

REPARTIDO 3/02

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA – FACULTAD DE DERECHO

Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Montevideo, 28 de diciembre de 2001

Sra. Decana de la Facultad de Derecho

Prof. Esc. Teresa G. Gnazzo

Presente

Señora Decana:

Tenemos el honor de elevar a su consideración y a la del Consejo de la Facultad, la adjunta declaración que la Sala del Instituto ha adoptado en el día de la fecha.

Esta declaración recoge, al término del presente año, la honda preocupación de los integrantes de este Instituto ante el descaecimiento de la efectividad de las normas de protección de los trabajadores que está ocurriendo en nuestro país. En la misma, se señalan de modo especial al menos tres casos en que esa situación resulta patente y tienen muy graves consecuencias sobre derechos humanos fundamentales.

Sin otro particular, saludamos a la Señora Decana y miembros del Consejo de la Facultad, con la mayor consideración y estima

Dr. Helios Sarthou – Director – Dr. Jorge W. Rosenbaum – Secretario –.

DECLARACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA

Al finalizar las actividades del presente año, la Sala del IDTSS considera su obligación expresar la honda preocupación de los docentes e investigadores que la integran, a causa del descaecimiento que padecen, en la práctica de las relaciones laborales, los derechos y garantías constitucionales y legales que amparan al trabajo.

Tal situación, es consecuencia de los fraudes y abusos que se cometen, so pretexto de las circunstancias por las que se atraviesa, los cuales se pretenden justificar invocando la necesidad de preservar las fuentes de trabajo y fomentar el empleo y la ocupación.

A ese respecto, se estima necesario reiterar que nunca ha sido probado que la restricción de los derechos y garantías laborales tengan algún efecto favorable sobre el desarrollo económico y/o sobre el empleo. Por el contrario, las experiencias en el extranjero y en nuestro país demuestran incontrastablemente que la deterioración de los derechos y garantías laborales no sólo representa un agravio a derechos humanos fundamentales, sino que tiene efectos fuertemente negativos sobre la cantidad y calidad de los empleos y repercute desfavorablemente sobre las actividades económicas y las condiciones de vida de toda la población.

La Sala de este Instituto, consciente de las obligaciones que incumben a la Universidad de la República, conforme a su Ley Orgánica, considera imperioso elevar a las autoridades directivas, con el ánimo de que sean puestos en conocimiento de los órganos competentes y de la opinión pública al menos tres casos en los que en forma grosera están siendo desconocidos preceptos de orden público.

Ellos son, por un lado, la desnaturalización de los convenios colectivos, en contradicción con lo expresamente establecido por los convenios internacionales ratificados y por la legislación nacional, y por otro, el fraude a la legislación laboral y de previsión social configurado por la creación de pseudo empresas unipersonales y de aparentes cooperativas de producción que no respetan lo preceptuado por las normas correspondientes.

DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Los convenios colectivos por su naturaleza, conforme a lo que establece la unanimidad de la doctrina y es refrendado por inequívocas disposiciones del derecho positivo, se basan en la existencia de una auténtica negociación en que la parte de los trabajadores debe poseer la calidad de sujeto colectivo, es decir, que debe tratarse de una organización representativa de sus intereses. Por consiguiente, está excluido que un convenio colectivo pueda ser concertado por uno o más trabajadores individualmente considerados.

En efecto, el art. 4 del Convenio Internacional del Trabajo N° 98, ratificado por la Ley N° 12.030 de 27 de noviembre de 1953, al ordenar que se estimule y fomente la negociación voluntaria “con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”, dispone expresamente que la parte de los trabajadores debe estar representada por “las organizaciones de trabajadores”.

En el mismo sentido, el Convenio Internacional N° 154, ratificado por la Ley N° 16.039 de 8 de mayo de 1989, especifica, en su artículo 2, que: “la expresión “negociación colectiva” comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Por su parte, la Ley N° 13.556 de 26 de octubre de 1966, ya había consignado de forma terminante: “que sólo podrán causar los efectos legales previstos [en las Leyes Nos. 9.675 y 12.590] “aquellos convenios colectivos que hubieran sido concertados entre un empleador o un grupo de empleadores, o una o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y por la otra, por una o varias organizaciones representativas de los trabajadores involucrados. No existiendo organización gremial de dichos trabajadores, la representación de éstos será ejercida para la concertación del convenio, por delegados elegidos según las formas y garantías previstas en los incisos 4° y 5° del artículo 6 y artículos 7 y 12 de la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943”.

Por consiguiente, no pueden ser considerados convenios colectivos, ni ser reconocidos por las autoridades, ni tener ningún efecto a manera de tales, -como lamentablemente está ocurriendo en detrimento de los derechos laborales establecidos por la Constitución y las leyes-, los pretendidos acuerdos que se vean obligados o sean persuadidos a suscribir individualmente los trabajadores, cualquiera que sea el porcentaje que sus firmas representen respecto del total del personal de la empresa correspondiente.

Es que la naturaleza de los convenios colectivos y la significación que universalmente se les ha reconocido a estos instrumentos, resulta precisamente de la participación en las negociaciones y en la concertación del acuerdo, de una organización que represente a los trabajadores, pues es esa participación la que permite superar la notoria desigualdad y la consiguiente desventaja que caracteriza la negociación individual de las condiciones de trabajo. La desigualdad y la desventaja no desaparecen por la mera acumulación de reales o aparentes consentimientos de varios o aun de la totalidad de los trabajadores de una empresa, pues la suma permanece afectada por la misma situación de dependencia que vicia al de cada uno.

EN CONCLUSIÓN, la Sala del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, luego de haber tomado pleno conocimiento de la situación, a la vista de los documentos consultados, considera su deber denunciar que, con la intención de anular, desvirtuar o limitar derechos laborales, se están suscribiendo entre las empresas y su respectivo personal formularios sobre condiciones de trabajo que pretenden tener los efectos de convenios colectivos, sin que medie participación de una organización que represente a los trabajadores.

En correlación con ello, estiman necesario que se promueva un movimiento de opinión que conduzca al restablecimiento de la legalidad en las relaciones colectivas de trabajo.

LA SITUACIÓN DE LAS PSEUDO EMPRESAS UNIPERSONALES

Al margen de las reconocidas dificultades que existen para establecer una definición jurídica de empresa (Terradillos Ormaetxea, 2000), el punto de partida para su caracterización continua siendo la clásica acepción que la describe como la organización de los factores de producción, capital y trabajo. Por consiguiente, no puede ser considerada, en ninguna circunstancia, como empresa, la actividad de un individuo que no posee capital y sólo dispone de su fuerza de trabajo.

La relación que se establece entre una persona que trabaja y la empresa por cuenta de la que presta servicios, es siempre una relación de trabajo que debe ser regida por la legislación laboral, toda vez que el prestador de servicios actúa bajo la subordinación o dependencia del dador de trabajo, a cambio de una remuneración cualquiera sea su forma.

Es cierto que en determinadas circunstancias, más bien excepcionales, el servicio puede ser prestado fuera de una relación de trabajo o sea, sin que medie subordinación o dependencia con el empresario que lo contrata, configurándose lo que tradicionalmente se considera un arrendamiento de servicios.

Hasta hace un cierto tiempo, no existía ninguna confusión a ese respecto, pero en los últimos decenios se difundieron prácticas profesionales que, procurando eludir la legislación social, introdujeron el anómalo concepto de *empresa unipersonal* (entendiendo por tal una situación en que hay prestación autónoma de trabajo), lo cual en el mundo de las relaciones de trabajo ha producido efectos extremadamente negativos.

En ese estado de cosas, la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995, operó la legalización, con algunos cambios, de un decreto de 25 de enero de 1995, en que se contemplaba la figura del arrendamiento de servicios con esas pretendidas empresas unipersonales. El objetivo de esta normativa era regular la aportación a la seguridad social, bajo un régimen de ingresos fictos de los trabajadores a los que se les da esa calificación. Previsión innecesaria, por cuanto los casos de prestación de servicios bajo auténticos arrendamientos de servicios, -erróneamente tipificados como una relación con empresas unipersonales-, son marginales y no justifican de ningún modo este tipo de regulación, ya que cuando las relaciones son realmente autónomas, la aplicación de las normas generales resulta suficiente para abarcarlas.

De todos modos, aunque la Ley N° 16.713 establece la obligación de registro de los contratos ante el Banco de Previsión Social y le atribuye a este Ente la posibilidad de observarlos: "cuando entienda que los mismos implican una clara relación de dependencia encubierta" (art. 178.4), la regulación especial por esa ley de la aportación a la seguridad social, que es su objetivo explícito, ha tenido, en la práctica, graves consecuencias al estimular la conversión de los trabajadores en pseudo empresas unipersonales. Ello es así, por cuanto, aunque perteneciendo esa norma legal a un ámbito ajeno al derecho laboral, se la ha querido ver como prestando reconocimiento y legitimidad a la referida figura, que dejaría de estar regida por la legislación laboral. Por esta vía, se priva al trabajador de los beneficios de la limitación de la jornada del descanso semanal, del derecho a vacaciones anuales, del salario vacacional, de la indemnización por despido, de la garantía laboral de sus créditos, etc., así como de los derechos colectivos, en especial del derecho de huelga.

Y no solamente el trabajador, disfrazado como empresa unipersonal, y desempeñándose generalmente en el mismo o similar puesto de trabajo que antes.

Estaría siendo despojado de todos sus derechos laborales, sino que se estaría cambiando absolutamente la ecuación del contrato de trabajo. En los hechos, se abriría la posibilidad de la aplicación de multas (incluso muy importantes), al pseudo empresario se le hace asumir riesgos considerables aunque no han desaparecido sus lazos de dependencia con el empleador y su organización productiva, y ni siquiera el trabajador logra, en la inmensa mayoría de los casos, un mejoramiento de sus condiciones económicas o una seguridad en el trabajo.

Por otra parte, en la redacción de los contratos aparecen confundidos los conceptos teóricos, y se suele hacer aparecer la autonomía técnica como justificando la existencia de un empresario autónomo (aunque esa autonomía coexista con cláusulas de subordinación tan claras que repiten, en algunos casos textualmente, las definiciones académicas de poder directivo o subordinación).

Asimismo, la fraudulenta conversión de un trabajador en una pseudo empresa unipersonal, provoca la resignada aceptación, por los propios involucrados, de las nuevas cláusulas que regulan la relación, y que están configurando una aparente relación de igualdad desmentida por la realidad, y en definitiva desposeyéndolos de toda la protección que nuestra Constitución, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia laboral consagraron como estatuto protector del trabajo durante el siglo pasado. Lo cual trae aparejado que, en la mayoría de los casos, aun terminada la vinculación de manera unilateral por el empleador, el trabajador se inhibe de cualquier reclamación, sin contar que está insinuándose una nueva corriente jurisprudencial que parece inclinada a admitir esta anomalía.

Desde luego, se puede pretender que el trabajador acepta voluntariamente su conversión en "empresa unipersonal", pero ante ello corresponde resaltar que la alternativa que se le da no es otra que aceptar las nuevas condiciones o quedar en la calle. Por lo demás, aun en el supuesto de que el trabajador aceptara y considerara conveniente el nuevo contrato que se le ofrece o impone, se estaría desconociendo que la inclusión o no dentro del derecho del trabajo o la inserción o no dentro del sistema de seguridad social tiene que ver con normas de orden público, indisponibles para las partes de una relación contractual

Por todo lo expuesto, sobre este punto la Sala de este Instituto considera necesario dejar claramente establecido:

- a) Que la utilización del arrendamiento de servicios con pseudo empresas unipersonales, para encubrir relaciones de trabajo, es una forma grave de fraude laboral, que elimina ilegítimamente los derechos reconocidos por nuestra Constitución, las normas internacionales y nuestras leyes a los trabajadores, a la vez que reduce a límites irrisorios la protección social.
- b) Que a pesar de la incorrecta referencia a empresas unipersonales y otros puntos negativos, así como de la inapropiada transposición que implica dar efectos laborales a una ley jubilatoria, la N° 16.713 no ha aceptado que dejen de considerarse como relaciones de trabajo todas aquellas en que puede detectarse una situación de subordinación con un empleador. Antes bien, como se ha señalado precedentemente, dicha ley le encomendó al BPS investigar si, bajo esa apariencia, no se encubre una clara relación de empleo.
- c) Que es imprescindible que se tome conciencia de la situación y que las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, extremen su celo en el contralor y adopten medidas para evitar el deterioro jurídico, social y ético que implica esta forma de contratación.

EL CASO DE LAS COOPERATIVAS DE FACHADA

Entre las formas contractuales, -instrumentales en el proceso de la deslaborización por el que se está atravesando-, que son formalmente lícitas, pero a las que recurre para encubrir

contratos de trabajo subordinado y de este modo eludir el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales correspondientes, se encuentran las cooperativas de producción.

El caso es particularmente grave, porque lo que se implanta es una mera fachada, con el propósito de gozar del favor con que la ley contempla una antigua institución de nobles tradiciones.

Lo que ocurre es que el empleador, pretextando la necesidad de reducir costos, induce u obliga a los trabajadores a conformar aparentes cooperativas de producción, a las que incluso les “arrienda” las instalaciones de la propia empresa. De hecho, el empresario sigue al mando de la explotación ejerciendo las potestades del empleador y obteniendo los beneficios de la explotación.

Esta modalidad se ha desarrollado especialmente en el sector de la actividad pesquera, en que el armador del buque externaliza sus trabajadores a través de la planilla de una pseudo cooperativa, en la que el personal de la empresa figura como si se tratase de socios.

De esta forma, el empleador intenta eludir sus obligaciones laborales, incluida la eventual indemnización por despido, y con daño del Estado, deja de satisfacer las cargas tributarias y previsionales. Lo cual resulta posible en virtud de que la Ley 13.481 de 21 de junio de 1966 establece, en su art. 4, que los trabajadores socios de las cooperativas de producción no tienen derecho a indemnización por despido y en su art. 1, que tales cooperativas, “quedan exoneradas de todo tributo normal, así como del aporte jubilatorio patronal”.

Dicha ley, sin embargo, sujeta el trato preferente de las cooperativas de producción a determinadas condiciones de autenticidad, que en el caso de estas pretendidas cooperativas, rara vez son observadas, a saber:

a) goce de personería jurídica ; b) integración de los medios de producción al patrimonio social; c) número mínimo de trabajadores socios, el cual no debe ser inferior a seis; d) número máximo de trabajadores no socios, que no puede exceder el 25% del total de ocupados en los primeros cinco años y el 20% en los siguientes.

En particular, en los casos de muchas de estas “cooperativas de fachada” es dable comprobar que los “medios de producción” no integran el patrimonio social sino que permanecen en el de la empresa original. Por ello, además de crearse una relación simulada en desmedro de los derechos laborales, existe una infracción a las normas tributarias y de seguridad social.

En suma, la Sala del Instituto pone en evidencia esta situación, cuyas graves consecuencias se están experimentando en nuestro país, con la intención de que se impida la propagación de esta maniobra y se sancionan condignamente las situaciones indebidas, lo cual implica, asimismo, que se hagan cesar los vínculos fraudulentos que han pretendido constituirse.

Sala del IDTSS, 28 de diciembre de 2001.