviso”

Este tiempo “a la orden” o “de guardia”, llamado en Brasil, “horas de sobreaviso”, supone que el trabajador que no se encuentra dentro de su horario de trabajo legal, igualmente se encuentra sujeto a la voluntad del empleador, desde que esta supeditada su autonomía a la posibilidad de ser convocado a trabajar, por lo que la jurisprudencia de ambos países, es conteste en sostener

que estamos ante horas que deben considerarse efectivamente trabajadas.

Ahora bien ello no autoriza a considerar estas horas como extras o suplementarias, cuando superan la limitación legal o convencional de la jornada. Y ello porque se entiende que en estas situaciones el trabajador si bien pierde parcialmente la disponibilidad de su tiempo, desde que deberá estar siempre en comunicación con su empleador, dentro de la zona en que se trabaja, ya que puede ser convocado en cualquier momento, también goza de una libertad relativa, pudiendo descansar, pasear, leer, etc., mientras no sea convocado, lo que además, puede no pasar.

La Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 43/99 y el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno en sentencia N° 497/11, han sostenido que no corresponde equiparar esta hipótesis al régimen remuneratorio de las horas extras establecido por el artículo 1 Inc. 2 de la Ley 15996, ya que este tiene por finalidad compensar el mayor esfuerzo, que se impone al trabajador al continuar su labor por un lapso de tiempo mayor al previsto legal o convencionalmente, porque se genera un mayor desgaste físico y/o mental del trabajador y vulnera su derecho a su tiempo libre. En cambio, en el caso de la guardia de retén o a la orden, este mayor esfuerzo o sacrificio, no se configura. Según la sentencia que estamos comentando, en estos casos, el trabajador si bien tiene que estar a disposición del empleador, puede estar en su casa, descansando, mirando televisión o leyendo, o incluso paseando por la zona, a la espera de ser convocado, convocatoria que puede llegar o no.

Es por ello que se concluye que si bien deben considerarse horas trabajadas, porque de acuerdo a la definición de tiempo efectivo de trabajo dada por el Decreto N° 29/10/57, artículo 6, y por el CIT N° 30 artículo 2, el trabajador no dispone libremente de su tiempo manteniendo una sujeción a su empleador, no puede considerarse que ese tiempo de trabajo se retribuya como hora extra, ya que no acompaña el fundamento o la ratio legis de este sistema remuneratorio, dado que la intensidad de las obligaciones asumidas es menor.

Mediante razonamiento similar el Tribunal Regional de Trabajo de la 4° Región, en Acórdão 676-73.2012.5.04.0029 RO, rechaza la reclamación de condena en horas de sobreaviso, realizada por un trabajador que debía permanecer en contacto con su empleador mediante teléfono celular, para atender los problemas que se suscitaban en los equipos de refrigeración del comercio empleador, y cuyo tarea en ese horario era específicamente recibir la llamada y derivarla a un equipo de trabajadores preestablecido, para que éste

fuera al lugar a reparar la avería.

Entendió el Tribunal que el reclamante no cumplía horas de sobreaviso, ya que su única función era recibir la llamada desde la empresa ante algún problema y derivar la misma a otros trabajadores que era los que se trasladaba al lugar a hacer la reparación. Por tanto, quienes estaban cumpliendo horas de sobreaviso, ya que realizaban un trabajo efectivo que les impedía disponer de su tiempo libremente, era ese equipo de trabajo, pero no el reclamante que se limitaba a derivar la llamada y quien no veía afectada su libertad de locomoción ya que podía recibir y derivar las llamadas desde cualquier lugar.

Por último, es de destacar que en ambos países se carece de legislación específica respecto de las horas de retén u horas de sobreaviso, por lo que los tribunales han resuelto estos puntos a través de un proceso de integración del derecho.

1.2 Criterios jurisprudenciales no coincidentes

Existen algunos puntos relativos al régimen de jornada de trabajo que se resuelven en forma diferencial en ambos países. Se destacan en este punto tres temas que analizaremos a continuación.

1.2.1 Reducción de la jornada y reducción salarial

El Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región por Acórdão 113500-27.2009.5.04.0023 estableció la imposibilidad de reducir el salario en forma proporcional al tiempo trabajado, cuando se reduce la duración de la jornada de labor.

El caso en examen trata de una trabajadora bancaria que trabajaba 8 horas abonándosele determinada remuneración. De acuerdo al artículo 224 de la CLT los trabajadores bancarios tienen una jornada de 6 horas, por lo que esta trabajadora solicitó judicialmente la reducción de la jornada, a lo que se le hizo lugar condenándose al empleador a abonar las horas excedentes como horas extras. Ante esta resolución judicial el empleador reduce el salario de la trabajadora alegando que la remuneración percibida anteriormente estaba directamente relacionada a la jornada de 8 horas y por tal razón reduce el salario

en la proporción correspondiente.

Sometido a consideración del Tribunal en mismo concluye que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7, núm. VI de la Constitución Federal de 1988, que establece la irreductibilidad del salario. Por otra parte, la sentencia comentada también se funda en el artículo 468 de la CLT que sólo autorizan alteraciones en las condiciones del contrato de trabajo cuando se realizan por mutuo consentimiento o desde que no resulten en perjuicio para el trabajador, bajo la pena de nulidad de la cláusula que viole esta garantía.

En este sentido, el reducir el salario por voluntad unilateral de empleador supuso una alteración del contrato en perjuicio de la trabajadora, y por lo tanto, la nulidad. El hecho que haya mediado una reducción lícita de la jornada de labor, por aplicación del cumplimiento de la jornada máxima del sector de actividad en el que desarrollaba sus tareas la trabajadora, no altera dicha conclusión ya que, en aplicación del principio de estabilidad económica y de los principios constitucionales y legales señalados, el empleador no puede por su simple voluntad alterar *in peius* las condiciones del contrato de trabajo. En otras palabras, no puede reducir la jornada de trabajo con rebaja salarial proporcional en forma unilateral, aunque su decisión pretenda fundarse en la disminución proporcional consecuencia de ajustar la jornada de trabajo a la duración máxima legalmente impuesta.

En la jurisprudencia uruguaya, no se ha encontrado sentencias que resuelvan casos similares al planteado anteriormente. Sin embargo, el criterio de la disminución proporcional del salario respecto de la reducción de la jornada, se encuentra entre los criterios que se han manejado en Uruguay.

1.2.2 Reducción o supresión de horas extras: indemnización

En la sentencia No. 0114300-43.2008.5.04.0006 del Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región, se hace referencia a una jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, recogida en la Súmula 291³ que determina que cuando el empleador decide suprimir las horas extras, debe indemnizar al trabajador que pierde de ganar el salario que en forma habitual venía cobrando por dicho concepto.

Esta posición jurisprudencia no se encuentra en la jurisprudencia uruguaya. Por el contrario, el criterio predominante en la jurisprudencia uruguaya

3 Resolución 1/1989 Diario Judicial de 14 de abril de 1989.

es que en base al carácter potestativo de las horas extras éstas pueden ser suprimidas por el empleador en cualquier momento y circunstancia, sin que esta decisión genere para el trabajador derecho a reclamar el mantenimiento de las horas extras o el pago de una compensación o indemnización.

La jurisprudencia uruguaya parte de la base que el empleador en ejercicio del *jus variandi* puede modificar, dentro de los límites de esta potestad, algunas condiciones laborales del trabajador.

En este sentido y con referencia al concepto de jornada o tiempo de trabajo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno en sentencia No. 49/2008, parte de la base que la determinación del horario de trabajo se encuentra dentro de los poderes de dirección del empleador. Es por esta razón que, en tanto no se pruebe que medio mala fe o intención de dañar en la decisión del empleador, el cambio de horario es considerado válido por la jurisprudencia uruguaya citada.

En este marco y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se ha planteado como criterio de ponderación jurisprudencial de la prueba, la necesidad de cotejar los dos intereses en juego; por un lado, el interés del empleador por establecer el cambio en cuestión y por otro lado, el interés del trabajador que en este caso, implica considerar el perjuicio que le pueda generar el cambio de horario indicado por su empleador. Para mediar en este dilema de ambos intereses, en aplicación de un criterio jurídico que en este caso no parece tener un alcance adecuado, la jurisprudencia ha referido al principio de razonabilidad. (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º en Sentencia No. 272/2008). En otro caso sometido a decisión judicial, se ha dicho que el ejercicio de la potestad empresarial de reducir o suprimir las horas extras, no violenta la jornada laboral legal o convencional, sino que por el contrario, es una demostración de respeto de la misma. (Juzgado Letrado de Primera Instancias del Trabajo de 8º Turno, Sentencia No. 104/2010).

Es evidente que las sentencias comentadas aportan soluciones distintas en supuestos de hecho donde se genera la reducción del tiempo habitual de trabajo.

Por la proyección práctica que posee el criterio de la jurisprudencia brasilera, daremos cuenta brevemente de sus principales aspectos.

La sentencia del Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región confirma la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasilero que indica en una parte su argumentación, que lo que da soporte a la indemnización por supresión

de horas extras es el llamado principio de la estabilidad financiera. Según esta jurisprudencia, esta idea general, estaría perfectamente justificada en la necesidad que el trabajador cuente con un ingreso estable y predecible, de manera de poder ordenar sus gastos en relación a su salario.

El hecho que el trabajador reciba el pago de horas extras en forma continua y permanente por un período prolongado, genera el derecho a ser protegido en su ingreso o como ocurre con el alcance dado al concepto en la Súmula 291, a ser reparado en el perjuicio sufrido. La jurisprudencia brasilera ha optado por la reparación del daño, indicando como criterio que el trabajador afectado reciba una indemnización por sufrir la pérdida o reducción de ingresos, generada por la decisión unilateral del empleador.

Según esta jurisprudencia, tanto el salario básico como el marginal son pasible de recibir la misma protección, lo que se traduce en que el salario cualquiera que sea su tipo, no puede ser reducido por el empleador y para el caso que ello ocurriera deberá pagar la indemnización, calculada en la forma que establece la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasilero.

La supresión de las horas extras genera el derecho a la indemnización bajo dos condiciones: a) las mismas deben realizarse en forma continua y b) la continuidad debe prolongarse por lo menos durante un año⁴.

La jurisprudencia del TRT de la 4^a Región, agrega a estas dos condiciones que para que se genere el derecho a la indemnización las horas extras suprimidas debieron ser cobradas por el trabajador. Parecería que este requisito no cuenta con mayores fundamentos, pero sin embargo, en una decisión que puede ser criticada, ha servido de argumento para que el Tribunal citado, le negara a la reclamante el derecho al cobro de la indemnización por supresión de horas extras.

En otro orden de cosas, según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (Súmula N° 291), el cálculo de la indemnización correspondiente debe ser realizado a razón del valor de las horas suprimidas en un mes, multiplicado por cada año o fracción de año igual o superior a seis meses de prestación de servicios. La jurisprudencia mencionada agrega que para el cálculo se tomará en cuenta el promedio de las horas extras efectivamente trabajadas en los últimos

4 Si bien el plazo es menor al anteriormente planteado por la Súmula No. 76 de 1978, que fue revisada por la Súmula No. 291, antes se ponía el límite de dos años; en esta última se establece la reparación por equivalente, en cambio en la anterior se establecía que el valor de las horas extras pasaba a integrar el salario del trabajador a todos los efectos legales.

12 meses, multiplicado por el valor de la hora extra del día de la supresión.

En las decisiones judiciales comentadas, los fundamentos están estructurados sobre la base de considerar que el trabajador tiene derecho a una estabilidad salarial, aún tratándose de un ingreso que se devenga por el pago del trabajo extraordinario.

Sin lugar a dudas que la jurisprudencia brasilera que ha adoptado este criterio desde hace varios años, es innovadora respecto a su similar de Uruguay. Esta última es proclive a considerar que el carácter extraordinario del trabajo lo hace aleatorio y que, por lo tanto, no es asimilable al concepto de estabilidad, lo que genera un posición jurisprudencial contraria a que el trabajador tenga derecho a esa porción de salario aunque la haya percibido desde largo tiempo atrás en forma continua y permanente.

1.2.3 El tiempo de traslado a cargo del empleador o tiempo in itinere y el concepto de jornada de trabajo

En este punto, también es diferente la jurisprudencia de ambos países.

Cabe señalar que tanto en Uruguay como en Brasil existen disposiciones normativas generales que regulan el tiempo que insume el traslado del empleado desde su lugar de residencia a su lugar de trabajo y que esta normativa, establece las condiciones que debe tener el traslado para poder considerarse tiempo de trabajo.

Así en Uruguay, el artículo 9 del Decreto del 29/10/57 establece tres requisitos para que el tiempo de traslado se considere tiempo de trabajo a todos los efectos legales y reglamentarios: a) el lugar de trabajo se debe encontrar a más de un kilómetro del ferrocarril⁵ o centros poblados más cercanos, b) el transporte debe ser proporcionado por el empleador y c) el traslado debe durar más de una hora.

Por su parte, el artículo 58 núm. 2 de la CLT de Brasil, establece como requisitos que: a) el lugar de trabajo sea de difícil acceso o no se pueda acceder por transporte público y b) que el traslado sea de cargo del empleador.

A los dos requisitos establecidos en la Consolidación de Leyes del

5 Sería correcto considerar esta referencia como análoga a transporte público colectivo.

Trabajo, en el derecho brasileiro debe agregarse lo dispuesto en la Súmula 90⁶ del Tribunal Superior del Trabajo de ese país, que ha agregado a los requisitos establecidos en el artículo 58 antes citado, dos condiciones adicionales, que el Tribunal utiliza como fundamentos para concluir que el tiempo de traslado sea considerado como tiempo trabajado.

Las condiciones que incluye esta jurisprudencia son: a) que exista incompatibilidad de los horarios del transporte público con los horarios de comienzo y/o finalización de la jornada de trabajo y b) que el transporte público solo cubra parte del trayecto y la distancia restante se realiza en transporte ofrecido por el empleador; en este caso solo, según el Tribunal, solo se computará como tiempo de trabajo el que demanda el trayecto realizado con transporte suministrado por el empleador. Aclara esta Súmula que la mera escasez de transporte no habilita a considerar el tiempo del viaje como trabajado. En cuanto a la naturaleza jurídica que el Tribunal atribuye a éste tiempo de traslado, considera que de exceder la jornada convencional debe ser catalogado de hora extra y abonado con el recargo correspondiente a las mismas.

Es apreciable que en la primera de las condiciones que incluye el Tribunal Superior del Trabajo brasileiro, se produce una ampliación del criterio jurídico que permite incluir el tiempo de traslado en el concepto de tiempo de trabajo o jornada de trabajo. Según la jurisprudencia citada, para descartar que no estemos dentro del concepto de tiempo de trabajo, es necesario que además de existir transporte público, el mismo tenga horarios sincronizados con la hora de comienzo y finalización de la jornada. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, en la medida que el trabajador no puede utilizar el transporte público en horarios o frecuencias adecuadas para llegar a su trabajo en hora coincidente con el comienzo de sus actividades, el empleador no podrá excusarse en la existencia de transporte público.

Todos los requisitos y condiciones que sirven de argumento a la jurisprudencia de cada país, aunque son diferentes en su formulación, tiene similar fundamento.

Veamos una síntesis de los argumentos utilizados:

a) no hay transporte público o en caso de que el mismo exista, los horarios del transporte público no son compatibles con los horarios de comienzo

⁶ Resolución No. 129 Diario judicial, del 5 de abril de 2005.

y finalización de la jornada de trabajo del trabajador.

b) el trabajador debe utilizar para su desplazamiento un transporte proporcionado por su empleador, lo que implica que el trabajador queda sometido a la disponibilidad del empleador y por lo tanto pierde la disponibilidad de su tiempo.

c) el traslado durar más de un determinado tiempo (una hora en la norma uruguaya).

d) Debe existir una cierta distancia en el recorrido del traslado. (Un kilómetro en la norma uruguaya).

En estos dos últimos aspectos tanto la norma como la jurisprudencia que la aplica hacen funcionar el principio de razonabilidad como forma de aportar criterios basados en situaciones objetivas que refieren a tiempo prolongados dedicados al traslado.

Veamos ahora alguna de las sentencias que se han analizado comparativamente donde efectivamente se reconocerán algunos de los criterios jurídicos que hemos adelantado en los párrafos anteriores.

Por Acórdão N° 0000227-79.2011.5.04.0741 RO, el 5° Turno del Tribunal Regional de Trabajo de la 4° Región, se interpreta que la Súmula No. 90 exige dos condiciones y que las mismas deben configurarse simultáneamente. Como hemos visto, las condiciones son: a) que el local de trabajo sea de difícil acceso y b) que no exista transporte público hacia el mismo. En base a estos elementos, y entendiendo que no se logró probar que en el caso se dieran estas condiciones, el Tribunal concluye que el tiempo de transporte que brindaba el empleador, no puede considerarse como tiempo de trabajo.

En el mismo sentido, por Acórdão N° 0001084-40.2010.5.04.0522 RO, el 9° Turno de dicho Tribunal, consideró que el demandado, para librarse del pago del tiempo de traslado, debió acreditar que ofrecía transporte a sus empleados por mera liberalidad, prueba que se lograba mediante la demostración de que existía transporte público apto, durante el horario de trabajo.

En la jurisprudencia brasilera cuando el traslado ofrecido por el empleador se hace por mera liberalidad o conveniencia de éste, no se considera tiempo de trabajo siempre que se pruebe que el lugar de trabajo no era de difícil acceso y que existe transporte público hacia el lugar de trabajo en horario

adecuado para que el trabajador pueda cumplir con su jornada de trabajo.

En base a una legislación más concreta, la jurisprudencia uruguaya relevada ha generado otros contenidos.

Debe advertirse que en Uruguay el sector de actividad en el que últimamente se ha planteado este tema es el forestal. Aquí es normal que los trabajadores deban trasladarse varios kilómetros a las zonas forestadas hasta llegar a la zona donde desarrollan sus actividades. Por tratarse de zonas rurales donde no existe transporte público es el empleador el que proporciona el medio de locomoción, hecho que genera el reclamo de los trabajadores por la remuneración del tiempo de traslado.

En estos casos, la jurisprudencia ha entendido (teniendo presente el concepto de trabajo efectivo), que el trabajador se encuentra sujeto a la voluntad del empleador y a su poder de dirección, por lo que, si bien no está cumpliendo su tarea específica, se considera tiempo a la orden y por tanto tiempo efectivo de trabajo.

La jurisprudencia uruguaya ha establecido que el trabajador no tiene libertad de acción al encontrarse confinado en el medio de transporte. Los empleadores demandados han esgrimido como defensa, que el trabajador durante el traslado puede leer, escuchar música, comer etc., por lo que no está cumpliendo una orden de trabajo. La jurisprudencia ha indicado que lo que se valora a la hora de establecer esa sujeción es la libertad de acción, la libertad de movimiento, concluyendo que durante el trascurso del viaje el trabajador no puede hacer lo que quiere, sino que está sujeto a la voluntad del empleador dentro del transporte que lo lleva a su lugar de trabajo. Esta situación de sujeción es lo que lleva a la jurisprudencia a considerar que este tiempo de traslado, cuando supera el horario legal o convencional, debe ser catalogado de horas extras.

Ahora bien, atendiendo a los requisitos exigidos por el artículo 9 del Decreto del 29/10/57 antes citado, la jurisprudencia, unánimemente, exige que se acredite que el traslado brindado por el empleador ha insumido más de una hora y aunque en el caso jurisprudencia planteado en el comentario, no se controvierte que la distancia es mayor a un kilómetro, también es un requisito de la legislación uruguaya que el traslado sea superior a un kilómetro de distancia.

Así el Tribunal de Apelaciones de 1º Turno por sentencias N° 48/2010 y 138/2010, señala que de la prueba aportada en el expediente surge acreditado que el tiempo de traslado insumía más de una hora a la ida y lo mismo a la vuelta, por tanto, excediéndose en el caso la limitación de la ley laboral, se

deben considerarse como tiempo trabajado y como hora extra y por lo tanto, remunerarse con el recargo correspondiente. Igual posición sustenta el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno en sentencia Nº 195/2009.

También aclara este Tribunal en sentencia No. 199/2008, que la norma no exige que se supere la hora tanto a la ida como a la vuelta, sino que basta que en uno de los viajes se supere la hora para que ésta sea computada como trabajada.

Observando ambas jurisprudencias, podemos advertir una divergencia importante. En efecto, la jurisprudencia uruguaya considera que por el solo hecho objetivo que el empleador asuma el traslado del trabajador, si este excede de una hora de duración y el trayecto es mayor a un kilómetro es considerado tiempo de trabajo, sin importar si ello beneficia al trabajador, ya que se parte de la base de que existe una motivación de conveniencia para el empleador, que se asegura que sus trabajadores estén a tiempo en el lugar de trabajo. Mientras tanto, para la jurisprudencia brasileña, el tiempo que dure el traslado no es relevante, y sí lo es el acceso difícil al lugar de trabajo y la falta de transporte público, condiciones que deben existir conjuntamente. De lo contrario el criterio sustentado es que el traslado a cargo del empleador es una mera liberalidad del empleador, que no genera pago extraordinario por no ser considerado tiempo de trabajo.

Conclusiones

En materia de tiempo de trabajo es evidente que ambas jurisprudencias han desarrollado conceptos que se apoyan en el carácter de orden público de las normas vigentes en cada país.

Coincidentemente, ambas jurisprudencias distinguen el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo a la orden o a disposición del empleador, para aplicar el criterio de horas extras.

Es destacable que la jurisprudencia brasileña ha adoptado decisiones innovadoras que en alguna medida cumplen con el objetivo tuitivo del derecho del trabajo. La misma hace referencia al principio de estabilidad económica como fundamento de la decisión judicial que opta por favorecer la predictibilidad del salario y por proteger el ingreso salarial del trabajador dependiente, generando un concepto que muestra una tendencia a dejar atrás dos ideas que en la jurisprudencia uruguaya parecen estar muy presentes. Nos referimos a la idea del contrato de trabajo como instrumento de regulación de la relación laboral y al

concepto de *jus variandi*, radicado en el ejercicio de la potestad de dirección del empleador.

Por último, las circunstancias en que se desarrollan las actividades en algunos sectores productivos, ha determinado que el alcance del concepto de jornada o tiempo de trabajo llegue a abarcar situaciones en las que el trabajador no ha comenzado a trabajar pero que por las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo, le imponen al trabajador estar una situación de pérdida de libertad. El hecho que el trabajador no pueda disponer de su tiempo en beneficio propio es determinante en esta jurisprudencia, para encuadrar dentro del concepto de jornada de trabajo, el tiempo que insume el traslado al lugar de trabajo. La jurisprudencia comentada, confirma que el carácter conmutativo de la relación laboral no se calibra en base a un criterio aritmético sino considerando la situación de libertad del hombre que trabaja.

Accidentes de Trabajo en la Jurisprudencia Uruguaya y Brasileña

Rodrigo Trindade de Souza^{1*}

Introducción. 1 Modalidades Resarcitorias. 1.1 Seguro de Accidente de Trabajo. 1.2 Responsabilidad Subjetiva. 2 Nociones y Grados de Culpa. 3 Pluralidad de ofensores. Delimitación de responsabilidad. 4 Cálculo de la pensión. 5 Estabilidad laboral por accidente. Consideraciones finales.

Introducción

La historia del Derecho del Trabajo se entrelaza con la lucha por la prevención y reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. Gran parte de las luchas por la formación de la legislación social, en Brasil y en Uruguay, radicaba en la necesidad de que el trabajador no soportara en solitario los riesgos de lesiones por su actividad, el peso de su infortunio.

Las relaciones laborales en Uruguay y Brasil poco difieren en cuanto a la lucha de los obreros por condiciones laborales más seguras y sanas. También, por desgracia, se asemejan en la continuidad de la cultura de la mala condición de trabajo, en la preferencia indemnizatoria a la preventiva.

Los dos países, sin embargo, poseen como punto de contacto la formación de tejido normativo bastante suficiente – aunque diferente en muchos aspectos – en la instrumentalización de la opción comunitaria de buscar proporcionar al dañado resarcimiento y amparo.

En el amplio estudio internacional sobre la regulación del trabajo realizado en 2004, se percibe que Brasil y Uruguay, países clasificados como de Derecho de origen francés, poseen indicadores similares. Así, podemos ver en la siguiente tabla:

^{1*} Juez del trabajo en el Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región (Rio Grande do Sul), máster en Derecho por la Universidade Federal do Paraná (UFPR) y experto en Derecho Material y Procesual del trabajo por la Universidade do Brasil (Unibrasil). Alumno de postgrado en la Universidad de La Republica (Montevideo, Uruguay). Profesor de Derecho Material y Procesual del Trabajo.

País	Employment laws index	Collective relations laws index	Social security laws index	Log GNP per capita 1997
Brazil	0,5676	0,3780	0,5471	8.4638
Uruguay	0,2762	0,3542	0,6778	8.7641
Median	0,4749	0,4554	0,6774	8.0163

Fonte: BOTERO et al., 2004

El breve estudio a seguir no tiene el objetivo de agotar las cuestiones que giran alrededor del gran tema de la infortunística laboral y su tendencia indemnizatoria, sino que busca, subrayar algunos importantes puntos de contacto y de alejamiento de las experiencias jurídicas uruguaya y brasileña en este tema tan complejo.

1 Modalidades Resarcitorias

El ordenamiento uruguayo presenta un sistema dual de proporcionar indemnizaciones para accidentes de trabajo. Una modalidad es de responsabilidad objetiva, con indemnización tarifada pagada por órgano de seguro. El segundo tipo se basa en la responsabilidad subjetiva, pagada por el empleador, con un valor establecido judicialmente, según la exacta extensión de los daños y que ocurre en las situaciones de conducta dolosa o culpa grave del empleador.

El sistema brasileño también tiene dualidad en las prestaciones originadas en accidente de trabajo o enfermedades equiparadas. La Constitución Federal establece en el artículo 7º, XXVIII² que hay una responsabilidad objetiva a través del seguro contra accidentes de trabajo, pagado por la Seguridad Social. En

2 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa. N.d.T Art. 7º. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tengan por objetivo el mejoramiento de sus condiciones sociales: [...] XXVIII-seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a la cual éste está obligado cuando incurre en dolo o culpa.

paralelo hay responsabilidad subjetiva del empleador, en el caso de dolo o culpa.

1.1 Seguro de Accidente de Trabajo

En los países, las modalidades de responsabilidad objetiva aplican la teoría del riesgo integral, por el cual el deber de indemnizar resulta del propio daño, sin consideración de cualquier hipótesis excluyente del nexo (hecho de un tercero, culpa de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor).

El primer modelo uruguayo de resarcimiento tiene características de responsabilidad objetiva y se basa en el riesgo de autoridad, cuyas indemnizaciones son pagadas directamente por el seguro. Se trata de un tipo de indemnización tarifada y que posee finalidad esencialmente social: garantizar la reparación inmediata de las consecuencias del daño producido en la integridad física del trabajador.

Se prevé en el artículo 140 del C.G.P. y en la Ley 16.074, la obligatoriedad de las empresas de contratar seguro por accidentes de trabajo³. El artículo 1º declara obligatorio el seguro por accidentes de trabajo. Es trasferido al Banco de Seguros la obligación de abonar la asistencia médica y las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores comprendidos en la ley⁴, y sólo en el valor del seguro⁵

En el caso brasileño, la responsabilidad objetiva está limitada a la situación de fijación de la obligación del órgano de seguridad social de alcanzar prestación propia por accidente de trabajo. Se agota, por lo tanto, como seguro obligatorio, pagado por el empleador y dirigido al órgano de seguridad social oficial.

Hay, sin embargo, una diferencia notable en los dos sistemas nacionales. En Brasil, tras un período de incertidumbre, la jurisprudencia ha establecido que no existe una relación de dependencia o perjuicio en las dos indemnizaciones

3 Art. 1º. Se declara obligatorio El seguro sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previsto en la presente ley.

4. Art. 8º. El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

5 "El Banco de Seguros del Estado es responsable de acuerdo con el art. 7 de la ley 16.074, solo por el pago de la renta, temporaria o definitiva. No puede ser responsable directo de daño alguno en la medida que siquiera su acción incidió en la producción del accidente." Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno. Sentencia definitiva 286/2009. Min. Redactor Rosina Rossi, juicio en 18/11/2009.

(la pagada por el sistema de seguridad social y la lograda por el empleador): se admite la superposición y por lo tanto no es adecuado limitar una sobre la otra. Aunque una eventual prestación de la seguridad social pueda cubrir posibles pérdidas por el evento dañoso, el empleado puede solicitar el reembolso de su empleador, si se prueba la culpa.

El modelo uruguayo permite que haya únicamente pago de indemnización tarifada, sin cualquier responsabilidad directa del empleador. Así ocurre cuando el valor alcanzado por el seguro es suficiente para soportar todos los perjuicios resultantes del evento dañoso. Sólo cuando en caso de dolo o culpa grave se podrá demandar la diferencia directamente al empleador.

Brasil cuenta con un seguro de accidente de trabajo, con el establecimiento de responsabilidad del órgano de seguridad social para ofrecer servicios de reparación. Así lo determina la Ley 8.213/91 y Decreto 2.172/97. Se aplica aquí la teoría de riesgo integral, por lo que ni siquiera las causas de exclusión del nexo causal – culpa de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o de fuerza mayor – alejan el derecho del empleado de recibir los fondos de seguridad social.

Sin embargo, existiendo dolo o culpa, el seguro contra accidentes de trabajo no exime la responsabilidad del empleador brasileño. La Constitución prevé la responsabilidad del empleador en caso de accidentes en el trabajo, siempre que resulte de conducta dolosa o culpable. No hay limitación o cualquier relación de pérdida entre el beneficio obtenido por la Seguridad Social y la lograda por el empleador.

1.2 Responsabilidad Subjetiva

La segunda modalidad de resarcimiento para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es de tipo subjetivo del empleador y se basa en reglas del derecho común. Ambos los sistemas nacionales de responsabilidad subjetiva se diferencian en los requisitos de grados de culpa que permiten su manejo. Mientras que el derecho brasileño permite que aun la culpa leve determine responsabilidad del empleador, la legislación uruguaya establece que sólo casos de dolo o culpa grave del empleador otorgan responsabilidad.

En Uruguay, la responsabilidad subjetiva tiene aplicaciones en las situaciones específicas de dolo o culpa grave en las obligaciones patronales de seguir normas de prevención y seguridad. Los accidentes producidos con culpa leve del empleador en el cumplimiento de las normas de seguridad y prevención,

permanecen exclusivamente reparados por la indemnización tarifada⁶.

Dicha responsabilidad subjetiva limitada sigue la disciplina del artículo 7º de la ley 16.074, fijando la obligación del empleador de cumplir las normas de seguridad. Asimismo, la Ley 10,004 establece en su primer artículo que el empleador es responsable civilmente por los accidentes que ocurran con sus empleados “*a causa del trabajo o en ocasión del mismo*”.

La aplicación de la responsabilidad subjetiva posee dos requisitos: la existencia de culpa grave o culpa del empleador y la existencia de perjuicios que ultrapasen los valores alcanzados por el seguro obligatorio⁷.

Conforme dispone los artículos 7º⁸ y 8º⁹ de la ley 16.074, hay una limitación

6 A título ilustrativo, Argentina posee sistema similar, pero con más limitaciones, La Ley de Riesgos Del Trabajo, art. 39, veda al afectado por los daños sufridos, el amparo de las normas generales sobre responsabilidad civil. Según enseña Vázquez, “la prohibición comprende tanto el marco de la responsabilidad contractual como la extracontractual, de factor subjetivo u objetivo de atribución. Ello, a excepción de que se configure el supuesto de dolo del art. 1072 del Código Civil”. Dicha autora, sin embargo, critica esa opción, afirmando que “la ley de riesgos del trabajo, en el sentido expuesto, va a contrapelo de toda la tendencia que se ha desplegado en el derecho moderno y así lo ha puesto de relieve la doctrina”. (VÁZQUEZ, 2004, p. 82 e p. 95).

7 “Así cuando se pretenda la culpa del empleador y en consecuencia su responsabilidad directa bajo las reglas del derecho común, el trabajador deberá probar dos aspectos: uno, la acción u omisión ilícitas (incumplimiento en normas de prevención o seguridad) y otro, la relación de causalidad entre el daño y la culpa (en el grado de culpa grave o dolo) como factor de atribución. Serán aplicables pues, con las adaptaciones del caso, todos los elementos de la responsabilidad civil y en particular de la responsabilidad contractual” (Sentencia Definitiva n o. 214/2009. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno. Ministro Redactor: Dra. Rosina Rossi. 26//2009.

8 Artículo 7º.- Las personas amparadas por la presente ley, y en su caso, sus derecho-habientes, no tendrán más derechos como consecuencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que los que la presente ley les acuerda, a menos que en éstos haya mediado dolo por parte del patrono o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención. En este caso además el Banco podrá aplicar las sanciones correspondientes (Pérdida del seguro, recuperaciones de gastos y multas).

Acreditada por el patrono la existencia del seguro obligatorio establecido por la presente ley, la acción deberá dirigirse directamente contra el Banco de Seguros del Estado, quedando eximido el patrono asegurado de toda responsabilidad y siendo aplicables por tanto las disposiciones del derecho común. Todo ello sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso anterior.

9 Artículo 8º.- El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional.

A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas o no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica.

El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y el reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36.

Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que

del derecho que reclama indemnización directamente al empleador. La empresa queda eximida de responsabilidad si la cobertura del seguro de accidentes de trabajo es suficiente para proveer la indemnización en la forma de valores o de asistencia médica.

En común, Brasil y Uruguay reconocen esta segunda modalidad resarcitoria como de tipo contractual. Radica en la obligación empresarial de proteger la salud y la seguridad de los empleados, previniendo la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por medio del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, así como la observancia de un standart mínimo de prudencia y diligencia.

El modelo brasileño de culpa subjetiva, sin embargo, no está limitado a las hipótesis de dolo o culpa grave del empleador, También la culpa leve es suficiente para la fijación de la responsabilidad de resarcimiento.

Actualmente, la jurisprudencia brasileña no establece restricciones a la acumulación de reparaciones civiles con los beneficios accidentarios¹⁰. La lógica de la acumulación está en el desplazamiento de la naturaleza contractual del asegurado del trabajo para un sistema de seguro social de solidaridad más amplia. Además, el trabajador y empresario contribuyen para la seguridad social como modo de financiar los beneficios accidentarios.

Se refuerza la separación de resarcimientos, porque de alguna manera, el beneficio de la seguridad social deriva de un otro tipo de premio de seguro.

2 Nociones y Grados de Culpa

Por tratarse de modalidad de responsabilidad subjetiva y para aplicación de la reglamentación indemnizatoria del derecho común, la jurisprudencia de los dos países subrayan que es el empleado quien debe demostrar la culpa patronal.

Así, le corresponde al trabajador primero comprobar el hecho de la acción o la omisión ilícitas, como el incumplimiento de normas de prevención o seguridad. También le corresponde presentar la relación de causalidad entre el daño y la culpa, como factor de atribución. Serán, consecuentemente, aplicables

correspondan.

10[STJ, RESP 402.833/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho, julgado em 06/02/2003] STJ, RESP 402.833/SP, 4ª Turno, Rel. Ministro Aldir Passarinho, juicio en 06/02/2003.

todos los elementos de responsabilidad civil y, en particular, de responsabilidad contractual.

Es común en la jurisprudencia uruguaya la preocupación de comparar la conducta del empleador – para averiguación de incumplimiento de sus deberes – con el tradicional modelo romano de buen padre de familia diligente. Se suele tener en cuenta un paradigma abstracto de persona prolija, vigilante, el hombre medio, prudente, precavido, atento¹¹. A partir de ese *standart*, se produce, en el caso concreto, una comparación entre el deudor y la conducta que se debería observar, la de “buen padre de familia” ante la misma situación. El concepto es adaptado por los magistrados con jurisdicción laboral para el modelo sugerido de “empresario diligente”.

Sin embargo, no existe en la Ley 16.074 un concepto de culpa. La consecuencia es el socorro en el derecho común, en específico en lo dispuesto en el artículo 1.344 del Código Civil, el cual establece que “*se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia*”. El segundo inciso dispone que es obligatorio el sujeto “*a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es a prestar la culpa leve*”.

La ley laboral uruguaya (artículo 7º de la Ley 16.074) no define culpa grave. El concepto a menudo se busca en la doctrina de responsabilidad civil, fijándola como aquella que es grosera e imperdonable, totalmente alejada del modelo que omite medidas elementales.

La noción de culpa también se asocia a la conciencia de peligro que debe tener el autor del daño y por lo tanto, se presupone una previsibilidad de alguna manera objetiva. Los juzgados demuestran que la conducta esperada es la que prevé lo que todos prevén y no omitir los cuidados más comunes.

En la culpa grave la violación de la reglamentación por parte del empleador no es intencional, pero ocurre con grosera imprudencia o negligencia emergente de la culpa consciente, o de la culpa con previsión.

El transporte de tales nociones al ambiente laboral permite a los jueces uruguayos evaluar las conductas, no solo teniendo en consideración una conducta diligente de empleador, sino analizando el procedimiento se observó el

11 En ese sentido, subraya el tratadista uruguayo Gamarra, incurre en culpa aquél sujeto que no emplea todo el cuidado o diligencia que habría usado el buen padre de familia. Es decir, el cuidado o diligencia del hombre medio común, ni excesivamente cuidadoso, ni excesivamente descuidado (GAMARRA, 2004, p. 213).

standart esperado del buen empleador.

A diferencia del vecino platino, la jurisprudencia brasileña admite la posibilidad de responsabilizar al empleador por accidente o enfermedad ocupacional en cualquier grado de culpa.

El socorro del derecho común para la identificación de las determinantes de la responsabilidad del empleador en casos de accidentes de trabajo también suele ocurrir en Brasil. Las indemnizaciones por daños materiales y morales derivan del reconocimiento del deber de indemnizar, en virtud de la existencia del acto ilícito que causó daño al trabajador, conforme lo determinan los artículos 186¹² y 927¹³ del Código Civil.

A raíz de la disposición constitucional presente en el art.7º, XXVIII, hay dos indemnizaciones por accidente de trabajo, autónomas y acumulables. Una de responsabilidad estatal, a través del órgano de seguridad social, y otra con deber soportado por el propio empleador.

La responsabilidad del empleador se fija, generalmente, a partir del elemento culpa o dolo. No obstante, se desarrolló en la jurisprudencia brasileña la posibilidad del reconocimiento de responsabilidad objetiva – sin cuestionamiento de culpa – cuando la actividad de la empresa, por su naturaleza, involucra demasiado riesgo.

Con respecto a las situaciones en que el accidente se produce fuera de la actividad empresarial de riesgo excepcional, la gran parte de la jurisprudencia nacional entiende que permanece la necesidad de demostrar la culpa del empleador. No hay cualquier exigencia de culpa grave para fijación del deber indemnizatorio patronal: es suficiente cualquier grado de culpabilidad, aunque leve. Campo mayoritario de la doctrina nacional ha estado acompañando este entendimiento¹⁴.

Hay, sin embargo, un rápido avance jurisprudencial hacia la comprensión

12 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. N.d.T. Art. 186. Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a otro, aunque exclusivamente moral, comete ato ilícito.

13 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. N.d.T. Art. 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 e 187), causar daño a otro, se ve obligado a repararlo.

14 “A indenização por acidente de trabalho tem como suporte principal a responsabilidade subjetiva, isto é, exige-se a comprovação da culpa do empregador, de qualquer grau, para nascer o direito à vítima. [...] A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade patronal não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura

que existe, em casi todas las situaciones, condiciones de responsabilidad de la empresa. La tendencia que se nota en distintos juicios brasileños es la de reconocer el simple hecho del accidente – sin atribuirle la culpa a la víctima, fuerza mayor o caso fortuito – como fuerte elemento para que se fije la culpa al empleador, ya que no cumplió el deber general de suministrar un ambiente de trabajo seguro¹⁵.

También se refuerza la noción de culpabilidad presumida del empleador, ante la obligación legal de propiciar condiciones adecuadas de seguridad en el suministro de mano de obra^{16 17}.

Sobre el tema de la responsabilidad del empleador, vale la pena transcribir

do seguro de acidente do trabalho, conforme as normas da Previdência Social”. N.d.T “La indemnización por accidente de trabajo tiene como principal soporte la responsabilidad subjetiva, es decir, se exige la comprobación de la culpa del empleador, de cualquier grado, para que nazca el derecho de la víctima, en esa hipótesis, sólo la cobertura no genera automáticamente el deber de indemnizar, quedando a la víctima, en esa hipótesis, sólo la cobertura del seguro de accidentes de trabajo, según las normas de la Seguridad Social” (OLIVEIRA, 2005, p. 77-78).

“A indenização pela empresa deve ocorrer quando comprovada sua conduta dolosa ou culposa. Contudo, há regimes especiais que impõem a indenização pela empresa, independente de culpa.” N.d.T. “La indemnización por la empresa debe ocurrir cuando se comprueba su conducta dolosa o culposa. Sin embargo, hay regímenes especiales que imponen la indemnización por la empresa, independiente de culpa” (DALLEGRAVE NETO, 2005, p. 181).

“[...] a regra geral mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano [...]” N.d.T “[...] la regla general se mantiene con la noción de responsabilidad subjetiva, por medio de análisis de culpa del autor del daño [...]” (DELGADO, 2004, p. 620).

15 Así se verifica en el juicio de los acórdãos: TRT-IV, RO 0123500-14.2005.5.04.0511, 3ª Turma, Relator Desembargador Carlos Alberto Robinson (explosão de câmara de pneu em borracharia); TST, RR 59300-11.2005.5.15.086, 3ª Turma, Rela. Min. Rosa Maria Weber, julgado em 12/8/2011 (acidente de trânsito de entregador motociclista – motoboy); TST, RR - 108200-72.2001.5.04.0732 Data de Julgamento: 24/09/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação em 24/10/2008 (atividade com aparelhos energizados); TST, RR 356000-95.2006.5.12.0027, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, julgamento em 14/05/2010 (doença respiratória em extração de carvão mineral); TST, RR 135400-84.2005.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, julgamento em 21/05/2010 (doença lombar em carregamento e descarregamento manual de caixas). N.d.T. TRT-IV, RO 0123500-14.2005.5.04.0511, 3ª Turno, Relator Magistrado Carlos Alberto Robinson (explosión de llanta de neumáticos en gomería de; TST, RR 59300-11.2005.5.15.086, 3ª Turno, Rela. Min. Rosa Maria Weber, en 12/8/2011 (accidente de tráfico de entregador motociclista – mensajero); TST, RR - 108200-72.2001.5.04.0732 Fecha de Juicio: 24/09/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turno, Fecha de Publicación en 24/10/2008 (actividad con aparatos energizados); TST, RR 356000-95.2006.5.12.0027, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turno, juicio en 14/05/2010 (enfermedad respiratoria en extracción de carbón mineral); TST, RR 135400-84.2005.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turno, juicio en 21/05/2010 (enfermedad lumbar en carga y descarga manual de cajas).

16 [Consolidação das Leis do Trabalho, art. 157. Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (...)] Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 157. Cabe a las empresas: I – cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad y medicina del trabajo; (...)

17 “Em matéria de segurança do trabalho, a simples inobservância das normas pertinentes induz à culpa do empregador, na modalidade culpa contra a legalidade lato sensu” (TAMG Apelação n

parte de la sentencia dictada por el Tribunal Superior, que señala la presunción de culpa patronal en los accidentes:

[...]A la luz de dicho entendimiento, expresado desde hace tiempo por el Tribunal Supremo y confirmada por la jurisprudencia dominante de nuestros Tribunales, se presume la culpa del jefe, una vez demostrado que el empleado, vale decir, opera la inversión de la carga de la prueba. Para el Prof. Silvio Rodríguez, “así, en lugar de que la víctima tenga que probar la culpa in eligendo o in vigilando del patrono, sería éste, a causa de la presunción, que debiera probar su no culpabilidad” (Derecho Civil, Responsabilidad Civil, vol . 4, p. 58a, 16a ed.). Idéntico e magisterio del profesor. Washington de Barros Monteiro: “bajo estas condiciones, ya no le cabe más al ofendido probar la culpabilidad del patrón, en una acción por daños y perjuicios, le compete solamente demostrar la existencia de acto lesivo y que este se debe a la culpa del prepuesto. Constatada, emergerá, ipso facto, la culpabilidad del patrón, que sólo estará exento de responsabilidad si tiene a su favor alguna de las excusas legales”(Curso de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones -- Parte 2, pág 401, 29^a ed). Por su parte, el profesor y Juez Sergio Cavalieri Filho enseña que “en el caso de presunta culpabilidad, el demandante sólo necesita probar el daño y la relación de causalidad entre dicho comportamiento y la conducta del agente. Se invierte la carga de la prueba en cuanto a la culpa. Habrá que demostrar que el acusado no tuvo la culpa, por ejemplo, en el caso del art. 1527 del Código Civil “(Programa de Responsabilidad Civil, p. 42, ed. 1.996)¹⁸.

Se nota el direccionamiento de la jurisprudencia brasileña en el fortalecimiento de la noción de culpabilidad presumida del empleador en el accidente de trabajo. Como consecuencia, cabe a la empresa demostrar que trabajó con todas las medidas necesarias para la seguridad.

Como refuerzo a la exoneración de la carga del empleado en la demostración de culpa está la construcción jurisprudencial brasileña de responsabilidad objetiva del empleador en las situaciones de gran riesgo en la actividad. El Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior del Trabajo entienden que la Constitución Federal prevé regla general de responsabilidad subjetiva del empleador, pero aceptan la hipótesis de excepción del artículo 927,

^o 351.727-1, 6ª Câmara Cível, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, julgado em agosto de 2002.). N.d.T. “En términos de seguridad del trabajo, el mero incumplimiento de las normas pertinentes induce a la culpa del empleador, en la modalidad culpa contra la legalidad lato sensu” (TAMG Apelación n^o 351.727-1, 6ª Câmara Civil, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, juzgado en agosto de 2002.).

18 [STJ, Resp 96704, Rel. Min. Barros Monteiro, publicado em 20.05.02] STJ, Resp 96704, Rel. Min. Barros Monteiro, publicado en 20.05.02.

párrafo único¹⁹ del Código Civil de responsabilidad objetiva, en los casos de actividades de riesgo²⁰. La tesis que prevalece es la de que la limitación subjetiva constitucional no es insuperable, ya que se admite y estimula la mejoría de los derechos de los trabajadores.

El Código Civil de 2002 se refiere en su artículo 927 a la hipótesis de responsabilidad civil objetiva, pero la limita expresamente a las actividades desarrolladas normalmente por el autor del daño que impliquen, por su naturaleza, riesgos para los derechos del otro. Aclara, por lo tanto, que la actividad que lleve a la producción de perjuicios posea una característica de riesgo. Para que haya indemnización se necesita comparar el riesgo de la actividad que ha generado el daño con el nivel de exposición al peligro a la que normalmente se someten los demás miembros de la sociedad. Es decir, sólo cuando el riesgo al que se expone el trabajador está más allá del riesgo mediano de la colectividad, habrá de aplicarse dicha modalidad de responsabilidad objetiva.

La implementación de la responsabilidad civil objetiva o teoría del riesgo en el ámbito general de los infortunios laborales – según la opinión de gran parte de la doctrina brasileña – es simplemente una cuestión de tiempo y maduración legislativa e institucional. Actualmente, los órganos de jurisdicción brasileños propenden a analizar la situación dañosa caso a caso. Para enmarcar al autor del daño en la responsabilidad objetiva por el riesgo de la actividad normalmente desarrollada (con el nivel de exposición al peligro que estaba sometida la víctima) se la compara con el nivel en el que estaban expuestos los demás integrantes de la colectividad. En consecuencia, pasara a investigar si la actividad desarrollada ofrece demasiado riesgo²¹.

Sin embargo, aun en la modalidad de responsabilidad objetiva, se hace necesario un análisis de las excepciones de nexos causal (hecho de un tercero, culpa de la víctima, y fuerza mayor).

No se identifica en la jurisprudencia corriente uruguaya la misma

19 Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. N.d.T, Art. 927. Parágrafo único. Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos especificados por ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implicare, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro.

20 En este sentido las decisiones: TST, RR 22/204-011-05-00, 1ª Turno, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa; RR 946/2006-025-12-00, 1ª Turno, Rel. Min. Vieira de Mello Filho; RR 1.538/2006, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turno.

21 En ese sentido, el acórdão del proceso TRT-IV, 01647-2005-771-04-00-4 RO, Relator Desembargador Hugo Carlos Scheuermann, publicado en 27/4/2005.

construcción sistemática de la fijación de responsabilidad objetiva del empleador en las situaciones de actividad de riesgo acentuado. Hasta porque el elemento culpa grave es imprescindible para que se obtenga una indemnización complementaria a la alcanzada por el seguro obligatorio.

3 Pluralidad de ofensores. Delimitación de responsabilidad

Brasil y Uruguay experimentan un avance de organización de actividades empresariales pautadas por la tercerización de servicios. Por consiguiente, se vuelven comunes las situaciones en las que el empleador sufre accidente trabajando en ambiente de otra empresa. El fundamento de responsabilidad de las dos entidades empresarias involucradas en la tercerización es, en ambos países, tomado de los códigos civiles y también en la tesis de *culpa in eligendo*: la falta de la debida diligencia en la contratación de la empresa que suministró servicios, la cual habría contribuido también para el suceso dañoso²².

En situaciones en las que no es posible detectar que haya más de un responsable por la producción de los sucesos dañosos, la jurisprudencia uruguaya aplica el artículo 1331 del Código Civil, el cual determina la división de obligaciones²³. Parcela de las decisiones, divide la responsabilidad en partes iguales de ofensores, determinando que si hay dos ofensores, la coparticipación causal en el suceso dañoso parte porcentualmente la obligación de resarcir: cada uno se hará responsable por 50%. Sin embargo, mayoritariamente la jurisprudencia fija la responsabilidad solidaria indivisible y exigible en el todo²⁴.

La jurisprudencia brasileña reconoce aun la posibilidad de identificación de más de un ofensor y, consecuentemente aumenta la lista de responsables por los resarcimientos. Casi en su totalidad, la opción jurisprudencial ha sido la de no establecer fijación de responsabilidades estancadas, aisladas. Con base en el artículo 942 del Código Civil²⁵, los tribunales nacionales establecen

22 En la doctrina uruguaya no es unánime la amplia responsabilidad de las empresas involucradas en tercerización: "[...] el sistema anterior, en el inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 10.004, se preveía con relación a los trabajos realizados con la intervención de sub-contratistas, la responsabilidad solidaria de éstos con los contratistas. Esta disposición claramente protectora del trabajador, en forma inexplicable no aparece en la nueva Ley, por lo cual y de acuerdo a la derogación expresa de la Ley 10.004, debe concluirse que ha sido derogada" (MANGARELLI, 1991, p. 355).

23 Art. 1331. Si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente por el daño causado.

24 SENTENCIA N° 17. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno. Ministra Redactora Dra. Ana M. Maggi, juicio en 16/02/2009.

25 Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente

responsabilidad solidaria integral: ambos agresores responden por toda la deuda.

4 Cálculo de la pensión

En situaciones de perjuicios permanentes, con reducción de la capacidad de trabajo, o incluso muerte, hay el regular cálculo pensión y condenación en pagos de pensión.

En los dos países, se usa comúnmente para identificar el valor que debe ser calculado que se observe el valor integral de la remuneración del trabajador, incluyendo horas extras y otras sumas pagas por el trabajo en la época del suceso (vacaciones, aguinaldo navideño, etc.).

No obstante, los limitadores de cálculo son distintos.

En Uruguay, los jueces suelen establecer las pensiones tomando por base la edad de la víctima e incluso la estimativa de vida laboral útil. De modo general, se resta la edad estimada máxima de trabajo (65 años) por la edad del trabajador en el momento de la exigibilidad de la prestación. Así, si el empleado tenía 27 años cuando se accidentó, el cálculo de la pensión observará la edad límite de 38 años ($65 - 27 = 38$)²⁶.

La opción de la jurisprudencia brasileña no ha sido de limitación al plazo final esperado de la vida de trabajo. Se sigue lo determinado en el artículo 948, II, del Código Civil²⁷, la obligación del pago mensual se acaba cuando se completa la probable sobrevivida que la víctima tendría. El cálculo se establece usando el estudio estadístico oficial, el cual indica la expectativa de sobrevivida en años para cada edad. Usando como ejemplo lo dicho anteriormente, para un trabajador brasileño lesionado con 27 años la esperanza de vida sería 45,1 años²⁸. Es decir,

pela reparaco. N.d.T. Art. 942. Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otra persona estn sujetos a reparación del daño causad; y, si la ofensa tiene a más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación.

26 Esa ha sido la exacta forma utilizada en el cálculo de indemnización Sentencia T.A.T. 3º T., nº 437/01, LJU CASO 14408, fecha 05/12/2001. Molinari – Gmez – Piatniza.

27 Art. 948. No caso de homicdio, a indenizao consiste, sem excluir outras reparaes: [...] II – na prestao de alimentos s pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a durao provável da vida da vítima. N.d.T. Art. 948. En el caso de homicidio, la indemnización consiste, sin excluir otras reparaciones: [...] II – en la prestación de alimentos a las personas a quien el muerto se los debía, llevándose en consideración la duración probable de la vida de la víctima.

28 Tabla de mortalidad publicada en 2003, sexo masculino, por el Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

el cálculo de la pensión perduraría hasta que la víctima completara 72,1 años.

5 Estabilidad laboral por accidente

Los dos sistemas jurídicos nacionales reconocen no sólo la fragilidad del empleado que vuelve al trabajo tras accidente laboral, sino también la necesidad de que no se los demita sin motivo.

Ambos países, no prevén que el trabajador quede ceñido al puesto de trabajo. Se prohíbe el despido sin causa, pero se permite el despido por falta grave. También tienen en común la previsión de derecho de regreso al trabajo y a la readaptación a las actividades que sobreviene a la disminución de la capacidad laboral.

La garantía de empleo del trabajador accidentado está prevista en el ordenamiento uruguayo en el artículo 69 de la Ley 16.074²⁹. El trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional tiene el derecho a la readmisión en el mismo cargo, una vez que esté recuperado. En el caso de incapacidad parcial, tendrá la oportunidad de ser reincorporado en cargo compatible con su situación actual. Reingresando, el empleado tendrá el derecho a la garantía de no ser despedido sin justa causa por 180 días. En caso que la empresa no providencie el reingreso del trabajador, este tendrá derecho a una indemnización de despido que corresponde al triple de lo que establece la ley.

El Derecho brasileño reglamenta la situación en el artículo 118 de la Ley 8.213/91³⁰. Se otorga al trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo la

²⁹ Art. 69. El trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, si así lo solicita, deberá ser readmitido en el mismo cargo que ocupaba, una vez comprobada su recuperación. Si el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a solicitar su reincorporación al cargo que ocupaba, si está en condiciones de desempeñarlo, o a cualquier otro compatible con su capacidad limitada.

Readmitido el trabajador, no podrá ser despedido hasta que hayan transcurrido por lo menos ciento ochenta días a contar de su reingreso, salvo que el empleador justifique notoria mala conducta o causa grave superviniente.

El trabajador deberá presentarse a la empresa para desempeñar sus tareas dentro de los quince días de haber sido dada de alta. Si la empresa no lo readmitiera dentro de los quince días siguientes a su presentación tendrá derecho a una indemnización por despido equivalente al triple de lo establecido por las leyes laborales vigentes.

³⁰ Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente. N.d.T. Art. 118. El asegurado que sufrió accidente de trabajo tiene la garantía, por un plazo mínimo de 12 meses, al mantenimiento de su contrato de trabajo en la empresa, tras el cese del subsidio enfermedad accidentaria, independentemente de percepción de subsidio-acidente.

garantía de empleo por un plazo mínimo de doce meses. Como requisito está la necesidad de que el trabajador haya recibido un beneficio social propio por accidente de trabajo (subsidio de enfermedad accidental), aunque no reciba la prestación propia de secuela con disminución de la capacidad laboral (subsidio por enfermedad). La jurisprudencia consolidada del Tribunal Superior del Trabajo considera que es suficiente que ocurra un accidente de trabajo (independiente del recibimiento del beneficio social) para que se determine la estabilidad³¹.

Por lo que se percibe, la ley brasileña concede período de estabilidad mucho mayor (12 meses, frente a los 6 meses de la legislación platina). Parte de la jurisprudencia Uruguaya comprende que el trabajador injustamente despedido tiene el derecho no sólo de recibir los sueldos del periodo de estabilidad, sino también a la indemnización por el despido³².

Consideraciones finales

Las legislaciones de Brasil y Uruguay poseen preocupaciones en común, aunque puestas en práctica, en algunas situaciones, con opciones distintas.

El principal punto de divergencia de los dos sistemas parece ser la (in) compatibilidad de resarcimientos brindados por el servicio social (a partir de un sistema de seguro obligatorio) y la indemnización lograda directamente por el empleador. La opción uruguaya de una indemnización tarifada, independiente de la culpa, puede tener utilidad en las situaciones en las que el empleador no presenta condiciones económicas de indemnizar el accidente. El sistema brasileño, que suma una indemnización de seguridad social de responsabilidad objetiva con otra por cualquier grado de culpa del empleador, se muestra más completo en las ocasiones en las que las pérdidas superan las garantías del seguro. Parece haber también un mayor beneficio para el empleado, ya que no

31 En cuanto a la materia, el Tribunal Superior del Trabajo consolidó el criterio consagrado en la Súmula 378, II, de que: "São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidental, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego." N.d.T. "Se presupone para la concesión de la estabilidad el alejamiento superior a 15 días y la consecuente percepción del subsidio-enfermedad accidental, salvo si se constata, tras la despedida, enfermedad profesional que guarde relación de causalidad con la ejecución del contrato de empleo."

32 En ese sentido las decisiones T.A.T. 1º Turno Sentencia n° 28, de 21/5/1997 y T.A.T. Sentencia n° 49, de 21/3/2001. Una bien producida síntesis de la divergencia jurisprudencial uruguaya sobre la compatibilidad entre las indemnizaciones tarifadas y otros resarcimientos fijados judicialmente para dispensas abusivas puede ser vista en Sentencia Definitiva n° 457/2011, Tribunal Apelaciones Trabajo de 2º Turno, Ministro Redactor Dr. Jose Echeveste Costa, juicio en 26/10/2011.

se requiere la existencia de culpa grave para responsabilizar al empleador.

El período más largo de estabilidad, la forma de cálculo de pensión practicada por la jurisprudencia brasileña y compartir de manera solidaria la responsabilidad de coautores del delito, parece comportar mayores beneficios y garantías a los trabajadores accidentados. Por otro lado, la opción de parte de la jurisprudencia uruguaya por sumar indemnizaciones de despido tarifado reforzado con sueldos de periodo de estabilidad aumenta el beneficio del trabajador y parece reprimir iniciativas empresariales de fraudar la estabilidad.

Los análisis comparativos hechos permiten comprender que no hay nada definitivo y acabado en la intención principiológica de los pueblos uruguayo y brasileño de proveer protección a los accidentados. En cambio, las diferentes opciones permiten reflexionar sobre la necesidad de aproximación de las experiencias y seguir con el proceso de integración comunitaria. Como está bien definido por SARTHOU, sirven para que se busque, a partir de un base empírica conveniente, reflexionar de forma constructiva y prospectiva sobre la necesidad y posibilidad de uniformizar mínimamente la normativa laboral, por medio de un proceso gradual, flexible y participativo (SARTHOU, 2002, p. 49).

Referencias Bibliográficas

BOTERO, Juan C. et al. The regulation of labor. The Quarterly Journal of Economics, Cambridge, MA, v. 119, n. 4, nov. 2004, p. 1339-1382.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

GAMARRA, Jorge. Tratado de derecho civil uruguayo. N. XVII, vol. 1. Montevideo: MBAT, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2005.

MANGARELLI, Cristina. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. In: LA SEGURIDAD social en el Uruguay. Montevideo: FCU, VV.AA., outubro de 1991.

SARTHOU, Hélios. El derecho del trabajo en la integración regional. In:

DIREITO do trabalho na integração regional. São Paulo: Observador Legal, 2002.

VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. El regreso al derecho civil para la protección del trabajador. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004.

Subordinación

Estudio comparado de jurisprudencia Uruguay-Brasil

Rosina Rossi Albert^{1*}

María del Carmen Corujo Milán^{2**}

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

I El tema de investigación y metodología

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

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

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

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

una de las autoras de este análisis. ³

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

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

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

II La subordinación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la idea de la *subordinación objetiva o funcional* que reconoce ciertas premisas : el trabajo del trabajador no se separa la persona de su prestador, existiendo sin embargo , una relación de inmediatez con el trabajo, pero no con el prestador de servicios; la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado se justifica exclusivamente en razones de mantenimiento de la actividad del empleado a favor de la empresa; el límite del ejercicio del poder de dirección se ubica en la adecuación de la actividad del empleado a la actividad de la empresa; el trabajo del empleado es ejercido mediante actos autónomos, únicamente orientados por el empleador; lo que se integra a la empresa es la actividad del empleado y no el empleado mismo; la actividad del empleado es imprescindible para la actividad de la empresa resultando un acoplamiento de ellas en virtud de las expectativas recíprocas y anteriores de las partes; la inserción ocurre de actividad a actividad y no de persona a persona. Expresa el autor además que el elemento constante que define la posición el trabajador en la empresa no es la subordinación sino la participación integrativa más o menos intensa de su actividad en la actividad de ésta.¹²

Este concepto de subordinación objetiva o funcional ha sido complementado por el de “subordinación estructural” expresada en el “leading case” proceso nº RO-00059-2007-011-03-00-0, TRT da 3ª Região, cuyos requisitos se concretan en los siguientes: el trabajador debe prestar su servicio para una organización productiva ajena; los frutos de su trabajo no le pertenecen, sino que le pertenecen a la empresa; el trabajador no posee una organización empresarial propia , no es un empresario; y el trabajador no asume los riesgos de la ganancia o pérdida por el riesgo del negocio. Como se advierte, esta nueva concepción persigue incluir la protección regulatoria del derecho del trabajo también a aquellos trabajadores que están insertos en el ámbito de repercusión de las decisiones de la empresa, o sea que pretende integrar a los trabajadores desprotegidos por un sistema de acumulación flexible.

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

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

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

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

En puridad el nuevo concepto doctrinario de subordinación es el recogido

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

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

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

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

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

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

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

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

III Marco normativo definidor del concepto de subordinación Uruguay-Brasil

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

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

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

1 En Brasil

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

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

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

2 En Uruguay

Uruguay en cambio, acompañando la tendencia general latinoamericana¹⁶, no cuenta con una definición legislativa de la subordinación ni con una definición general de los aspectos principales característicos de la relación de trabajo. (trabajador, empleador, salario, etc). El ordenamiento jurídico presenta sin embargo, disposiciones que indirectamente inciden en la delimitación del concepto y que puede aglutinarse en tres grupos: unas, que califican todos o algunos de los aspectos característicos limitando su alcance a algún instituto en

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

particular¹⁷, otras, que reglamentan la responsabilidad laboral¹⁸ y otras, generales ubicadas en sede de interpretación de los contratos en el Código Civil.¹⁹

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

A ello se agrega que la inclusión como fuente de integración de la imprevisiones constitucionales, de las doctrinas generalmente admitidas que prevé el art. 332 de la Carta²⁰, da ingreso a la Recomendación n. 198 de OIT como expresión de la opinión de la conciencia jurídica universal derivada tanto de las mayorías necesarias para su aprobación en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, como del carácter tripartito de la integración de ésta.²¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sostiene además que el problema a resolver podría situarse en

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

Indica que resulta indudable que en tales diferendos

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

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

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

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

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

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

Indica la sentencia que

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

Indica también que

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

Releva que

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

La sentencia releva dos elementos decisivos: uno, la modalidad de liquidación de los servicios de podóloga -le abonaba por un sistema de tickets u órdenes que eran liquidados en forma mensual por la mutualista a la accionante y que figuraban en su recibo de salario como nurse bajo el título “viáticos y otros”. Otro, la ausencia de explicación racional que justifique que la actora hubiera optado por una modalidad de contratación menos protectora, además de no apreciarse, las claras razones o ventajas que la hubieran inducido a contratar bajo la modalidad del arrendamiento de servicios, cuando de infolios emerge que ni siquiera podía afiliarse por ejemplo a la Caja Profesional por no estar incluida la tecnicatura de podólogo dentro de las profesiones incluidas en dicha caja paraestatal (información de fs. 580); por lo que ni siquiera puede argumentarse que podría eventualmente beneficiarse con otra jubilación bajo otro sistema de aportes.

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

3 En el Derecho Internacional del Trabajo

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

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

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

las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación en su interpretación o en su aplicación o cuando los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a que tienen derecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

- + que requiera la disponibilidad del trabajador,

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

- + que se pague una remuneración periódica al trabajador;

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

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

transporte, u otros;

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

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

+ que no existan riesgos financieros para el trabajador.

La Recomendación de OIT como fuente normativa, si bien no requiere de ratificación y como su nombre lo indica no ostenta fuerza vinculante para los Estados miembros - como lo son Uruguay y Brasil – es exponente de la opinión jurídica de la mayor parte de ellos ya que del mismo modo que el convenio internacional de trabajo nace en el seno de la Conferencia General²³ y genera la obligación de sumisión a la autoridad competente para que le de forma de ley o adopte otras medidas.²⁴

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

Como se podrá apreciar, el abordaje de jurisprudencia que sigue da cuenta que Uruguay y Brasil se inscriben en esta tendencia en el ámbito de la resolución de diferendos en torno a la calificación del vínculo jurídico cuando está involucrado el trabajo humano. Concretamente, a través de la guía interpretativa que aporta la Recomendación n. 198 de OIT²⁶ que redimensiona el concepto de subordinación nutriéndolo muy especialmente de la ajenidad de la prestación del trabajador y de la inserción de aquella – aunque no necesariamente de la

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

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

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

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

persona del trabajador – en la actividad de la empresa.

IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay – Brasil

1 Naturaleza de los indicadores

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

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

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

2 Tendencias de la jurisprudencia

2.1 Retribución

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

A su vez esta puede ser fija o variable.

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

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

dictada en el proceso 0022700-77.2009 5.04.0402 RO.

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

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

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

2.2 No participación en los riesgos

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Sujeción a horario

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

2.5 Formalización del vínculo

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

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

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

2.6 La prestación personal de la tarea

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

2.7 Prolongación del vínculo durante años

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante concluye en que

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

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

V Aspectos probatorios

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

producida en respaldo de los hechos planteados por las partes.²⁷

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

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

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

Y dice además

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

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

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

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

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

2 Principio de primacía de la realidad

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

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

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

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

28 Ministro disorde Dra. Selva Klett.

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

Agrega que

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

Dice además que

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

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

En similar sentido la sentencia de Brasil dictada en el proceso 0001435-75.5.04.0005 analiza los hechos a la luz de los principio desenmascarando una relación de trabajo encubierta bajo la forma de una supuesta cooperativa que el reclamante integraba según la versión de los hechos de la parte demandada. En efecto. Para fundarlo cita la Recomendación de OIT n 193 en tanto expresa que “...velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas

las empresas”. Y agrega, que es exactamente la hipótesis que se analiza en el caso.

3 Principio protector: “in dubio pro operario”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

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

Estudio Comparado acerca de la Jurisprudencia sobre Tercerización o Subcontratación: Brasil y Uruguay

Valdete Souto Severo^{1*}

Resumen: Este artículo tiene como objetivo realizar un estudio comparativo de la jurisprudencia brasileña y uruguaya sobre la tercerización o subcontratación con el objetivo de acercar estas realidades próximas y hacer posible que sus intérpretes aplicadores trabajen con un tema tan preocupante para aquellos que creen en el Derecho del Trabajo, como es la intermediación de la mano de obra.

Tabla de contenido: Introducción, 1. La tercerización o subcontratación en la legislación brasileña y uruguaya 2. La tercerización en la jurisprudencia, Conclusión, Referencias

Introducción

La tercerización o subcontratación es un proceso de administración empresarial que tiene como objetivo disminuir los costos de producción, en evidente compromiso con la visión económica del derecho. Se caracteriza por el traspaso de parte del emprendimiento², a terceros con el fin de limpiar la “máquina administrativa” y así obtener más ganancia. Han servido a la fragilidad y la supresión de los derechos laborales fundamentales. Se define como “la técnica administrativa, el efecto del modelo de producción posfordista, que exige

1¹ Jueza del Trabajo, Máster en Derechos Fundamentales por la PUC/RS

2 Dado el alcance de este artículo, no se abordan algunas cuestiones clave, como la propia noción de “esencialidad” en la relación de empleo. En realidad, la tercerización pone en crisis la propia noción de relación laboral, tal como se presenta en un contexto capitalista de producción.

la reducción del tamaño de la empresa y la transferencia de parte de la empresa de servicios a otras empresas.”³

El Ministro Maurice Godinho Delgado, a su vez, lo define como “un fenómeno en el cual se disocia la relación económica de trabajo de la relación juslaborista correspondiente”⁴. Provoca “una relación trilateral en virtud de la contratación de la fuerza laboral en el mercado capitalista: el obrero, el proveedor de servicios, que realiza sus actividades materiales e intelectuales con la empresa que contrata los servicios; la empresa tercerizante, que contrata a este trabajador, firmando con él los vínculos jurídicos laborales pertinentes, la empresa que recibe los servicios, que recibe el suministro de mano de obra, pero no asume la posición clásica de empleadora del trabajador en cuestión”⁵.

Aunque está ampliamente aceptada y practicada, la tercerización no está

3 DELGADO, 2006, p. 439.

4 DELGADO, 2006, p. 439.

5 Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços. Art. 9º - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço. Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra. Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei. Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário. Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional. Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei. Art. 18 - É vedado à empresa do trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em Lei. N.d.T. Art. 2º - Trabajo temporal es el que es realizado por una persona física a una empresa, para que atienda a la necesidad transitoria de reemplazamiento de su personal regular o al aumento extraordinario de servicios. Art. 9º - El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora de servicio o cliente debe ser obligatoriamente por escrito y en él debe constar expresamente la razón que justifica la demanda de trabajo temporal, así como el modo de pago por la prestación del servicio. Art. 10 - El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora del servicio o cliente, para un mismo empleado, no podrá exceder a tres meses, a menos que reciba permiso de la oficina local del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las instrucciones pasadas por el Departamento Nacional de Mano de Obra. Art. 11 - El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y cada uno de los trabajadores a disposición de una empresa tomadora del servicio o cliente será se hará obligatoriamente por escrito y debe contener expresadamente los derechos que les confiere la Ley. Párrafo único. Será nula de pleno derecho cualquier disposición de reserva, prohibiendo la con-

reglamentada en el orden jurídico brasileño, salvo en dos hipótesis específicas sobre las cuales hablaremos en el siguiente tema. En Uruguay, hay ley que trata específicamente de la posibilidad de subcontratación o tercerización. Las consecuencias de este “fenómeno social” se sienten de manera similar en ambos países y, asimismo, en prácticamente todo el mundo occidental.

El presente estudio comparado que se presenta es el resultado de una recopilación de las decisiones adoptadas en conjunto por los jueces gauchos y uruguayos, con el fin de ver como el Estado-Juez se enfrenta a la materia. Los temas que se tratan se refieren a la licitud de la entrada de mano de obra a través de empresa interpuesta, a responsabilidad de empleadora, y su extensión, en las hipótesis de acciones laborales propuestas por empleadores cuya fuerza de trabajo revirtió en favor de dos o más empresas.

Las decisiones nos permiten, sin embargo, una reflexión más profunda acerca de la necesidad de superar o enfrentar esa supuesta ‘realidad inexorable’, con el objetivo de rescatar el concepto de relación de trabajo que justifica y caracteriza el modelo capitalista de producción.

Primeramente se tratará de manera breve las legislaciones brasileña y uruguaya sobre el asunto, y luego, en la segunda parte de este estudio, se analizarán algunas jurisprudencias que revelan cómo la materia es tratada en la práctica.

⁶¹1. La tercerización o sSubcontratación en la legislación brasileña y

tratación del trabajador por la empresa tomadora del servicio o cliente al final del plazo en el que se haya colocado a su disposición por la empresa de trabajo temporal. Art. 12 – A los trabajadores temporales se les garantizan los siguientes derechos: a) Compensación equivalente a la percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente, calculados en base horaria, garantizado, en todo caso, la percepción de sueldo mínimo regional. Art. 16 - En el caso de quiebra de la empresa de trabajo temporal, la empresa tomadora o cliente es solidariamente responsable por el pago de los aportes a la seguridad social, en relación con el tiempo que el trabajador estuvo bajo sus órdenes, así como con lo que se refiere al mismo periodo, por la remuneración e indemnización prevista por la Ley. Art. 18 - Está prohibido a la empresa de trabajo temporal cobrarle cualquier valor al trabajador, incluso como mediación. Sólo se pueden hacer los descuentos previstos en la Ley.

6 Art. 1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei. § 2º O Poder Executivo estabelecerá, considerando a reduzida circulação financeira, requisitos próprios de segurança para as cooperativas singulares de crédito e suas dependências que contemplem, entre outros, os seguintes procedimentos: III – dispensa de contratação de vigilantes, caso isso inviabilize economicamente a existência do estabelecimento. Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança

La tercerización o subcontratación no está reglamentada en Brasil, sino por pocas leyes que abordan la posibilidad de una relación de trabajo “interpuesta” por empresas de servicio temporales (Ley 6.019/74)⁷ o de una relación de vigilancia, en la que la empresa de vigilancia hace que los trabajadores realicen sus tareas de protección al patrimonio en la sede de sus clientes (Ley 7102/83)⁸.

La Constitución brasileña de 1988 garantiza, en su artículo séptimo, el derecho de los trabajadores a la relación de trabajo (sección I), sin referencia alguna a la posibilidad de intervención de terceros en esta relación⁹. La CLT

de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

N.d.T. Art.1º Queda prohibido el funcionamiento de cualquier institución financiera donde haya custodia o manejo de valores o movimiento de numerario, que no tenga sistema de seguridad con un parecer favorable a su aprobación, elaborado por el Ministerio de Justicia, en conformidad con esta Ley. § 2º El Poder Ejecutivo, teniendo en cuenta la limitada circulación financiera, establecerá requisitos propios de seguridad para las cooperativas singulares de crédito u sus dependencias que contemplen, entre otros, los siguientes procedimientos:

7 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. N.d.T. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tienen por objetivo la mejoría de su condición social: I – relación de empleo protegida contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria la que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos.

8 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Párrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

N.d.T. Art. 2º - Se considerada la empresa empleadora, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, remunera y dirige la prestación de un servicio personal. Son equiparadas al empleador, para fines exclusivos de la relación de trabajo, los profesionales liberales, las instituciones sin fines de lucro, que admiten trabajadores como empleados. § 2º - Siempre que una o más empresas estén bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, estarán para fines de empleo, solidariamente responsables a la empresa principal y a cada una de las subordinadas, aunque cada una de las empresas posea personalidad jurídica propia. Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que brinde servicios que no sean eventuales al empleador, bajo la dependencia de éste a través de sueldo. Párrafo único – No se hará distinción con relación al tipo de empleo y la condición del trabajador, tampoco entre el trabajo intelectual, técnico y manual.

9 Art. 455 da CLT - Nos contratos de subemprego responderá o subempregado pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de

opta por definir las figuras del empleado y del empleador en lugar de contener una definición de lo que constituye la relación de empleo¹⁰. Aclara, sin embargo, que se trata de un vínculo entre dos personas (no tres). Siquiera se necesitaría decirlo, puesto que deriva de la dinámica de la explotación capitalista del trabajo humano, que la producción de mercancías o la prestación de servicios sea realizada por los seres humanos cuya mano de obra se usa con el fin de hacer viable el emprendimiento. Por lo tanto, aquél que *emplea* mano de obra humana será necesariamente el *empleador* y, por ello, responsable directo de la satisfacción y del respeto de los derechos fundamentales de ese individuo.

Pese a eso, la tercerización es ampliamente practicada en Brasil, con el sello del Poder Judiciario, que editó en 1986 la Súmula 256, cuyo contenido era: “Salvo en los casos de trabajo temporal y el servicio de vigilancia, previstos en las Leyes ns. 6.018, de 3 de enero de 1974, y 7.102, de 20 de junio de 1983, es ilegal contratar a trabajadores por empresa interpuesta, haciendo el vínculo laboral directamente con quien toma el servicio”.

La entrada, sin embargo, fue cancelada en 2003, tras la Constitución de 1988, y sustituida por la Súmula 331 del TST, cuya redacción actual es la siguiente:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LEGALIDAD (nueva redacción del ítem IV e insertados los ítems V y VI a la redacción) - Res. 174/2011, DEJT divulgado en 27, 30 y 31.05.2011

I – La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, pues se establece el vínculo directamente con quien contrata el servicio, salvo cuando el trabajo es temporario (Ley nº 6.019, de 03.01.1974).

reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empregador principal fica ressaltada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregador e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

N.d.T Art. 455 de la CLT - En los contratos de subcontrata el subcontratista será el responsable por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo celebrado, dejando, sin embargo, los trabajadores, el derecho a reclamar contra el contratista principal por incumplimiento de las obligaciones por parte del primero. Párrafo único - El contratista principal queda resguardado, en conformidad con la ley civil, la acción regresiva contra el subcontratista y la retención de importes que se deban a éste, con el objetivo de garantizar las obligaciones previstas en el presente artículo.

10 DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. São Paulo: LTr, 2010.

II – La contratación de trabajadores en situación irregular, a través de empresa interpuesta, no genera relación laboral con los órganos de la Administración Pública directa, indirecta o fundacional. (art. 37, II, de la CF/1988).

III – No entablan una relación de trabajo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia de (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de mantenimiento de limpieza, así como servicios especializados relacionados a la actividad complementaria de la entidad tomadora, siempre que no sea un empleado y que tampoco haya subordinación directa.

IV – El incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria de la entidad contratante de los servicios en lo que se refiere a dichas obligaciones, siempre que haya participado de la relación procesal y que conste aun del título ejecutivo judicial.

V – Los miembros de la Administración Pública directa e indirecta responden subsidiariamente, en las mismas condiciones del ítem IV, si se demuestra su conducta negligente en el cumplimiento de las obligaciones de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993, sobre todo en el cuidado del cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de la prestadora de servicio como empleadora. Dicha responsabilidad no surge de mera omisión de las obligaciones laborales contraídas por la empresa regularmente contratada.

VI – La responsabilidad subsidiaria del tomador de servicios cubre todos los importes derivados de la condenación que se refiere al periodo de la prestación laboral.

No es difícil percibir el empeoramiento de la crisis de las instituciones que se ha establecido hoy en Brasil, ya que la súmula 331 establece la real norma que busca disciplinar temas que no están regulados por el legislador. El poder Judicial, por lo tanto, traspasando sus funciones, publicó reglas que permiten la tercerización o subcontratación en actividades de limpieza o “actividades complementarias”, creando conceptos que no se consolidan en la jurisprudencia y tampoco en la norma prescrita por la ley. Esta actitud proactiva (en el sentido abiertamente negativo, ya que la tercerización constituye una forma clara de precarizar/flexibilizar las relaciones laborales) usada por el Poder Judicial del

Trabajo revela la magnitud del problema que decidimos tratar.

En Brasil, por lo tanto, la tercerización es, por regla general, ilegal, estando legalmente permitida sólo en los casos citados. Sin embargo, en la práctica laboral ha sido ampliamente practicada, con el sello del Poder Judicial, que “regula” la materia a través de Súmula que, como luego podremos observar, en última instancia, es la base de las decisiones sobre la materia.

Es importante subrayar, que la inexistencia de previsión expresa de la posibilidad de tercerización no impide la declaración de la responsabilidad de la tomadora de los servicios, ya sea cuando la intermediación de la mano de obra es considerada ilícita, o cuando es tolerada como práctica regular por la Justicia Laboral en Brasil.

La responsabilidad de la entidad tomadora de servicios por los créditos laborales, debe ser basada en la ley civil, precisamente por la ausencia de legislación propia. En la Consolidación de las Leyes de Trabajo hay sólo reglas que se pueden invocar por analogía, tal como la que establece solidaridad en las relaciones entre trabajador, pequeños contratistas y subcontratistas¹¹.

En el Código Civil, a su vez, se encuentran las reglas generales sobre la responsabilidad, cuya aplicación es totalmente compatible con los principios que instruyen el Derecho del Trabajo. El artículo 927 del Código Civil en la regla general acerca de la teoría de la responsabilidad en las relaciones privadas en Brasil, afirma que “el que, por acto ilícito, agravio, cause daño a otros, está obligado a repararlo.” El párrafo único de este dispositivo añade que “existe la obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos previstos por la ley, o cuando la actividad desarrollada habitualmente por el autor del daño implica, por su propia naturaleza, el riesgo a los derechos de los demás

Esto es lo que la doctrina llama teoría de riesgo en la que la responsabilidad se identifica no por razón de culpa o fraude, sino por razón de la simple asunción del riesgo de resultado dañoso. En la parte general del mismo Código civil, el artículo 187 dice que responde por el daño quien ejerce sus derechos “excediendo claramente los límites impuestos por su fin ya sea económico, o social”.

Este es otro dispositivo de gran valor para el Derecho del Trabajo, puesto que fija la responsabilidad más allá de la culpa, por el simple hecho de superar el fin social que, en el caso de la empresa, es precisamente el propósito de “ofertar

11 BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008, e . Sociedade individualizada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010

empleo”.

Debemos considerar asimismo, en el Derecho brasileño; el artículo 932 del Código Civil, según el cual también son responsables por la reparación civil: “III – El empleador o contratante, por sus empleados, sirvientes, y representantes/apoderados, en la realización del trabajo que les compite, o por su causa. El tomador de servicios es aquí calificado como comitente, en el caso en el cual se reconozca la legalidad de la subcontratación.

Por último, el artículo 942, también del Código Civil, establece que los bienes de la persona responsable del agravio o violación del derecho” están sujetos a reparar el daño causado, y si la ofensa tiene más de un autor, cada uno será solidariamente responsable por la reparación”. Y dice claramente, en su párrafo único, que “son solidariamente responsables con los autores los coautores y las personas mencionadas en el art. 932”.

En Brasil, por lo tanto, la responsabilidad de la tomadora de servicios por los créditos del trabajador es solidaria. La responsabilidad subsidiaria no existe como instituto propio. Es mera creación de la Súmula 331 del TST, que como orientación jurisprudencial, no puede legislar o sobresalir sobre el comando legal vigente. En realidad, la única hipótesis de subsidiariedad, llamado ‘beneficio de orden’ prevista en el ordenamiento jurídico brasileño, afecta sólo a la figura del garante y del socio (ambos legitimados como responsables solidarios, en la forma de la ley civil).

La disposición legal es que “el garante, cuando embargado, podrá nombrar a embargo bienes libres y desembargados del deudor” (art. 595 del Código de Procedimiento Civil). En cuanto al socio, el Código de Procedimiento Civil también establece que “los bienes particulares de los socios no responden por las deudas de la sociedad salvo en los casos estipulados por la ley; el socio, demandado por el pago de la deuda, tiene derecho a exigir que sean primero embargados los bienes de la sociedad”(Art. 596). El mismo artículo dice que “cumple al socio, alegar el beneficio de este artículo, nombrar bienes de la sociedad, sitios en el mismo distrito, libres y desembargados, que sean suficientes para pagar la deuda”.

Esta es la base jurídica sobre la que debe basarse la súmula llamada de responsabilidad “subsidiaria” y que, en la práctica forense se está aplicando como un nuevo instituto, como si las orientaciones jurisprudenciales tuvieran legitimidad para crear institutos jurídicos. Se puede percibir, no obstante, que

esa interpretación extensiva del dispositivo civilista, en la contramano del principio basilar de la protección, implica en la subversión injustificable de las normas laborales, cuyas consecuencias sociales (algunas de las cuales están bien retratadas en las decisiones colacionadas) se pueden sentir en Brasil.

El ordenamiento jurídico brasileño, al tratar de la responsabilidad solidaria, con o sin beneficio de orden, da al acreedor la posibilidad de elegir hacia quien dirigirá su reclamación. Al tratar del litisconsorcio, el Código de Proceso Civil brasileño dice que solo hay litisconsorcio necesario cuando “por disposición de ley o por la naturaleza de la relación jurídica, el juez tiene que decidir para hacer frente de manera uniforme para todas las partes”, (Ar.47). No es esa la hipótesis de la acción laboral que trabaja con las relaciones laborales de subcontratación. La sentencia no será necesariamente igual para la prestadora y para la tomadora. Por lo tanto, se trata de hipótesis de litisconsorcio facultativo. Eso se aclara más cuando dicho Código pone, en el artículo 77, que es admisible el llamado proceso de tercero, de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor exija de uno o de algunos de ellos, parcial o totalmente, la deuda común (inciso III). La posibilidad (y no la obligatoriedad) de llamar a las actas indica claramente que se trata de hipótesis de litisconsorcio facultativo.

Eso resulta de la disposición legal contenida en el Código Civil, según la cual “el acreedor tiene el derecho de exigir y recibir de uno o de algunos deudores, parcial o totalmente, la deuda común; si el pago haya sido parcial, todos los otros deudores siguen obligados solidariamente por el resto” (Art.275). El párrafo único de ese mismo dispositivo dice que “no importará renuncia de la solidaridad a interposición de la acción por el acreedor contra uno o algunos deudores”.

Aun así, la Súmula 331 del TST exige la presencia de la tomadora en el polo pasivo de la acción laboral, como condición para que se declare su responsabilidad. Lo hace, por lo tanto, nuevamente subvirtiendo la legislación vigente a favor de la tomadora, en actitud incompatible con la protección que justifica y orienta el Derecho del Trabajo.

La jurisprudencia, se verá en el siguiente apartado, salvo raras y honorables excepciones, rinde homenaje al entendimiento sumulado, ignorando las disposiciones legales acerca de la materia, hecho que acarrea manifiesto perjuicio al trabajador.

Importante tener en cuenta también el uso por la jurisprudencia mayoritaria de la regla contenida en la Ley 6019 (Ley de trabajo temporal), por analogía, a todas las relaciones en la que la tercerización lícita es reconocida. El artículo

12 de la presente ley otorga a los trabajadores temporales el derecho a “igual remuneración percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente calculada en una base horaria, garantizada, en cualquier hipótesis, la percepción del salario mínimo regional.” Esta paridad salarial se extiende a todos los trabajadores contratados, incluido en el entendido cristalizado en la Orientación Jurisprudencial n. 383, SD11 del TST, que dice:

TERCERIZACIÓN. EMPLEADOS DE LA EMPRESA PROVEDORA DE SERVICIOS Y DE LA TOMADORA. ISONOMÍA. ART. 12, “A”, DE LA LEY N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado en 19, 20 y 22.04.2010). La contratación irregular del trabajador, a través de empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con ente de la Administración Pública, sin embargo, no excluye, por el principio de la isonomía, el derecho de los empleados subcontratados a los mismos presupuestos laborales legales y normativas aseguradas a aquellos contratados por el tomador de los servicios, siempre que presente la igualdad de funciones. Aplicación análoga del art. 12, “a”, de la Ley n.º 6.019, de 03.01.1974.

Esa orientación, aunque protectora al trabajador, nada resuelve acerca de la verdadera discriminación que identificamos en una relación laboral intermediada. Sueldo igual no significa idéntica condición de trabajo, ni siquiera la aplicación de idénticas normas colectivas.

En este sentido, si bien no es posible profundizar en el tema, a causa del objetivo de este artículo, vale poner de relieve la existencia de numerosos estudios que revelan que la subcontratación está causando lo que el autor francés Christophe Dejours llama “banalización de la injusticia social”¹² y a lo que Baumann identifica como la invisibilidad de los seres humanos sometidos a la subcontratación¹³. Mucho más que salarios diferentes, estos trabajadores

12 Artículo 1º.- 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 previsional 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.

13 Artículo 4º. (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

reciben un trato diferente. No acuden al mismo comedor, ni usan el mismo uniforme. No son reconocidos como compañeros de trabajo, ni como empleados. Son invisibles en sus ambientes de trabajo. La tomadora, prefiere no saber sus nombres, para evitar cualquier tipo de relación, ni siquiera el vínculo humano más elemental de solidaridad y de reconocimiento mutuo.

A diferencia de lo que ocurre en Brasil, Uruguay optó por regular la subcontratación, editando en un primer momento, en 2007, la Ley 18.099¹⁴, modificada posteriormente por la Ley 18251 de 2008. Esta última ha establecido que la empresa tiene el deber de supervisar para solicitar informaciones a la proveedora acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social¹⁵.

La ley conceptúa las figuras que participan de una relación “tercerizada”, estableciendo en su artículo 1º 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 accesorio (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

de los siguientes documentos: A) Declaración nominada de historia laboral (artículo 87 de la Ley Nº 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 Nº 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.

14 Artículo 6º. (Responsabilidad del patrono o empresa principal). Cuando el patrono o la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4º de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7º de la presente ley. Cuando no ejerza dicha facultad será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones.

15 En este sentido, ver: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008; y SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008 .

Establece, aún, que el 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”. Por fin define como empresa “suministradora de mano de obra” la que suministra “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.

La nueva ley, que parece ser más protectora, ya que requiere una fiscalización por parte de la parte tomadora, de hecho inaugura – en la línea de entendimiento jurisprudencial dominante en Brasil – la posibilidad de la responsabilidad “subsidiaria” de la tomadora, siempre que se pruebe la efectiva fiscalización¹⁶.

Por lo tanto, existe una clara diferencia en el enfoque adoptado por Uruguay en relación a Brasil. Allí, la técnica de la tercerización, con consecuencias perjudiciales para todo el contenido que informa la relación de empleo (central al Derecho del trabajo), fue disciplinada. En ese caso, hay la ventaja del reconocimiento de responsabilidad, incluso solidaria, de la tomadora, por ley propia, así como la asignación específica de carga de la prueba en los casos de demanda laboral. Por otro lado, no hay duda de que la positivación del fenómeno implica la renuncia a la lucha contra lo que todavía se entabla en el ámbito del derecho del trabajo en Brasil.

Es una forma completamente diferente de abordar el *problema* de la precarización de las relaciones laborales a través de la subcontratación, que en Europa se llamó de flexiseguridad¹⁷. La idea de flexibilizar garantizando un cierto nivel de seguridad a los trabajadores (que Souto Maior llama “mal menor”¹⁸) surgió en Europa, y en algunos aspectos es representado en el “Libro Verde sobre las relaciones de trabajo de la Unión Europea”, cuyo propósito es fortalecer

16 SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011

17 Nesse sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA N° 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA N° 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia N° 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez. N.d.T. En ese sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA N° 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA N° 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia N° 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez.

18 CASTELLO, Alejandro. Alcance de la Responsabilidad Laboral en caso de Subcontratación. Derecho Laboral. Tomo LV. N° 247. jul./sept. 2012.

la competitividad económica y está basado en lo que se llama el Consenso de Washington, también seguido por América Latina.

Presentado el panorama legal acerca del asunto, ahora pasaremos al examen de la jurisprudencia del mismo.

¹⁹2. La tercerización en la jurisprudencia

La primera observación que se hizo tras el examen de jurisprudencias uruguaya y brasileña sobre la tercerización, es en el sentido de que en ambos países, las tomadoras de servicio ofrecen defensa negando cualquier responsabilidad. Alegan ilegitimidad pasiva y quieren que su exclusión del hecho²⁰. La tercerización, por lo tanto, disciplinada o no en normativo legal, sigue teniendo, en la realidad social, su eficacia reconocida sólo para efectos legales. En otras palabras, para emprender la empresa fácilmente opta por la transferencia de mano de obra a terceros. Sin embargo, cuando es demandada, no acepta la responsabilidad por el riesgo que tomó al hacerlo.

En ambos países, acaba siendo del Juez del Trabajo la tarea de declarar la responsabilidad y el pago de créditos. En este sentido, la legitimidad del “fenómeno” por la edición de la ley que lo reglamenta no parece haber tenido el efecto de generar una responsabilidad social. Es en el ámbito procesual y, por lo tanto, sólo con la intervención del Estado-Juez, que la tomadora responde.

Y la jurisprudencia ha respondido a esa misión, reconociendo la obligación de la tomadora de responder por los créditos laborales, siempre que se reconozca a la empleadora formal como insolvente.

En Uruguay, las jurisprudencias analizadas revelan discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad de la tomadora y su inclusión como responsable, a partir de la lista de actividades sujetas a la tercerización, enumeradas en la Ley.

El argumento es interesante, porque entender como tajante la lista legal para las actividades que pueden ser tercerizadas, debería tener el efecto de declarar el fraude en la intermediación de mano de obra en relación con otras tareas. Ahora bien, en el proceso en estudio, el objetivo de la empresa era eximirse de cualquier responsabilidad. En la sentencia final n. 527/2011, de redactada por el Ministro Redactor Dr. Julio Alfredo Posada Xavier, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, fechada en 16 de noviembre de

¹⁹ Art. 595 y 596 del CPC, ya citados en este artículo.

2011, subraya que la lista legal no es é tajante, incluyendo todas las actividades pasibles de que fueran tercerizadas, aunque no estén en el dispositivo legal.

Se trata de discusión entablada también en ámbito doctrinal.. En un reciente artículo publicado en Derecho del Trabajo, número 247, Alejandro Castillo, Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, se refiere a la interpretación de la ley de forma estricta, con el fin de permitir la exploración de la fuerza laboral sin responsabilidad. □

Señala que la Ley 18.251, ya en su exposición de motivos aclara la intención de definir su ámbito de aplicación a las relaciones contractuales que originan las relaciones de trabajo triangulares, en forma de Recomendación n.198 de la OIT. Esta Recomendación establece que debe ser objetivo de los países miembros:

Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el uso de otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación legal, teniendo en cuenta que una relación de trabajo encubierta ocurre cuando un empleador considera a un individuo diferente de cómo trataría a un empleado con el fin de ocultar la verdadera situación jurídica de él o ella como un empleado, y estas situaciones pueden surgir cuando los acuerdos contractuales tienen el efecto de privar a los trabajadores de su debida protección

El autor pasa a mencionar, sin embargo, que, en su opinión, la lista de actividades contempladas en la ley es inflexible y dice que la transferencia de las actividades de “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia.” El problema con esta interpretación es la conclusión, expresada por el autor, de que en las otras actividades, al no hablarse en subcontratación, tampoco hay la responsabilidad de la tomadora de los servicios. La Recomendación n. 198 de la OIT, sin embargo, es marcada la tendencia a mejorar las posibilidades de reconocimiento de enlace directo, lo que restringe la posibilidad de la transferencia de mano de obra, pero no el alcance de la responsabilidad de quienes se benefician de ella.

La jurisprudencia examinada, además de superar esa mirada restrictiva, firma una premisa importante para establecer la naturaleza de la responsabilidad (solidaria o subsidiaria) de la empresa tomadora. Refiere que la fiscalización

exigida por la ley específica debe ser efectivamente demostrada por la tomadora. No es suficiente, por lo tanto, haberle solicitado los documentos. La empresa tomadora de los servicios debe demostrar que efectivamente los ha obtenido y analizado con el fin de evitar daños a los trabajadores. Se transcribe la parte de la sentencia final donde se expone esa conclusión:

Sin dejar de reconocer que el punto es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma....Así, a vía de ejemplo, dicha circunstancia surgirá debidamente probada en los casos en que se haya intimado al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra a regularizar su situación, o se haya rescindido tempestivamente el contrato civil o comercial a causa del incumplimiento.

Del mismo modo, la sentencia final n.30, de 18 de abril de 2012, afirma que el tomador “será responsable subsidiario si ejerce su derecho a ser informado por parte del subcontratista sobre el monto y cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como la protección de contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art. 4 de la Ley N° 18251). En caso contrario, es decir, si no ejerce este derecho a ser informado, su responsabilidad será solidaria”. No basta, por lo tanto, alegar que haya solicitado documentos, se hace necesario verificar que haya ocurrido la efectiva fiscalización por la empresa tomadora, para que haya reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria.

Es importante destacar que esta “naturaleza” diversa no subsiste

en el derecho brasileño, donde no hay ley disciplinando expresamente la subcontratación, ni por lo tanto, la responsabilidad del tomador. La Súmula 331 del TST, al referirse a la responsabilidad subsidiaria, se apropia de un término teórico relativo a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, que están destinados a los socios y fiadores².

En la sentencia N ° 30, del 18 de abril de 2012, labrada por la Dra. Ana Gabriela Rivas, Juez Letrado, se enfrentan otras discusiones interesantes sobre la tercerización. Hay una referencia al debate jurisprudencial sobre la definición de lo que sería, para los efectos legales, la subcontratación laboral. Se entendía que la subcontratación sólo se caracterizaría cuando hubiera contrato comercial principal y un acuerdo complementario y también hubo un entendimiento de que cualquier forma de actividad contratada se podría caracterizar como un subcontrato con fines laborales. La sentencia cita, en este sentido, la doctrina de Rosenbaum y Castello (Subcontratación e intermediación, p. 141 y ss).

Con la promulgación de la Ley N ° 18251 la discusión carece de sentido, ya que el texto dice claramente 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". (art. 1º, A)

De acuerdo con esta concepción, señala la sentencia, la subcontratación existe aun cuando "hay un único contrato, de naturaleza comercial o civil, entre la empresa y el subcontratista y luego un contrato de trabajo entre el subcontratista y el trabajador". Siendo innecesaria la formalización de una subcontratación en la forma de la ley civil. La decisión pone de relieve que para efecto de responsabilidad laboral efecto, "el concepto de esporádico no es idéntico al concepto de "ocasional", siguiendo doctrina de Barbagelata, añade que "puede interpretarse que tareas ocasionales son aquellas de carácter excepcional, provisional o anormal, con relación al giro regular de la empresa y destaca la corta duración de las mismas (citado por Garmendia y Gauthier, en Tercerizaciones, p.

100)”. Tareas realizadas esporádicamente, por lo tanto, aún constituyen tareas subcontratadas que atraen la responsabilidad de tomadora de servicios.

La jurisprudencia brasileña debatida, también presenta elementos interesantes. En el proceso 0032800-13.2008.5.04.0601, reconoce la ilicitud de la subcontratación. Aunque admita la observancia de la sùmula 331 del TST, el Ponente observa que el traslado de actividad principal afrenta las disposiciones del Derecho del Trabajo en Brasil. La enmienda está así redactada:

CONDICIÓN DE BANCARIO. Hipótesis en la que se trata, inequívocamente, de subcontratación de mano de obra irregular, repudiada por el orden jurídico. La irregularidad de la contratación, en dicho caso, emerge de su finalidad de suplir la necesidad de mano de obra para la atención a la actividad principal de la empresa tomadora. Delimitación por las actividades efectivamente ejercidas. Apelación concedida.

El Ponente Alexandre Correa da Cruz destaca que se trata de típica hipótesis de configuración de subordinación objetiva, suficiente para caracterizar la existencia de la relación jurídica de empleo directa con la presunta empresa tomadora. Observa con perfección que según la doctrina autorizada Ribeiro de Vilhena, “las premisas básicas del concepto de subordinación objetiva o funcional” son:

(A) el trabajo no está separado de la persona del prestador, pero hay, sin embargo, relación de inmediatez con el trabajo y no el prestador de servicios, (b) la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado está justificada exclusivamente debido al mantenimiento de la actividad del empleado en nombre de la empresa, (c) el límite de ejercicio del poder de la dirección y la adecuación de la actividad de prestador a la actividad de la empresa, (d) el trabajo del empleado se ejerce a través de los actos autónomos, aunque, en su conjunto, son guiados por el empleador, (e) lo que se integra en la empresa es la actividad del empleado y no su persona, (f) la actividad del empleado es indispensable a la empresa, ocurriendo su mutuo acoplamiento, en razón de las expectativas recíprocas anteriores de las partes, (g) la inserción se produce a partir de una actividad a otra y no de persona en persona

Por lo tanto, cuando la actividad se invierte a favor de un desarrollo que no le pertenece y no se queda con los frutos de su trabajo, ni asume el riesgo de la ganancia o pérdida neta por el riesgo del negocio, se trata simplemente explotación de fuerza laboral por el capital, siguiendo el modelo del capitalismo clásico y en la forma de los artículos 2º y 3º del Código del Trabajo. El ponente subraya el hecho de que la teoría de la subordinación objetiva propone, en realidad, una nueva concepción de la subordinación, preocupada en incluir en la protección regulatoria” del Derecho del Trabajo a los trabajadores que estén incluidos en el ámbito de repercusión de las deliberaciones de la empresa, es decir, tiene la intención de integrar a los trabajadores sin protección por el sistema de acumulación flexible”.

En otra decisión proferida en el proceso n. 00650-2009-373-04-00-4, por el Juez del Trabajo Almiro Eduardo de Almeida, también se reconoce la irregularidad de la tercerización, que se evidencia como una estrategia empresarial para enmascarar la existencia de una relación de trabajo, evitando así el pago de los derechos laborales que derivan de ellos. Se trata de la transferencia de tareas necesarias para la fabricación de calzado para los talleres a menudo contratados para trabajar en exclusiva para dos o tres empresas, de las cuales depende económicamente. Estos talleres, en la práctica, se caracterizan como líneas de producción de las fábricas de calzado.

La decisión establece que “todo el mundo sabe que la producción de calzados depende casi exclusivamente del trabajo manual. Es prácticamente imposible producir un par de zapatos sin el uso de un gran número de trabajadores. Y plantea la siguiente pregunta: ¿cómo podría la segunda reclamada producir un gran número de productos a un bajo costo? La respuesta encontrada por la segunda demandada parece evidente, y está muy por delante de nosotros en este mismo proceso.” La respuesta es la transferencia de fuerza de trabajo bajo forma de tercerización.

Y la sentencia continúa, exponiendo de manera brillante la realidad que es de conocimiento público en la región fabricante de calzados del sur del país, pero que la ‘técnica empresarial’ de la tercerización maquila, con la benevolencia de la jurisprudencia mayoritaria:

La precarización de las relaciones laborales generada por la “tercerización” en el sector del calzado es tan grande que es difícil

saber exactamente quien trabajó para quien. Débora trabajó para Marizete y Juan, que también trabajó para Marizete y luego trabajó por su cuenta y cuya hija trabaja en su favor.

Caminando por ciertas calles se puede ver toda una “línea de producción montada en los garajes sin ninguna estructura. (...)

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que la relación mantenida entre las reclamadas tuvo por objetivo, por lo tanto, enmascarar la real relación de trabajo existente, estableciendo fraude de los derechos laborales, razón por la cual las reclamadas deben responder de forma solidaria por los créditos debidos a la reclamante.

Hay, por último, otra sentencia de labra del mismo magistrado, en la que los fundamentos jurídicos positivados para el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa tomadora de los servicios se explican con claridad, dejando en clara la necesidad de rescatar la verdadera motivación de las decisiones, más allá de la etapa en la que lamentablemente estamos en Brasil, de reducir la fundamentación a la mera cita de un entendimiento jurisprudencial consolidado.

El Juez Almiro Eduardo de Almeida dice que los fundamentos para la responsabilidad deben ser perseguidos en el Código Civil, incluso si partimos de la premisa, defendida por quienes “subcontratan”, de que entre las empresas que se benefician de la fuerza de trabajo hay una relación contractual. Alude que “de acuerdo con el artículo 932, inciso III, combinado con los artículos 933 e 942, párrafo único, todos del Código Civil, el comitente responde, independientemente de culpa, de forma solidaria con sus apoderados por los actos de estos. En el caso de la tercerización, la figura del comitente coincide con la del tomador de servicios, siendo la empresa prestadora, por él contratada considerada su apoderada.”

Y añade que:

La responsabilidad objetiva se da, por la aplicación del art. 927, párrafo único del Código Civil, puesto que al tercerizar la actividad la empresa tomadora, transfiriendo parte de su actividad para la realización por parte de otra empresa, aumenta el riesgo de que los trabajadores contratados por esta no reciban sus créditos laborales, o, en una proyección más optimista, de que tengan sus créditos

satisfechos de manera tardía, pero no sin que hubiera una ardua lucha procesual contra la ex empleadora y la tomadora de sus servicios, como suele suceder en las acciones laborales propuestas ante la Justicia especializada. No hay que olvidar, por cierto, que tanto la aplicación de la teoría del riesgo creado como mediante la aplicación de la teoría de los riesgos y beneficios, quien crea el riesgo y se aprovecha de la actividad económica debe responder por su coste. (...) Además, ante la función social del contrato, sus efectos no se limitan a las partes contratantes, creando obligaciones para con terceros (relativización del principio de los efectos interpartes de los contratos) Por lo tanto, la contratación de la empresa intermediaria en el proceso de externalización, aunque legítima, la empresa tomadora debe responder por los daños causados a los empleados de aquella, bajo pena de no quedar observado uno de los objetivos sociales del emprendimiento económico (art. 187 del Código Civil), que es la valoración del trabajo humano (art. 170 de la Constitución Federal).

Desafortunadamente, este no es el cuadro de la jurisprudencia vigente, que reconoce la mera responsabilidad subsidiaria y, como ya se ha mencionado, requiere la presencia de la tomadora en el polo pasivo de la reclamación, para que se viabilice la ejecución contra sus bienes. En este sentido:

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. TOMADOR DE MANO DE OBRA. El tomador de servicios es responsable subsidiario de cumplir con las cantidades de nómina en relación con el contrato de trabajo entre el demandante y la empresa de servicios de mantenimiento en el período en el que es el beneficiario de los servicios, en el caso de incumplimiento del deudor principal. Aplicación de la Súmula 331, IV, TST. (Sentencia 0177600-76.2009.5.04.0221)

Hay, sin embargo, decisiones para ampliar la protección de los trabajadores, ya sea, destituyendo la tercerización, por entender configurado la transferencia de actividad principal (necesario para la realización del proyecto) y la formación de un enlace directo con la prestataria, ya sea reconociendo la responsabilidad

solidaria:

TERCERIZACIÓN ILÍCITA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Hipótesis en la que las reclamadas concurren a la tercerización ilícita de servicios, razón de justificar la responsabilidad solidaria fijada en la sentencia. Inteligencia de los arts. 9º de CLT y 942, caput, de la CPC. Recurso al cual se niega su admisión. (Sentencia 0009500-44.2009.5.04.0841)

La opción brasileña en, por ahora, no legitimar el fenómeno a través de legislación propia, la existencia de mecanismos tales como los mencionados en decisión antes referida, en el ámbito civil, bien como la existencia de una jurisprudencia de resistencia, ofrecen cierta comodidad a los interpretes aplicadores que creen en el carácter constructivo del cual se debe revestir el Derecho del Trabajo.

Conclusión

Un discurso con tono de dogma insiste en intentar convencer a todos de la inevitabilidad de la flexibilización en las relaciones laborales, de la cual la tercerización quizá sea la cara más perversa. Las jurisprudencias examinadas nos señalan dos caminos diferentes, elegidos por cada uno de los países examinados.

Mientras que Uruguay, al igual que muchos otros países, optó por disciplinar la triangulación de la relación laboral con el fin de limitar de algún modo y establecer claramente la responsabilidad del tomador, Brasil adoptó (al menos hasta ahora) una senda distinta.

En Brasil, todavía hay posibilidad de resistencia al reconocimiento del fenómeno de la tercerización como algo apropiado al orden constitucional vigente. Como vimos anteriormente en este breve estudio, la Constitución brasileña garantiza a los trabajadores el derecho fundamental a la relación de trabajo, mientras que la CLT define las figuras del empleado y el empleador. Empleador es quién, obteniendo ventajas, dirige la actividad y asume la carga de la empresa. Debe tenerse en cuenta, por lo tanto, por la propia definición que figura en la CLT, como empleador todo aquel que de hecho emplee la mano de

obra del trabajador.

Las jurisprudencias examinadas revelan que la práctica sigue siendo la de negar no sólo el concepto de relación de trabajo, sino también la responsabilidad de la tomadora, aunque en esa calidad. Incluso en situaciones como la de Uruguay, donde la tercerización está legalmente aceptada y disciplinada, las empresas aún quieren su exclusión absoluta en cuanto a cualquier responsabilidad ante el contrato de trabajo.

La lógica liberal encuentra en la tercerización un excelente aliado. Emprender con la finalidad de ganancia, sin cualquier responsabilidad por los individuos que contrata quizá sea el ápice de esa idea de explotación sin límites y especialmente sin preocupación con el Otro.

Se hace hincapié en el hecho de que la reglamentación amplia del fenómeno de la tercerización no sirve para promover el efectivo cambio de las relaciones sociales, con el reconocimiento espontáneo de que las tomadoras de servicio son responsables por los créditos de los trabajadores, cuya mano de obra revierte a su favor. Esa quizá sea la lección más grande que el Derecho del Trabajo brasileño debe aprender con la realidad uruguaya.

Subrayamos, aún, la importante existencia de una jurisprudencia de resistencia a la precarización de las relaciones laborales. Tanto en Uruguay como en Brasil, se nota que el Poder Judicial laboral enfrenta el asunto con una cierta dosis de valor, buscando evitar la precarización de los logros sociales.

Sin embargo, hay todavía, un largo camino a recorrer en esta encrucijada en la que se halla el Derecho del Trabajo. Creemos que ese camino pasa por el enfrentamiento directo y sin mediaciones del fenómeno de la tercerización, reconociéndolo como una traba a la realización de un Estado que ambicione ser social e inclusivo.

Por ello, concluimos el artículo con la cita de una música brasileña que define bien lo amargo que es el gusto de la tercerización para todos aquellos que creen en el Derecho del Trabajo como instrumento de efectivación de los Estados que, a pesar de capitalistas, tienen el compromiso con la solidaridad.

Los tercerizados, subcontratados no tienen voz ni voto. Su grito es mudo, sofocado por una supuesta necesidad de desarrollo económico. Nos olvidamos de que la economía capitalista se forja en particular mediante las normas de protección de los trabajadores con el fin de imponer límites y condiciones a esa relación dinámica que el capital (fruto de la creatividad humana) establece con el

trabajo (parte de la condición humana). El discurso de flexibilización, en el que la tercerización se inserta, invierte la lógica histórica de la construcción del Estado liberal y propone un regreso sin compromisos, a la realidad del siglo XVIII.

Quizá los jueces deban romper el silencio que, especialmente en Brasil, permea las discusiones sobre la necesidad y de la conveniencia de la edición de una ley reglamentando la tercerización, y reconoce, con la experiencia de los demás países occidentales, el error histórico que representa el reconocimiento de la ruptura de la dualidad capital x trabajo y la admisión de interposición de *atravesadores* en la explotación del trabajo humano.

Cómo beber de esa bebida amarga
Tragar el dolor, soportar el trabajo
Aun callada la boca queda el pecho
Silencio en la ciudad no se escucha

(...)

Cómo es difícil despertarse callado
Si el silencio de la noche me daña
Quiero lanzar un grito inhumano
Que es la mentira de ser escuchado

(...)

Todo ese silencio me aturde
Aturdido permanezco atento
En las gradas para en cualquier momento
Ver emerger el monstruo de la laguna

(Cáliz. Chico Buarque de Holanda)

Referencias

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

CASTELLO, Alejandro. Alcance de la responsabilidad laboral en caso de subcontratación. **Derecho laboral**: revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales. Montevideo, tomo LV, n. 247, p. 521-534, jul./set. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? **Revista trabalhista direito e processo**, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2006

SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. **Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV**, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Curso de direito do trabalho**. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

