**CURSO DE DERECHO DEL TRABAJO I**

**Prof. Ariel Nicoliello – Carolina Panizza**

1. **Críticas a la denominación “Derecho del Trabajo”.**

El Derecho del Trabajo como disciplina jurídica, ha recibido diferentes denominaciones a lo largo de su historia. En sus inicios se llamó ‘’Legislación Industrial’’ o ‘’Legislación del Trabajo’’. En Uruguay ‘’Legislación del Trabajo y de la Previsión Social’’ y respondía al desarrollo legislativo. Como el Derecho del Trabajo no es sólo creado por los legisladores, también existen normas constitucionales, internacionales, convenios entre organizaciones patronales y de trabajadores, normas del Poder Ejecutivo para reglamentar leyes etc., se cambió esa denominación. La expresión ‘’Legislación Industrial ’’ surge con la explotación de los obreros industriales y la formación de organizaciones sindicales para enfrentarla y mejorar sus condiciones laborales. Pero tampoco se ajusta ya que no solo regula la industria sino también el comercio, servicios etc. Además existen aspectos de la actividad industrial que están regulados por el Derecho Civil o por el Derecho Comercial. Otra denominación como Derecho del Trabajo comúnmente usada en la actualidad tampoco lo abarca ya que regula sólo el trabajo subordinado, y aun así hay que distinguir entre sector público que tiene su estatuto propio del Derecho Público, y el sector privado.

Hay quienes prefieren la expresión ‘’Derecho Laboral’’ en el entendido que se adapta mejor a los límites de esta rama del Derecho.

1. **Elementos característicos del trabajo como objeto del Derecho del Trabajo.**

El trabajo es una actividad perteneciente exclusivamente al hombre en cuanto a que es consciente y voluntaria con el fin de producir bienes y servicios materiales o intelectuales para satisfacer sus necesidades biológicas, sociales, culturales etc., Al involucrar al ser humano, su dignidad y su libertad la relación de trabajo debe ser regulada en forma diferente ya que no es una mercancía con carácter patrimonial.

El trabajo subordinado significa que el trabajo de una persona está dirigido por otra. La persona dirigida trabaja por una contraprestación económica que le permita vivir por eso es oneroso y la segunda recibe el producto del trabajo que ingresa a su patrimonio y nunca al patrimonio del trabajador, así como también asume los riesgos en forma exclusiva, de ahí que la subordinación va acompañada de ajenidad del trabajo.

1. **Causas del carácter dinámico o cambiante del Derecho del Trabajo.**

La actividad laboral está en constante cambio, históricamente el hombre ha luchado por mejorar sus condiciones de vida buscando aumento salarial que significa un costo para el empleador que busca reducirlo. El Derecho del Trabajo regula las relaciones laborales entre empleados y empleadores individuales y las relaciones colectivas con sus organizaciones respectivas, que van produciendo convenios y laudos con vigencia temporal limitada, por lo que sus instituciones deben adaptarse a las diferentes realidades que se van presentando. Es un Derecho inestable

1. **¿Por qué el Derecho del Trabajo tiende a la internacionalización?**

La protección en el trabajo tiene un costo y como los países no solo dependen del mercado externo sino del interno, deben tener una balanza comercial estable. Esto es algo que los países cuidan dentro de las variables económicas. Si los costos son más altos que en otros países por la protección del trabajo este va a tener más dificultad para exportar. Por lo cual se trata de que existan estándares mínimos de protección en todo el mundo, este objetivo no es nunca completamente logrado pero si hay necesidad de que trascienda las fronteras. Con esa finalidad se crea la OIT en 1919. Las normas internacionales son muy importantes, existen diversos convenios internacionales que dan solución a diversos problemas jurídicos sobre temas laborales. Por ejemplo: si bien existe una ley nacional sobre licencia, en el ámbito internacional los convenios también permitan la resolución de algunos problemas concretos. Podemos mencionar el convenio internacional N° 132 sobre licencia, el CI 95 que protege el salario, CI 155 sobre Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estos resuelven algunos problemas que no contempla la ley.

1. **¿Es autónomo el Derecho del Trabajo?**

No es autónomo si se habla del Derecho del Trabajo como rama del Derecho porque las relaciones de trabajo están reguladas además por otras ramas del Derecho como el Derecho Civil, Constitucional, DDHH, Derecho Administrativo etc. Todas estas reglas cuando son aplicadas deben adaptarse a los principios propios del Derecho del Trabajo (particularismo).

En cambio cuando se habla del Derecho del Trabajo como disciplina se sostiene que tiene doctrina, filosofía e ideología propia, diferente a las otras. Esta autonomía científica lleva a la autonomía didáctica con asignatura y cátedra propia y autonomía jurisdiccional con tribunales especializados en litigios laborales.

**6. Fines y funciones del Derecho del Trabajo.**

La finalidad objetiva es proteger al económicamente débil, ya que como dice Ermida son relaciones de poder entre desiguales, entre quienes aportan los medios y quienes aportan sólo su fuerza de trabajo, por lo que dicha relación debe ser objeto de regulación y protección y siempre debe aplicarse la norma más favorable al trabajador: el Principio de la Indubio por Operarum u Operario. Pero el Derecho Laboral persigue un valor último, ideal, alcanzar la justicia social.

Las funciones son el rol que tiene el Derecho del Trabajo en la sociedad capitalista donde se creó y desarrolló. Protegiendo al trabajador, el Derecho del Trabajo también cumple con la función de reproducción y conservación del sistema capitalista de producción. El capitalismo ilimitado que trata al trabajo como una mercancía, es irracional, genera destrucción social y humana y conspira contra el desarrollo del capitalismo exacerbando el conflicto contra el propio sistema económico y es acá donde el Derecho del Trabajo tiene la función de racionalizarlo, creando instituciones jurídicas que lo protejan, desmercantiliza algunos aspectos del trabajo como el salario, la jornada, los descansos, las condiciones de higiene y seguridad laboral, el respeto de la dignidad del trabajador, asegurándole condiciones mínimas.

**7. Causas del surgimiento del Derecho del Trabajo en el mundo.**

La industrialización del siglo XIX trae aparejada la organización y lucha de los obreros por mejorar la situación de extrema explotación que sufrían hombres, mujeres y niños en lo que se denominó ‘’la cuestión social’’. La vida de los obreros estaba signada de miseria y tragedia ya que sus salarios eran de hambre y los accidentes de trabajo se sucedían continuamente, sumado a esto, la falta de atención médica y medicamentos limitaba su vida de manera precoz. Se da el proceso de democratización a través de la ampliación de la educación y el derecho al voto. Con este último surgen los partidos de masas y los políticos deben escucharlas para ganar esos votos. Se introduce el concepto de clase que sustituye al concepto de ‘’compasión’’. Los derechos que se van reconociendo son inherentes a la persona humana. El Estado se ve obligado a abandonar su concepción de Juez y Gendarme que implicaba sólo ocuparse de la seguridad y tomar una actitud activa ampliando la protección de derechos sobre el Derecho Laboral y la Previsión Social con una concepción que deja afuera la actitud pasiva del Estado.

**8. Problemas que plantean al Derecho del Trabajo la crisis económica mundial y la globalización.**

La crisis económica mundial originada con la suba del petróleo a partir de 1973, trajo como consecuencia recesión económica, crisis de las empresas industriales, despidos masivos y desempleo. Los Estados de Bienestar son cuestionados surgiendo el movimiento neoliberal con su política de liberalización de las relaciones económicas para ajustar los costos a las necesidades de competencias de las empresas en el mercado. El sindicalismo sufre las consecuencias ante despidos masivos los trabajadores prefieren no sindicalizarse perdiendo protección y estabilidad en el empleo y en los salarios. En lo ideológico y cultural entran en crisis las ideologías y se prioriza el individualismo como forma de sobrevivir y prosperar dentro del sistema económico.

Con la globalización los Estados pierden su capacidad de decisión y regulación, su identidad política, puesto que se recortan las competencias de estos en la gestión e implementación de las políticas económicas y sociales. La legislación (nacional) en materia laboral, comercial, financiera e impositiva, se ve transformada a favor del capital, cediendo el Estado en cuestiones regulatorias desprotegiendo así a los trabajadores.

**9** ¿**Qué períodos pueden distinguirse en la evolución histórica del Derecho del Trabajo en el Uruguay?**

Se pueden distinguir diferentes periodos en la evolución histórica, el primero es el periodo “fundador” hasta 1930: si bien el Uruguay hay indicios de actividad sindical desde los años 1865, sus alcances y logros fueron limitados hasta la primera mitad del Siglo XX.

La legislación surgió y se desarrolló desde el año 1914 cuando se aprobó la ley sobre prevención de accidentes de trabajo y responsabilidad del empleador.

En el año 1915 se creó la ley de limitación de la jornada laboral, que dio lugar a un intenso debate parlamentario, con enfrentamientos y discusiones ideológicas contrapuestas. Las jornadas de 8 horas eran uno de los principales postulados del movimiento obrero. Quienes se oponían a la ley sostenían que la limitación de la jornada era inconciliable con el régimen liberal consagrado en la constitución y que implicaría graves problemas económicos y sociales encareciendo la producción y promoviendo la sustitución del obrero por la máquina. Se asigna a la oficina Nacional del Trabajo funciones inspectivas y de vigilancia, se crea también la Ley del uso de sillas por el personal femenino (1918); la de las jubilaciones para la actividad privada (1919); la ley de descanso semanal (1920);etc. Barbagelata denomina a esta época el periodo fundador, caracterizado por la prioridad en el tiempo ya que Uruguay fue pionero en depositar confianza en la ley y en considerar al trabajador como miembro de la comunidad con derechos que deben ser respetados.

La legislación uruguaya en este periodo puede dividirse en cuatro grupos o categorías, a*) Reglamentación general de la* prestación del trabajo; *Dentro de este grupo la ley que merece ser señala es la de las 8 hs., como también la ley del descanso semanal con el fin de fomentar un régimen de semanas de cinco días laborales y uno de descanso.*

*b) Reglamentaciones especiales;* entre las normas que introducen protecciones especiales resalta la que prohibió el trabajo nocturno de obreros y patrones en las panaderías. Como también la ley 6102 conocida como la de la silla que dispuso que las mujeres debieran trabajar, en lo posible, sentadas y disponer en todo caso del número apropiado de asientos*.*

 *c) Normas de previsión asistencial social;* En primer lugar se destaca la ley Nº 6962 que en el año 1919 permitió la implementación de un régimen de jubilaciones generales para la actividad privada. Se instituyó también un régimen de pensiones a la vejez e invalidez como derecho de las personas ancianas indigentes y de los incapacitados para el trabajo, también en este grupo están las leyes de accidente de trabajo, que por haber sido dictada en 1914 es corrientemente citada como la primera ley laboral dictada en Uruguay.

 *d) normas de contralor;* ley de las 8 horas, se previó la organización de las funciones inspectivos ONT, los procedimientos para la aplicación de multas por infracciones, etc.

Los rasgos fundamentales del periodo fundador son, **La prioridad en el tiempo,** anterioridad a la ley en relación con la significación del problema social en ese momento y precedencia de la ley uruguaya respecto de la legislación social de otros países. **Confianza en la ley** confianza en la legislación como instrumento de las condiciones sociales. No solo las leyes de fondo articulaban mecanismos de contralor, sino que se puso especial cuidado en la promoción de fórmulas tendientes a facilitar la aplicación y el cumplimiento de las leyes.

**Consideración del trabajador como “socius”** las normas de este periodo consideraban al trabajador miembro de la comunidad, se ve reflejado en la limitación de la jornada, la prohibición del trabajo más de 8 horas, el descanso semanal, el trabajo nocturno.

Segundo periodo; El “desarrollo” 1930- 1950 La constitucionalización la nueva constitución señalo el acceso del trabajo al plano de los derechos fundamentales, teñidos de un fuerte contenido social. El proceso de constitucionalizarían precedió en el tiempo a la incorporación a la legislación del trabajo de preceptos relativos al contrato de trabajo. Del nuevo texto constitucional pueden extraerse las líneas básicas para una definición jurídica del trabajo, la constitución de 1934 incorporó la justa remuneración, la limitación de la jornada, la independencia de conciencia moral y cívica, los derechos sindicales y de huelga.

La sanción del Código del Niño, que reguló el trabajo a menores, como también la creación del Decreto- ley Nº 9000 que extendió a los trabajadores del sector privado, por primera vez las vacaciones anuales remuneradas. En este periodo se dio lugar a las ratificaciones de los primeros convenios intencionales de la OIT (Nº 1 a 27, 30,32 y 33) Fijación de salarios mínimos en todas las actividades económicas, y favoreció el desarrollo del sindicalismo. Se sancionaron también las leyes de Seguro de desempleo.

Estas leyes contribuyeron de una manera directa al mejoramiento de la situación de las clases laboriosas, provocando un aumento de los salarios reales y el ascenso de nivel de vida de toda la población. Se aumentó la seguridad en el empleo, se limitó el absolutismo patronal otorgando a la relación laboral carácter contractual. Instituyeron mecanismos para la clasificación, evaluación, y definición de las tareas de las diferentes ramas de actividad industrial y no industrial.

ercer periodo, la consolidación (1950-1968) Se destaca en este periodo, El reconocimiento del derecho de Huelga de los funcionarios públicos, en la constitución de 1952.

La consolidación de la norma protectora del contrato de trabajo en este periodo hay un gran avance en la doctrina nacional, con los y una influencia importante de los partidos políticos, los sindicatos, y los demás grupos de presión

Cuarto periodo, Las repercusiones de la crisis económica y política (1968-1985): La subordinación de la política social a la económica. Esto implica un cambio radical en la orientación de la legislación laboral, fue encubándose desde fíense de la sexta década del siglo para concretarse con la creación de la COPRIN. Ley 13720 sancionada a fines de 1968 se adoptó dentro del nuevo esquema constitucional, este texto plasmaba una filosofía crítica y revisionista de la política seguida hasta entonces en la legislación social. Esta ley creo la Comisión de Productividad, precios e ingresos con potestades para fijar salarios mínimos, en sustitución de los consejos de salarios. La fijación del salario quedo a cargo del Poder Ejecutivo, condicionando la negociación colectiva salarial a la aprobación del poder administrativo. La COPRIN vino a convertirse en una nueva fuente generadora de normas algunas de las cuales fueron meramente de salarios, entre las normas adoptadas cabe señalar la que instituyeron con carácter obligatorio, las sumas para el mejor goce de la vacación, o las primas por antigüedad.

Otras leyes y decretaos dictados en este periodo se refieren a cuestiones atenientes a determinadas actividades o a ciertas categorías de trabajadores, por ejemplo la ley que autorizo a trabajar en horario continuo a los menores de entre 16 y 18 (que por el Código del niño, No podían trabajar sino en horario reducido) Las leyes de Horas extras y la de igualdad e trato y oportunidades, la ley de salario vacacional.

Quinto periodo El retorno democrático: 1985 se produjo el retorno a la democracia y la vigencia de la constitución, los trabajadores recuperaron sus derechos de sindicalización y de huelga, se convocó a la negociación tripartita.

Sexto periodo El Neoliberalismo (1992 a 2005): La concepción neoliberal puede ser caracterizada por su radical individualismo y por un grado de fidelidad al dogma del mercado como único instrumento apropiado para la eficaz distribución de bienes y servicios, condenan toda acción que pueda distorsionar el funcionamiento de un mercado libre del comercio, reclaman desregulación de la economía.

Efectos sobre la normativa laboral y prácticas profesionales, la flexibilidad laboral para a ser un objetivo de la política económica y de los procesos de desregulación se procura subvertir el sistema de relaciones laborales progresivamente universalizado.

A partir de los años 90 se producirá un enlentecimiento de la aprobación de leyes laborales. El gobierno dispuso el cese de los conejos de salarios. Las condiciones de trabajo, va a depender de los convenios colectivos, y por lo tanto de la fuerza de cada sindicato. Se favoreció la desregulación laboral mediante la promoción de la contratación de empresas unipersonales, encubriendo en algunos casos relaciones de dependencia.

Agudizando esta situación de desregulación y flexibilidad laboral la profunda crisis económica instaurada en el año 2002, el aumento del desempleo. La caída del salario real. Crisis en los sindicatos (especialmente en el sector privado)

Séptimo periodo la actual política y sus repercusiones; un nuevo modelo social 2005: Se aplicaran a partir de este gobierno una serie de políticas públicas destinadas a revertir la herencia recibida del periodo neoliberal, pobreza, marginación, crisis sindical, deterioro de salarios, etc.

El gobierno recurrió a un mecanismo que siempre marco los mejores momentos de la vida del país, El tripartismo. Participación estructurada de los actores sociales, trabajadores, empleadores y estado, en aquellas reglas vinculadas al Sistema de RRLL.

Esto incluye un proceso activo del Dialogo Social

**10. Particularidades del sistema de fuentes en el Derecho del Trabajo.**

Las fuentes de derecho se ordenan según criterio de jerarquía, existe una estructura jerárquica piramidal en la cual la norma inferior debe ajustarse a la norma superior, en este caso la ley debe ajustarse a la constitución, el reglamento debe ajustarse a la ley.

Se afirma que en el derecho del trabajo, se produce una corrección de la clásica pirámide Kelseniana, la cual es modificada por la aplicación del principio de primacía de la norma más favorable al trabajador. Las fuentes, especialmente las que provienen del ordenamiento heterónomo como la Constitución o las leyes, fijan mínimos indisponibles entre las partes y que solo pueden ser superadas pero nunca disminuido.

Una segunda particularidad es que no siempre se puede establecer la jerarquía, la contradicción entre las normas de diferente fuente no se resuelve siempre por un criterio de jerarquía sino aplicando la disposición más favorable para el trabajador.

**11. Principios y derechos fundamentales del trabajo incorporados a la**

**Constitución.**

El principio Protector Este principio es el criterio fundamental que orienta al derecho de trabajo, establece un amparo a una de las partes, en este caso es el trabajador, a través de esa protección especial lograr que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes. Este Principio ha sido consagrado en el texto Constitucional, el art. 53, establece que “el trabajo estará bajo la protección especial de la ley”

 se puede concretar en tres reglas: a) Indubio pro operario; b) la aplicación de la norma más favorable; c) la regla de la condición más beneficiosa.

1. la regla de Indubio pro operario importa el rechazo del principio admitido en el derecho privado, según el cual los casos dudosos deben resolverse favorables a favor del deudor (Indubio pro reo). El Derecho de Trabajo entiende que su propósito es otorgar protección a la parte más débil. Condiciones de su aplicación: (Deveali) a) solo cuando existe una duda sobre su alcance de la norma legal; b) siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador (ratio legis o espíritu de la ley).
2. La regla de la norma más favorable determina que cuando en un caso corresponde aplicar varias normas de distinta jerarquía se prefiera aquella que sea más favorable al trabajador. Altera el orden clásico en la jerarquía de las fuentes, la aplicación de esta regla tiene un límite, cuando se aprueba una norma que expresamente establece su carácter de inderogable o que marca un nivel máximo de protección. Estas leyes prohibitivas constituyen normas excepcionales que se diferencian de las comunes, deben establecer de forma expresa y clara, su carácter de orden público. Aplicación de esta regla, la comparación debe efectuarse teniendo en cuenta el tenor de la norma; la comparación de las don normas debe tomar en consideración la situación de la colectividad obrera interesada y no la del obrero considerado individualmente.
3. La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. Aplicación de esta regla, cuando se dicte reglamentación de carácter general estas quedaran modificadas en cuanto no sean más beneficiosas para el trabajador.

Art. 72 y 322 de la constitución conforma el Bloque constitucional, la auto ejecución de los derechos y garantías fundamentales obsta a que se considere a tales instrumentos meramente un cuadro de aspiraciones o de principios políticos, sino que se debe entender integrando un sistema de frenos al constituyente y al legislador, en todos los sentidos vinculatorios.

Por tanto los principios de Irrenunciabilidad, de Buena Fe, de continuidad de la relación laboral y de razonabilidad, están comprendidos dentro del bloque constitucional.

Los principios políticos del derecho de trabajo vigentes en nuestro país, están contenidos en nuestra Constitución, de acuerdo a la práctica de incluirlos en textos fundamentales que le den especial solemnidad a su proclamación.

Las disposiciones que cumplen esta función están contenidas en la Sección II de la Constitución, titulada, “Derechos, deberes y garantías”.

Según Giménez de Aréchaga podemos clasificar los artículos referentes al trabajo en dos grandes grupos de disposiciones.

1. los que consagran la libertad del trabajo art. 7 ( …) serán protegidos en el goce de su vida, libertad, honor, seguridad, trabajo y propiedad; art. 36 toda persona puede dedicarse a el trabajo o cualquier actividad lícita.
2. La que protegen al hombre que trabaja con respecto al trabajo no subordinado se hace mención al art. 33 “el trabajo intelectual será reconocido y protegido por la ley”. Respecto al trabajo subordinado nos encontramos los siguientes art. 53 el trabajo está bajo la protección especial de la ley, art. 54 la ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, la independencia de su conciencia moral y cívica, justa remuneración limitación de la jornada el descanso semanal y la higiene física, art.55(…) reglamentara la distribución imparcial y equitativa del trabajo, art.56 de la obligación de la empresa a proporcionar alimento y alojamiento adecuado, art.57 organización de sindicatos, declarase la huelga como derecho gremial.

La constitución: se encuentra en el primer rango en el sistema jerárquico de forma tal que todo orden normativo inferior se encuentra condicionado por sus preceptos, Señala Ermida Uruarte, más allá del contenido laboral mínimo de las constituciones que incluyen declaración de los derechos y libertades fundamentales se pueden determinar tres contenidos diferentes:

1. El reconocimiento directo de derechos como la limitación de la jornada, la justa remuneración. La independencia moral y cívica.

2) El contenido laboral indirecto, constituido por aquellos principios o dispositivos generales que suponen la ampliación por recepción, del contenido laboral de la Constitución, At. 7, 72 y 332

3) la garantía de eficacia de los derechos reconocidos implica la facultad de interponer accione o recursos de tendientes a obtener declaración de inconstitucionalidad de las normas que los menoscaben.

Dentro del contenido del bloque de constitucionalidad se incluyen todos los instrumentos internacionales ratificados por Uruguay relativos a los derechos fundamentales relacionados con el trabajo; protección del trabajo; derecho sin discriminación de ninguna especie a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren, remuneración, condiciones de existencia justas, Salud, seguridad e higiene.

El derecho sindical y derecho a la seguridad social-

**12. Tipos de normas internacionales que se refieren al trabajo.**

Además de los pactos, protocolos, y convenciones sobre derechos fundamentales existen otras normas internacionales que contienen disposiciones en materia del trabajo, a) normas contenidas en acuerdos y tratados bilaterales y multilaterales; b) normas supranacionales ; c) Normas Internacionales del trabajo .

1. corresponden a las características básicas del derechos internacional, poseen según los objetivos de los instrumentos y los países alcanzados, importancia variable en el ámbito laboral
2. está constituido por las normas supranacionales poseen distintas características, algunas tiene efecto directo y eficacia propia sin necesidad de ratificación. Ej. Unión Europea.
3. Las normas internacionales de trabajo. Existen tratados internacionales que se refieren al trabajo si como un tipo de norma internacional específica, entre los tratados y las convenciones internacionales se destacan aquellos que tratan de los derechos humanos fundamentales e incluyen los derechos humanos laborales (Declaración universal de derechos humanos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo de San Salvador, La declaración Socio. Laboral del MERCOSUR) Existen también tratados internacionales, bilaterales o multilaterales que no reglamenta el trabajo material, distribuyen la competencia entre los Estados para regular las relaciones de trabajo.

**13. Importancia de la Ley como fuente del Derecho del Trabajo.**

La Ley: las leyes laborales establecen un grado de protección mínima y presentan 4 características a) condición de orden público social de sus normas y el carácter irrenunciable que le da el grado de protección mínima que alcanzan; b) primacía en la aplicación de las normas laborales sobre toda otra legislación que solo será aplicable en subsidio; c¨) el reconocimiento del carácter concreto que atenúa la de generalidad propia de la ley; d) la tendencia a la consolidación o codificación de sus normas .

La ley cumple una función de reglamentación de los derechos laborales reconocidos por normas de máxima jerarquía como también de reconocimiento y soporte de la creación de normas autónomas, por los principales interlocutores sociales.

**14. La costumbre y los usos profesionales, ¿son fuente del Derecho del Trabajo?**

Fuentes no Formales-

Son fuentes no escritas o consuetudinarias, aplicándose fundamentalmente para la integración e interpretación del derecho y consisten, desde el punto de vista material en la repetición reiterada, constante y homogénea de determinados actos o conductas.

La costumbre, funciona, en determinados supuestos como una fuente creadora de derecho objetivo fijando un nivel de protección mínima.

La costumbre opera como fuente en el derecho del trabajo, a veces aun cuando la ley no se remita a ella e inclusive contra lo dispuesto en las mimas siempre que “no rompa la unidad del ordenamiento jurídico laboral y no introduzca en el elementos de contradicción”

Las costumbres y los usos empresariales o profesionales, el contrato de trabajo suele no otorgarse por escrito, hay muchos aspectos que no están consignados por escrito pero las partes consideran implícitos porque responden a usos y costumbres de las empresas o del sector de actividad

**15. Función de la doctrina y la jurisprudencia en la integración del Derecho del Trabajo.**

La Jurisprudencia en el derecho de trabajo tiene una extraordinaria importancia es una materia caracterizada por su fragmentarismo y dispersión, la labor jurisprudencial ha servido como elemento de interpretación e integración de las normas. Es a su vez, a través de la recepción de la doctrina en sus fallos, una fuente creadora de derechos. Si bien no se puede ubicar dentro de las fuentes formales porque no produce normas de alcance general y abstracto, ni dentro de las fuentes materiales porque no existe disposición del derecho positivo que le otorgue tal alcance, dada la lagunosidad del derecho de trabajo su labor de integración del derecho es evidente.

La Doctrina: Es un derecho de aplicación relativamente reciente, es extraordinario el conjunto de trabajos científicos sobre la materia, es una fuente den carácter subsidiaria en atención a lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución, relativo a la falta de reglamentación den los preceptos que reconocen los derechos de los individuos e imponen deberes a las autoridades públicas.

**16. Función de los principios en el Derecho del Trabajo.**

Los Principios de derecho cumplen una triple función**:**

1. Inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico;
2. Normativa: actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley. Son medios de integrar al derecho.
3. Interpretadora: operan como criterio orientador del juez o intérprete

Esta pluralidad de funciones explica que haya algunos de esos principios que sirvan más para el legislador o el creador de normas laborales, es decir que cumplen una misión de inspiración o información de la norma; y otros sean más útiles para el intérprete.

**17.-Fundamentos del Principio Protector.**

En el Derecho en general existen mandatos que nos obligan a cumplir con las disposiciones legales que nos obligan a cumplir con las disposiciones legales. Podemos distinguir así reglas y principios. La regla es una norma, una conducta ordenada, que permite o prohíbe , y cuya inobservancia trae aparejada una sanción.

El principio es una norma que señala la dirección en la cual se debería actuar, son más abstractos y los conocemos a través de reglas .Orientadores e inspiradores, serían llamados “mandatos de optimización”. Entre los diferentes tipos de principios y específico del Derecho del trabajo encontramos el principio protector, este como su nombre lo indica consagra la protección al trabajador fundado en que es éste la parte más vulnerable de la relación laboral. Por ello el Estado debe intervenir para tutelarlo. Se asocia asimismo con la protección de los Derechos fundamentales como la vida, libertad, dignidad y seguridad, ya que – entre otros – estos derechos podrían verse afectados en el marco de cualquier relación laboral.

El trabajador es jurídica y económicamente la parte más débil de ésta relación. En cuanto a la prestación de su trabajo ella es frecuentemente su único o principal sustento y se ve obligado por ello a respetar las condiciones que le impone el empleador, aunque ellas pudieran agraviar su persona así como los derechos que mencionamos anteriormente. Los arts.53 a 57 de nuestra Constitución consagran y enumeran el contenido de este principio protector .Al referirse en el art.53 la protección “especial “de la ley da cuenta de la trascendencia, amplitud y profundidad de esta protección manifestando así la importancia de la persona en cuanto trabajador, así como la promoción y relevante consideración de la calidad de tal.

**18. Alcances de la Regla “In Dubio pro operario”**

Esta regla forma parte de una de las 3 formas de aplicación del PP junto con la regla de “la norma más favorable” y la regla “de la condición más beneficiosa” y está dirigida a jueces e intérpretes.

Significa que, en caso de incertidumbre sobre el sentido o significado de una norma aquel juez o intérprete deberá optar por aquella interpretación que sea más favorable al trabajador. Se aplica específicamente para desentrañar el sentido de la norma. Debemos señalar que, para que se configure el caso es necesario que exista verdadera duda en cuanto al sentido o alcance de la norma legal y que a su vez la interpretación no sea contraria a la voluntad del trabajador. Más que el sentido literal debemos ir a la razón de la norma. Se aprecia aquí el carácter igualador del derecho laboral, a diferencia del D. Civil que considera la igualdad básica entre los individuos, aquí se parte del supuesto de la desigualdad y se tutela al trabajador considerado la parte más débil de la relación contractual.

**19.- Diferencias entre las reglas de la “norma más favorable” y de la “condición más beneficiosa” en qué casos se aplican.**

La regla de la “norma más favorable “presupone la existencia de 2 normas aplicable a una misma situación estableciendo que el intérprete debe optar por aquella que más beneficie al trabajador. En cuanto a la aplicabilidad existen al respecto 3 opiniones, a) aquella que considera que las normas deben tomarse en su conjunto, b) la que sostiene que de cada norma debe tomarse lo que sea más favorable al trabajador y c) una postura intermedia que dice que debe elegirse dentro de un mismo instituto y elegir diferentes regímenes según el más conveniente. Se tiende en general a la acumulación e indivisión a fin de abarcar el espectro más amplio posible de beneficios.

En cambio la regla de la “condición más beneficiosa” se aplica cuando, en medio de una relación contractual de trabajo regulada con anterioridad, sobreviene una nueva norma. Puede ésta perjudicar al trabajador? .La respuesta es negativa dado que la finalidad del d del trabajo es proteger y tutelar la desigualdad. En ningún caso un nuevo convenio o acuerdo menoscabará los derechos de los trabajadores. Por esta regla se establece un nivel mínimo de protección , que favorece a quienes no gozaban del beneficio, sin perjudicar a quienes ya lo poseían, por ejemplo si se aprueba un nuevo salario mínimo por convenio colectivo quienes percibían un salario mayor no serán pasibles de rebaja del mismo.

**20.- ¿En qué casos tiene validez la renuncia a una ventaja o derecho por parte del trabajador?**

El Principio de Irrenunciabilidad establece que los derechos laborales del trabajador no pueden ser renunciados por propia voluntad, es decir el trabajador no puede, por acto propio desprenderse de sus derechos. Este principio se fundamenta en la inoperatividad, irrenunciabilidad de los derechos así como en razones de orden e interés público.

El mismo sin embargo recibe atenuaciones según la norma considerada o según la clase de renuncia. Así se da por ejemplo en los casos de transacción, cuando, ante un conflicto las partes realizan mutuas concesione, de este modo el trabajador renuncia a la parte del crédito laboral que no es reconocida en el acuerdo lo cual a su vez confirma la existencia del derecho objeto del litigio. Se requiere una duda razonable sobre la situación jurídica en disputa para que no se encubra una renuncia unilateral, así como el logro de alguna ventaja para el trabajador en relación a la situación previa al conflicto para que no sea también una renuncia pura y simple. La renuncia debe ser además posterior al nacimiento del derecho y finalizada la relación contractual y debe también ser explícita.

Otro ejemplo de renuncia es el caso de la novación o modificación del contrato de común acuerdo. Es válido mientras existan algunos parámetros: a) equilibrio entre salario – trabajo, b) fundamento para tal modificación, c) compensación pérdida - ganancia y consentimiento expreso por parte del trabajador.

**21.- Aplicaciones del Principio de Continuidad.**

Mediante esta aplicación del PP plasmada en el P de Continuidad podemos ver como el D Laboral preconiza la perdurabilidad en el empleo, entendiendo la estabilidad como beneficiosa para el trabajador y protegiéndolo de este modo. No se encuentra legislado pero se puede ver contenido en las normas relativas a la IPD.

Se aplica en diferentes casos y de distintas formas:

* En lo concerniente al plazo de los contratos, (en el d laboral se da preferencia al contrato de trabajo sin término o indefinido) y estableciendo además la imposibilidad de transformar un contrato indefinido en definido poniéndole límite posteriormente alterando el plazo y poniendo fecha de extinción al mismo.
* Presuponiendo la existencia de un contrato indefinido ante la firma de 2 o más contratos definidos
* La flexibilización en admitir modificaciones “menores” o en aspectos secundarios del contrato ej horario de trabajo con justificación razonable,
* Mantenimiento del contrato facultando al empleador a imponer sanciones disciplinarias ante incumplimientos a fin de no romper la relación laboral y lograr una mejora en la conducta del trabajador sin tener que finalizar el vínculo contractual. Observamos aquí la resistencia a admitir el despido, buscando soluciones alternativas. El empleador además siempre debe pagar el IPD salvo en los casos de notoria mala conducta, también como una forma de contención y protección del vínculo y de la persona del trabajador.
* Ante casos de enfermedad, hay suspensión y no renuncia de la relación laboral, no hay contraprestación por parte del trabajador pero subsiste la obligación por parte del empleador de pagar el salario. Igual criterio se aplica el caso de huelga.
* La sustitución de la parte empleadora no implica el fin de la relación laboral. Se establece la responsabilidad solidaria en el caso de la adquisición del establecimiento o industria.

**22.- Concepto y Aplicaciones del Principio de Primacía de la Realidad.**

Este Principio establece que, a diferencia del D Civil en que se le da validez al contrato el Derecho Laboral – ante la duda – antepone la realidad a lo establecido en los documentos. Podemos ver su aplicación por parte de la jurisprudencia en distintos casos:

* Para calificar una relación jurídica como laboral debemos recurrir a la verificación empírica de que el trabajo es: subordinado y por cuenta ajena, más allá de las cláusulas del contrato suscrito.
* Para determinar la categoría laboral (que fija el salario) se atenderá a las tareas efectivamente realizadas y no al cargo contenido en el contrato o planilla de trabajo.
* Cuando exista un conjunto económico, la responsabilidad ante el trabajador es solidaria aunque solo uno de los sujetos figure en el contrato de trabajo como empleador, las partes responden mancomunadamente frente al mismo.

**23.- Proyecciones del principio de buena fe en el Derecho del Trabajo.**

La buena fe es un principio jurídico fundamental, surge de forma expresa en distintas normas, aunque en algunos casos no se mencione en forma expresa. Los antiguos juristas admitían los efectos de la buena fe solo en los casos que surgía de manera expresa y literal del ordenamiento jurídico.

La buena fe puede ser:

1) objetiva: cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales. La buena fe lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez, lleva implícita la plena conciencia de no engañar, ni perjudicar, ni dañar. Convicción de que las transacciones se cumplen normalmente sin trampas ni abusos, ni desvirtuaciones. Se analiza la conducta del sujeto para comprobar si la actitud asumida coincide con las valoraciones vigentes en la comunidad.

2) Subjetiva o psicológico: error o falsa creencia. Buena fe creencia es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa que su conducta es legítima y no provoca perjuicios a nadie.

La buena fe que debe regir en el Derecho del trabajo es la buena fe lealtad u objetiva, refiera a un comportamiento y no a una mera convicción.

Este principio se proyecta de una manera especial en el Derecho del Trabajo y se convierte en uno de sus principios fundamentales. Con relación a esto se han formulado dos objeciones:

1. La buena fe es una exigencia propia de todo el derecho, no es exclusiva del Derecho laboral.
2. La buena fe constituye un ingrediente de orden moral indispensable para el adecuado cumplimiento del derecho. Sin este elemento la mayoría de las normas jurídicas pierden su sentido y significado.

El Art. 1291 del Código Civil establece que los contratos deben cumplirse de buena fe, esto se aplica a todos los contratos y no solo al contrato de trabajo. Por lo cual concluye que no puede ser considerado un principio del Derecho del Trabajo porque rige para todas las ramas del Derecho. Ante esta posición debemos tener en cuenta que los principios del Derecho del Trabajo no son exclusivos, pueden servir simultáneamente para otras disciplinas jurídicas. Lo que debe ser exclusivo es el elenco en su conjunto, aunque cada uno de los principios que lo integren sirva para más de una disciplina.

Plá Rodríguez expresa que la buena fe tiene en la relación laboral un significado especial por el componente personal de este derecho. No se trata sólo de derechos y obligaciones patrimoniales sino también personales, se trata de una relación estable y continuada que crea confianza recíproca en múltiples planos entre las partes.

La buena fe que debe regir como principio propio del derecho laboral es la objetiva. Para el cumplimiento de las obligaciones y el adecuado mantenimiento de las relaciones ambas partes deben actuar de buena fe. La aplicación de este principio en el ámbito del Derecho del Trabajo tiene una duración y una necesidad muy superior.

El trabajador y el empleador deben cumplir su contrato de buena y fe y los códigos civiles establecen como norma general que los contratos deben cumplirse de buena fe.

No se limita a determinar una o más obligaciones, sino que se trata de una idea general que comprende, explica y respalda las obligaciones que emanan de su contenido pero que las trasciende. Sirve para orientar la interpretación, para suplir las omisiones, para inspirar al propio legislador.

Este principio debe ser tenido en cuenta para la aplicación de todos los derechos y obligaciones que las partes adquieran como consecuencia del contrato de trabajo. Es un modo de actuar, un estilo de conducta, una forma de proceder ante las situaciones de la vida cotidiana que no puede limitarse al cumplimiento de las obligaciones. Cuanto más importante la obligación y mayor el tiempo que demande, mayor la importancia del principio.

Algunos autores vinculan a este principio: los deberes de lealtad, de fidelidad y de colaboración.

**24. Notas características de la figura del trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo.**

**Notas características.**

**a) Persona física.**

El trabajador tiene que ser necesariamente una persona física. Todo el Derecho del Trabajo protege al trabajador como ser humano y por la energía personal que desarrolla en la prestación del servicio. Las personas morales o jurídicas no pueden comprometerse a prestar un trabajo como los trabajadores porque dada su naturaleza, son incapaces de prestar un servicio que consiste en energía humana de trabajo. Por otra parte, no se le podrían aplicar las reglas sobre jornada de trabajo, descansos, vacaciones, salario mínimo, riesgos profesionales, etc. Ninguna persona jurídica puede asumir el papel de trabajador, por ej. un conjunto de personas que opere como una SRL no podrá ser considerada (ni la sociedad, ni sus socios) trabajadores a los efectos del Derecho del Trabajo.

**b) Carácter personalísimo.**

El compromiso que asume el trabajador es de carácter estrictamente personal. El compromiso de trabajo se estipula directamente con la persona del trabajador contratado.

Esto tiene dos implicaciones:

i) La primera es que ese compromiso debe ser voluntario. La persona debe comprometerse en forma personal. Por ello no basta el consentimiento por representación si no hay una ratificación de la propia persona interesada que puede ser expresa, manifestándolo explícitamente, o tácita empezando a ejecutar la tarea.

ii) La segunda es que resulta intransferible. La obligación que contrae el trabajador no es fungible. Esto es, no puede ser satisfecha por otro, sino solamente por quien la contrajo. Por eso se dice que en relación al trabajador es un contrato intuitu personae. Por esa razón, el trabajador no tiene la facultad de prestar el servicio por intermedio de otro. No puede hacerse sustituir en la empresa que trabaja, salvo si el empleador consiente. Pero aún en este caso, los efectos del contrato se suspenden en relación a su persona para producirse en la persona del sustituto. La obligación de prestar el servicio es, pues, personalísima y por tanto intrasmisible. Tanto que la muerte del empleado disuelve, ipso facto, el contrato.

De lo anterior se deriva que el trabajador no puede tener colaboradores o suplentes en quienes descargue en forma más o menos intensa la obligación a la que se comprometió.

Consecuencias: 1) El trabajador no puede imponer al empleador un sustituto, por más habilidoso o competente que fuera (intransferibilidad del contrato de trabajo), 2) la muerte del trabajador extingue el contrato de trabajo.

**c) El trabajo debe ser subordinado.**

La subordinación entendida en sentido jurídico es el criterio que distingue al contrato de trabajo. En la doctrina laboral, predomina la idea de que la subordinación característica del contrato de trabajo implica que el trabajador se obliga a prestar el trabajo bajo la dirección del empleador. El trabajador debe obedecer las órdenes e instrucciones que permiten la ejecución del trabajo en el sentido querido por aquel. El contrato de trabajo es el fundamento de la subordinación y fija sus límites según los principios relativos al objeto del contrato. La subordinación es un modo de ser de la prestación de trabajo y no un status personal del trabajador.

El contrato de trabajo se define como aquel por el cual una persona se obliga a prestar una actividad en provecho y bajo la dirección de otra y ésta a retribuirla.

Los elementos típicos del contrato de trabajo son: la actividad personal, la subordinación y la remuneración. Plá Rodríguez agrega la durabilidad: voluntad de las partes de vincularse en forma duradera en una relación que se prolonga en el tiempo.

La dirección de la actividad ajena, se refiere a la determinación por el empleador de las modalidades, lugar y tiempo de ejecución de la prestación de trabajo.

A su vez, el empleador puede controlar la conformidad de la ejecución del trabajo a las órdenes e instrucciones previamente dadas. El incumplimiento del trabajador hace surgir su responsabilidad y puede hacerlo pasible de sanciones.

De esta manera, la subordinación es entendida como sujeción del trabajador al poder de dirección del empleador que da órdenes concernientes a la ejecución del trabajo, controla el cumplimiento y verifica los resultados.

La existencia del vínculo de subordinación suele buscarse mediante pruebas directas sobre la existencia de los poderes de dirección, de contralor, de fiscalización y disciplinario del empleador y de pruebas indirectas cuando la atenuación de las directivas y los poderes funcionales del empleador puede justificarse por la especial naturaleza intelectual o de alta especialidad de las tareas desarrolladas.

La ausencia de la subordinación en la relación concreta determina su exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo.

La jurisprudencia ha deducido una serie de indicios (positivos, negativos y neutros) que hacen referencia a la subordinación. La continuidad de la relación o de la prestación, la profesionalidad, la exclusividad, la ajenidad, la inserción en una organización creada por el empleador, la dependencia económica. La ausencia de estos elementos señala la inexistencia del contrato de trabajo. Indicios de menor valor son la sujeción a horarios, la forma y modalidades de la retribución, la distinción entre actividad y resultado y el cumplimiento de obligaciones formales.

En el año 2006, la OIT siendo consciente de las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, aprobó la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo.

Esta Recomendación, aconseja que a los efectos de determinar la existencia de una relación de trabajo se deben considerar principalmente los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, dándosele preferencia sobre cualquier acuerdo contrario entre las partes.

Por otra parte, se establecen indicios específicos de subordinación tales como a) el hecho de que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de ora persona, que el mismo implique la integración del trabajador en la organización de la empresa, que sea efectuado principalmente en beneficio de otra persona, que sea 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 disponibilidad del trabajador, que implique el suministro de herramientas por parte de la persona que requiere el trabajo y b) el hecho de que se pague una remuneración periódica al trabajador, que dicha remuneración constituya la única o principal fuente de ingresos del trabajador, que incluya partidas en especie tales como la alimentación, vivienda, transporte u otros, que se reconozcan derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales y el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

**d) Cualquier clase de servicios.**

Los servicios que ha de prestar el trabajador pueden ser de cualquier clase. Pueden ser servicios de carácter manual como intelectual, servicios ligados a la actividad económica como otros servicios de cualquier índole: cultural, artística, deportiva, gremial, etc.

Tampoco existe ninguna distinción en razón de la jerarquía o valoración social de los servicios.

En este sentido se ha ido produciendo una sostenida evolución expansiva que partiendo de una concepción restringida primitiva que comprendía sólo a las labores manuales cumplidas por los obreros, ha ido abarcando paulatinamente todo género de servicios hasta no admitir actualmente ninguna excepción.

La clase de actividad desarrollada interesa en ciertos casos para la determinación de los derechos aplicables por regirse por estatutos diferentes pero todos son trabajadores.

**e) No se requiere exclusividad.**

No es necesaria la exclusividad. Un trabajador puede prestar servicios contemporáneamente para varios empleadores.

Este es uno de los puntos en que difiere el trabajador privado del público, ya que mientras que el Estatuto del Funcionario público prohíbe la acumulación de cargos en la administración pública, el derecho del trabajo no prohíbe la acumulación de empleos en la actividad privada.

Lo que se verifica en la práctica no es una imposibilidad jurídica sino una imposibilidad física o material para cierto número de trabajadores de desempeñar más de un trabajo. En efecto, generalmente el trabajador cumple ocho horas de trabajo coincidiendo con el lapso donde podría desempeñar otra ocupación. Toda la jornada normal de trabajo es tomada por el empleador por lo que el trabajador no dispone de tiempo para desempeñar otra actividad. Pero si por la ubicación de las horas o por la índole de la actividad complementaria existe posibilidad práctica de combinar ambos trabajos, no hay nada que le impida hacerlo.

A pesar de ello, cabe formular dos precisiones:

a) Puede haber un compromiso voluntario de exclusividad contraído por el trabajador que se compromete contractualmente a lo que suele llamarse dedicación total.

Estos compromisos van acompañados generalmente de un aumento de retribución para compensar las eventuales ganancias posibles a las que se renuncia en virtud de este compromiso de no desempeñar ninguna otra actividad.

b) No puede trabajarse simultáneamente en el mismo ramo o para la competencia o por cuenta propia, por cuanto puede representar una forma de comportamiento desleal que puede calificarse como notoria mala conducta.

De todas formas cabe con todo algún caso especial en que por la índole de la actividad el empleador autorice en ciertas condiciones al empleado para que trabaje en más de una empresa similar, pero se requiere autorización expresa en cuanto significa apartarse de la regla general.

El Art. 161 del Código de Comercio incluye entre las causas especiales para que los principales puedan despedir a sus factores o dependientes “negociación por cuenta propia o ajena, sin expreso permiso del principal”. Trabajar en el mismo ramo es considerado una falta grava que autoriza la recisión del contrato salvo que exista autorización del principal.

Según Evaristo de Moraes Filho plantea el caso que en la misma persona (el trabajador) residan condiciones diferentes y posibilidades diversas de prestación de servicios, de esta forma se obliga ante el mismo empleador por pactos también diversos. Debe tratarse estos casos con cautela porque puede violar norma sobre la limitación de la jornada.

**25. Concepto de empleador.**

El empleador es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de otro en virtud de una relación de trabajo.

Es la persona física o jurídica que contrata la prestación de trabajo subordinado con otro sujeto (trabajador) al cual utiliza y dirige.

No se requiere que la persona que utilice los servicios de otro tenga fines lucrativos. Si bien en muchos casos el receptor de los servicios contratará trabajo para obtener un lucro a través de su empresa, ello no es indispensable. Puede pensarse en las situaciones del trabajo doméstico o de una institución religiosa o política que contrata a trabajadores dependientes para realizar sus actividades. En estos casos la inexistencia de la finalidad lucrativa no modifica la naturaleza del contrato ni altera la calidad de empleador de aquel que utiliza el trabajo.

El empleador es la persona que recibe los servicios y se beneficia con ellos. También es el que dirige la actividad laboral del trabajador y la disciplina. En el desempeño de su actividad el empleador utiliza, dirige, organiza y supervisa la prestación laboral de la contraparte a quien retribuye con el pago de una remuneración.

El empleador puede ejercer el poder de dirección en forma directa o delegarlo en otra persona, lo cual ocurre frecuentemente en las grandes empresas.

En nuestro país no existe una definición de alcance general sobre la figura del empleador. Apenas pueden mencionarse algunas definiciones de carácter puntual como es el caso del Decreto de 26 de abril de 1962 reglamentario de la ley No. 12.590 sobre vacaciones anuales, cuyo art. 1 define al empleador como toda persona física o jurídica, compañía, agencia marítima, armador, patrón de buque, empresa o establecimiento incluso los dedicados a tareas rurales aunque no persiga fines de lucro, que emplee uno o más trabajadores.

Ante dicha laguna, ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado de delimitar la noción de empleador, recurriendo para ello a los elementos recién mencionados: contratación, pago de la remuneración, dirección y organización del trabajo, supervisión de la actividad laboral, etc.

El Derecho laboral históricamente considero como típico el trabajo asalariado prestado en relación de dependencia o subordinación y alrededor de esa situación fue construyendo el sistema de protecciones, prohibiciones, y regulaciones que integra el derecho individual del trabajo.

La idea del empleador como persona física o aún jurídica, propietario del lugar y parte del contrato, fue una característica del vínculo bilateral que llamamos contrato de trabajo típico. Las nuevas formas de organización de las empresas muchas veces desdibujan u ocultan la figura del empleador real detrás de un empleador formal. Se dan así relaciones triangulares (subcontratación, intermediación, suministro de mano de obra) en las que participan el trabajador, la empresa principal y la tercerista.

La determinación del sujeto empleador siempre ha sido de gran relevancia porque de ello dependen aspectos tan esenciales como la percepción del salario, la observancia de las condiciones de trabajo (jornadas, descansos, vacaciones) el respeto y cuidado de la integridad física y la efectividad de los derechos colectivos.

La atribución de responsabilidad laboral recae directamente y exclusivamente sobre el empleador, en tanto es este el que requiere y contrata los servicios del trabajador. El empleador es el que organiza y dirige la actividad, beneficiándose con ella a cambio de una remuneración, y asume los riesgos de la explotación.

Contratación, remuneración, utilización, dirección y precepción de los beneficios del trabajo son las pautas que permites identificar la figura del empleador.

Se dan situaciones en que la persona que contrata formalmente los servicios del trabajador no es el sujeto que utiliza y se beneficia de los mismos. Para evitar esta discordancia entre la forma y la sustancia y con la finalidad de proteger los créditos del trabajador el Derecho del Trabajo suele limitar y regular algunas figuras.

El Derecho del Trabajo acude a sus principios, en especial al de primacía de la realidad, para atribuir responsabilidad al verdadero empleador. También utiliza recursos del derecho común como la responsabilidad solidaria.

**26. ¿En qué casos se aplica el concepto de personería laboral del empleador?**

La personería laboral del empleador.

Las formas jurídicas que adopten los empleadores no pueden imponerse a la realidad, los conflictos entre trabajadores y empleadores deben resolverse en torno a los principios que rigen la materia.

En aplicación del instituto de la personería laboral del empleador, para el trabajador, el empleador es quien ostensiblemente se presenta como tal, le contrata, le da órdenes, le paga su salario, debiendo imperar los principios de razonabilidad y de primacía de la realidad a los efectos de que los derechos del trabajador no se desvirtúen frente a situaciones difusas.

En un inicio la teoría de la personería laboral del empleador fue utilizada para resolver aquellos casos en que existía discordancia entre la razón social de la empresa y su denominación comercial y el trabajador demandaba como su patrono a esta última.

Como enseña PLA RODRÍGUEZ ocurre que muchas veces el trabajador ignora quién es el verdadero propietario de la empresa, sea porque esto ha carecido de publicidad o porque ha sufrido una serie de variantes y transformaciones que escapan a su conocimiento y contralor.

Generalmente el trabajador conoce el nombre comercial de la empresa, y su domicilio real aunque desconozca la nómina estricta y actualizada de sus propietarios.

Por eso decide accionar judicialmente contra la empresa identificándola mediante su nombre comercial.

Por este motivo, la jurisprudencia, basándose en la teoría de la personería laboral de la empresa, en el hecho de que los actos procesales deben validarse cuando han cumplido su fin y en el principio de la primacía de la realidad, se ha inclinado por considerar válido el emplazamiento aun cuando no haya sido dirigido a la persona jurídica exacta o al núcleo preciso de personas físicas propietarias de la empresa.

Se señala que los actos procesales deben validarse cuando han cumplido su fin, aceptándose así el emplazamiento judicial aun cuando se haya emplazado a la empresa por su nombre de fantasía.

En otras palabras se advierte una tendencia a pasar por alto ciertas imperfecciones formales cuando la realidad sustantiva demuestra que el empleador se ha enterado. Esto no se debe a un acto de desprolijidad u hostilidad hacia las formas jurídicas sino porque se entiende que no puede sacrificarse la realidad de derechos sustantivos ante aspectos formales en los que naufragarían fácilmente los trabajadores, imposibilitados de conocer detalles que le son ajenos.

Con el correr del tiempo, la teoría de la personería laboral del empleador comenzó a extenderse a supuestos distintos al del mero desconocimiento o error sobre quién es el verdadero empleador y en su mérito convalidar el emplazamiento judicial.

Como señala María Josefina PLA REGULES en el ámbito del Derecho del Trabajo la jurisprudencia ha edificado un concepto propio y original de la figura del empleador que no necesariamente coincide con el que deriva de las formas y conceptos derivados del Derecho civil y comercial.

Para ello se ha recurrido a la autonomía de la disciplina y a la aplicación de sus principios propios, alegándose que el Derecho del trabajo tiene la suficiente autonomía como para otorgar personería laboral a determinadas realidades sin que esto importe otorgársela a todos los efectos jurídicos y puede también descartar dentro del campo laboral privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas que trasladada al Derecho del Trabajo originaría serios perjuicios al trabajador.

Los casos dudosos sobre quién es el verdadero empleador deben ser resueltos en materia laboral con un criterio uniforme derivado de los principios propios de la disciplina, especialmente el de primacía de la realidad, buena fe, dignidad de la actividad humana y desigualdad de las partes.

Para PLA REGULES el concepto de personería laboral del empleador abarca realidades tan distintas como las variaciones sucesivas de las empresas, la existencia de una persona jurídica ficticia, y el conjunto económico entre otros. En estos casos, la jurisprudencia suele invocar que si en estas situaciones el Derecho Laboral no otorgase una personería diferente a la derivada del Derecho Civil o comercial, se pulverizarían todas aquellas elaboraciones doctrinarias protectoras, negando los principios que unánimemente se aceptan y dan por reconocidos, originándose graves perjuicios al trabajador.

Odriozola (1949) “la teoría de la empresa que analizamos es típica y privativa del derecho del trabajo: nace en el ámbito de este derecho y para este derecho, respondiendo a las particularísimas modalidades de la relación laboral (…) destacándose la vinculación preponderante del trabajador con la empresa, con abstracción de la persona del empresario”.

Hilda Moltedo de Espíndola “el concepto civilista acerca de la persona no tiene aplicación en el ámbito del derecho laboral, donde rige el principio de la primacía de la realidad según el cual en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primer, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Los principios del moderno Derecho del trabajo (protector, ajenidad, irrenunciabilidad) han servido para crear mecanismos de defensa y autodefensa como es esta teoría de la personería laboral del empleador, a través de la cual busca descubrir el verdadero empleador y el que se beneficia de los frutos del trabajo subordinado.

A través de la teoría de la personería laboral del empleador se busca descubrir al verdadero empleador y al que se beneficia de los frutos del trabajo subordinado independientemente de las formas societarias que se adopten.

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3°turno ha definido al instituto de la personería laboral del empleador así: “las formas jurídicas que adopten los empleadores no pueden imponerse a la realidad, y los conflictos entre trabajadores y empleadores deben resolverse en torno a los principios que rigen en la materia y no de acuerdo al derecho comercial o civil. Para el trabajado, empleador es quien ostensiblemente se presenta como tal, le contrata, le da órdenes, le paga un salario debiendo imperar los principios de razonabilidad y de primacía de la realidad a los efectos de que los derechos del trabajador no se desvirtúen frente a situaciones difusas.

La noción de personería laboral del empleador se aplica además a los casos de transferencia de bienes de una empresa a otra, realizada en forma simulada o fraudulenta con finalidad de evitar a los acreedores laborales. La jurisprudencia entiende que si en un mismo establecimiento hay propietarios diversos o se forman diferentes sociedades, tal hecho comercial no debe impedir que el trabajador haga efectivos sus créditos. Del mismo modo, la jurisprudencia sostiene que en las sustituciones de empleador (cesión, transferencia, cambio de firma y situaciones similares), desde que los trabajadores son ajenos a los cambios empresariales, debe aplicarse el criterio amplio en relación con la personería del empleador.

Otras proyecciones se ven relacionadas con el concepto de empresa entendiéndose por tal toda unidad económica de producción de bienes y servicios con independencia de su estructura jurídica o formal; la conceptualización del suministro de mano de obra como una suerte de empleador complejo, las sucesión de empresas como forma de empleador único que responde solidariamente ante el trabajador, la imputación de la calidad de patrono a un grupo de personas físicas o un grupo familiar que utiliza indistintamente los servicios del trabajador.

En algunos casos la jurisprudencia ha aplicado la noción de personería jurídica a un director de una SA por deudas laborales dado que el mismo se exteriorizaba ante terceros como el verdadero empleador y dueño del establecimiento. También se ha atribuido responsabilidad a una SRL y a sus socios por entender que la primera era un instrumento técnico al servicio del empleador, se condenaron a todos los demandados por la totalidad de los rubros.

**27. Concepto y prueba del conjunto económico.**

El conjunto económico consiste en una realidad más económica que jurídica. En nuestro país la regulación ha apuntado a extender la responsabilidad a los otros sujetos que no son exclusivamente el empleador directo (Ley 18099 y 18251).

En primer lugar, para que haya un conjunto económico debe haber una pluralidad de personas jurídicas que se coordinan entre sí. No existe grupo si no hay más de un componente. Por eso cuando hablamos de conjunto económico no estamos hablando de una fusión o incorporación. En la fusión las sociedades preexistentes desaparecen para dar nacimiento a una nueva y única, en la incorporación las anteriores son absorbidas por una de ellas.

Sin embargo, no toda coordinación entre varias empresas constituye un conjunto económico.

ERMIDA URIARTE señala que el grupo de empresas es el conjunto de empresas formal y aparentemente independiente que están, sin embargo recíprocamente entrelazadas al punto de formar un todo complejo pero compacto en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente aun cuando los derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas.

La consecuencia de la existencia del conjunto económico es la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo por las obligaciones contraídas por cualquiera de los componentes del conjunto.

Según nuestra jurisprudencia “cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas por un todo complejo, pero integral, entonces nos encontramos frente a una realidad económica, que seguramente es más económica que jurídica.

Pla Rodríguez lo define como “Conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única”. Y aclara que no toda coordinación entre varias empresas constituye un conjunto económico, lo que identifica al grupo es el sometimiento de todas las entidades del grupo, o de todas menos una, a un cierto control, entendida como la posibilidad de sustituir la voluntad de la entidad miembro por otra voluntad.

Puede haber más de una empresa predominante. En base a los principios de primacía de la realidad y protector, dicha calidad debe ser atribuida al grupo como tal, dado que existe una unidad formada bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas.

Por lo general la existencia de un grupo de empresas no se exterioriza como tal ante terceros. La jurisprudencia y la doctrina han tenido que recurrir a la técnica de los indicios para detectar la existencia de un grupo de empresas. Es carga del reclamante demostrar la existencia del grupo económico, dicha prueba puede estar constituida por indicios.

**Elementos y consecuencias de la existencia de un conjunto económico.**

De esta manera, el conjunto económico se caracteriza por la presencia de los siguientes elementos:

a) La existencia de cierta organización.

b) La jerarquía dentro del grupo que es lo que permite darle unidad.

c) La presencia de una sociedad madre que es la que controla y domina el movimiento de las demás que vienen a ser subordinadas o subsidiarias.

d) no interesa la forma como se ejerza ese control siempre que él exista.

e) muchas veces pasa la frontera convirtiéndose en una modalidad de las multinacionales, que son un conjunto económico distribuido internacionalmente.

En cuanto a la existencia de un agente de control, Plá Rodríguez plantea que aunque habitualmente se habla de sociedad madre y de filiales puede que no haya sociedad predominante sino que haya varias más o menos equivalentes que dependan de una persona o de una familia que no está organizada jurídicamente.

Ignorar la existencia del grupo considerando que el único empleador que se ha comprometido con cada trabajador es la sociedad que ha sido parte en el contrato importaría desinteresarse en muchos aspectos de la protección efectiva y real de los trabajadores. Por eso, más allá de la máscara formal, se tienen en cuenta los verdaderos titulares del poder y de la decisión.

De allí que muchas legislaciones hayan reconocido expresamente esta institución. Una de las primeras ha sido Brasil, que desde 1935 ha incorporado en su derecho positivo una norma en la Consolidación de Leyes del Trabajo que dice: “Siempre que una o más empresas aunque cada una tenga una personalidad jurídica propia estén bajo la dirección, control o administración de otra constituyendo un grupo industrial, comercial o de cualquier actividad económica, serán para los efectos de la relación de empleo solidariamente responsables la empresa principal y cada una de las subordinadas.”

La existencia de esta norma ha llevado a **la doctrina brasileña** a desarrollar la teoría del conjunto económico la cual se resume en las siguientes ideas:

1) El conjunto económico existe con prescindencia de que se produzca o no abuso monopolístico. Si hay abuso deberá ser combatido o reprimido por las vías que corresponda.

2) El conjunto económico es considerado como empleador único.

3) Se instituye la solidaridad pasiva entre todas las empresas integrantes del grupo, por lo que el trabajador puede reclamar sus créditos laborales contra cualquiera de ellas sin que importe cuál lo contrató o para cuál trabaja efectivamente.

4) Se entiende también que hay solidaridad activa entre las diversas empresas que forman el grupo. Todas ellas, aisladamente o en conjunto, directa o indirectamente son acreedoras y deudoras al mismo tiempo en todo lo que se refiere a la relación de trabajo. Este empleador único es incompatible con una aparente pluralidad de empleos en el caso de que prestara servicios en más de una empresa. No puede, por ejemplo, exigir más de una remuneración estando sometido como deudor de trabajo a las órdenes del grupo con comando unificado.

5) Desde el punto de vista procesal, es aconsejable que se citen todas las personas jurídicas agrupadas: la empleadora directa, la principal y las indirectas o mediatas.

Este concepto de conjunto económico ha sido recogido en nuestro derecho.

La primera norma que lo incorporó al derecho positivo fue la ley No. 10.597 que creó el impuesto a las ganancias elevadas y luego del terreno fiscal pasó al de la legislación social.

De esta forma, la ley No. 13.426 lo introdujo en el sistema jubilatorio. El art. 32 de la ley estipuló que: La Caja de Jubilaciones y Pensiones de Industria y Comercio procederá de la siguiente manera a efectos de un mejor contralor y percepción de las tributaciones a su favor:

a) Cuando existan dos o más empresas de cualquier índole por desdoblamiento de capitales de un mismo conjunto económico de tal manera que ese desdoblamiento pueda traer como consecuencia la disminución o eliminación de la solvencia de la empresa originaria o de la garantía de cobro de las contribuciones devengadas a favor de la Caja, éste organismo estará facultado para exigir de cualquiera de ellos la satisfacción de los adeudos ya devengados en cada una o en su totalidad.

De esta forma el concepto ha sido recogido en nuestro derecho y por razones de analogía es susceptible de aplicarse no sólo en el ámbito estrictamente jubilatorio sino en todos aquellos similares como es el campo laboral.

**Indicios.**

Se han manejado los siguientes indicios para determinar la existencia de un conjunto económico:

1) Unidad de domicilio patrimonial de la empresa.

2) Similitud o analogía de los giros por concomitancia o sucesividad.

3) Utilización en común de implementos industriales.

4) Identidad de organización administrativa o comercial.

5) Utilización de locales comunes, estando alguna o algunas de las empresas eximidas del pago del arrendamiento.

6) Identidad de la integración de los directores o mandatarios de las empresas referidos a alguno o algunos de sus miembros.

7) Lazos de parentesco entre socios, accionistas y directivos de las empresas.

8) Confusión patrimonial.

9) Imposición de una empresa a otra de condiciones o lugar de comercialización de sus productos o con referencia a sus servicios de tal modo que se cree una situación de supeditación real.

10) Planificación centralizada de los negocios de todas las empresas.

11) Trasiego de personal o compartir personal común.

12) Cumplimiento de tareas indistintamente para varias empresas del grupo por parte de los trabajadores.

13) Pago de deudas de una empresa a otra, asistencia financiera.

Lo normal es que las empresas integrantes del grupo oculten la identidad de la dependencia o dominación de unas sobre otras o en relación a un mismo agente controlante, como forma de eludir los controles y responsabilidades que de la calificación de grupo de empresas se pueden derivar.

Por ello los indicios resultan sumamente relevantes. De todas formas, esta técnica solamente es aplicable en forma residual cuando no existen pruebas directas de la existencia del grupo económico. A vía de ejemplo, si una empresa posee participación en el capital social de otra empresa en cantidad suficiente para asegurarle el control y conducción de la misma, carece de sentido analizar elementos indiciarios ya que en el caso la presencia de la dirección unitaria se presume.

Por otra parte, al tratarse de una técnica indiciaria y residual para dar por válida la existencia de un conjunto económico no alcanza con la acreditación de elementos o indicios aislados y solitarios sino que éstos deben hacerse presentes en cantidad y calidad significativa. Será carga de la empresa controlante demostrar que no ejerce el poder de dirección que le confiere su posición de dominio, lo cual constituirá un hecho extraordinario y excepcional.

La detección del grupo de empresas a través de la técnica de los indicios debe hacerse de forma prudente, cautelosa y rigurosa.

A su vez, no todos los indicadores tienen la misma relevancia o significación probatoria de la presencia del grupo.

Para RASO y CASTELLO son indicios principales aquellos que demuestran la dominación y dirección de una empresa sobre otra, como es el pago de deudas ajenas sin posterior reintegro, la asistencia financiera, la asunción de la calidad de garante de las deudas de otra empresa, presentarse ante terceros como un grupo, el trasiego y utilización en común de personal, maquinaria y herramientas de trabajo entre empresas, la existencia de una planificación general y centralizada de los negocios de las empresas, la emisión de órdenes e instrucciones de una empresa a otra.

En cambio, serían indicadores secundarios, complementarios o accesorios: la utilización de un mismo asiento físico, la contratación de asesores comunes, los lazos de parentesco entre directores o administradores, la complementariedad, identidad o sucesividad de los giros de las empresas.

Normalmente la jurisprudencia laboral hace hincapié en este segundo tipo de indicios para la detección del grupo, ya que son los que se exteriorizan más fácilmente. Sin embargo, los mismos pueden resultar confusos (o neutros) en tanto pueden originarse en causas distintas a la existencia de dominación y control entre empresas. Por ello, el juez debe esforzarse por indagar en la realidad económica para determinar si se verifican los elementos distintivos del grupo**.**

**28. Diferencias entre subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra.**

En nuestra legislación laboral (Leyes 18.099 y 18.251) se prevén tres modalidades de descentralización que involucran responsabilidad del empresario principal: la subcontratación, la intermediación, y el suministro de mano de obra.

**La subcontratación**

De acuerdo a la Ley 18.251, “existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”.

En el subcontrato tenemos dos empresas: la principal y la subcontratista. La empresa principal acuerda con la subcontratista que ésta ejecutará para la primera determinadas obras o servicios. La ejecución de esas obras o servicios la hace la subcontratista con sus propios trabajadores. La obra o el servicio se integran en la organización productiva de la empresa principal o en su actividad normal. En virtud del contrato que une a las dos empresas, la principal paga un precio a la subcontratista.

En el subcontrato, el poder de dirección sobre los trabajadores de la subcontratista es ejercido por ésta. Puede haber un control de la empresa principal, pero es a los efectos de verificar el adecuado cumplimiento del contrato entre las empresas; el poder de dirección no es compartido.

La actividad del subcontratista debe integrarse a la organización de la empresa principal o a su actividad normal. Por lo tanto, no ingresan en el concepto de subcontrato las obras o servicios que se prestan de forma ocasional (art. 2, Ley 18.251). Por ejemplo, si una empresa industrial necesita hacer cambiar la instalación eléctrica, y contrata con otra esa obra, no hay subcontrato. La obra realizada en ese ejemplo es de carácter ocasional, tiene una duración limitada en el tiempo y no se integró en el ciclo industrial ni constituye la actividad normal de la empresa industrial.

En cambio, si una empresa constructora está levantando un edificio, y contrata con otra la realización de la instalación eléctrica, habrá subcontrato. La obra (instalación eléctrica) se integra en una obra mayor (la construcción del edificio) y la construcción es la actividad normal de la empresa constructora.

* **Para Raso la diferencia entre la subcontratación y la intermediación radica en que el primer caso la empresa principal contrata obras o servicios acabados y realizados por trabajadores de otra empresa bajo la dirección de la última. La empresa principal celebra un contrato con la subcontratista, este con sus propios trabajadores y bajo su gerenciamiento, riesgo y responsabilidad se compromete a realizar una obra o a prestar un servicio de la empresa principal. En el caso de la intermediación, se verifica lo que también se califica como subcontratación de trabajo. El intermediario es quien contrata formalmente trabajadores como propios, pro que desarrollarán su actividad bajo la dirección de la empresa principal.**

Para que exista subcontratación la Ley 18251 exige la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Acuerdo contractual, objeto: ejecución de obras o servicios (requisito negocial). Este elemento le otorga tipicidad a la subcontratación, **diferenciándolo de la mera intermediación laboral** y ubicándolo en el terreno de la externalización de operaciones. El Acurdo contractual es el mecanismo jurídico por el cual se viabiliza el proceso de tercerización, externalización o descentralización empresarial. La ley no exige que el acuerdo contractual revista determinadas formalidades o solemnidades, las formas más idóneas serían el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios, dado que en este tipo de negocio jurídico entre empresas están implícitas las prestaciones de trabajo.
2. Subcontratista empresa auténtica, que posee una organización productiva propia de medios y recursos materiales, técnicos, económicos, financieros y humanos, los cuales utilizará y dirigirá con autonomía jurídica y funcional (requisito subjetivo). La empresa proveedora o auxiliar se encarga de ejecutar las obras o servicios encomendados por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, este supuesto nos permite **diferenciarla del supuesto de intermediación**. La exigencia de que el subcontratista desarrolle su actividad por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, implica que debe contar con una organización empresarial, propia, autónoma y diferenciada de la que posee la empresa principal. En lo referente a lo laboral los trabajadores del subcontratista o empresa proveedora deberán trabajar la **dirección y conducción directa de esta y no de la empresa principal.**
3. Las obras y servicios encomendados deben tener una especial relación con la organización y actividad que cumple la empresa principal (requisito objetivo). El Art. 1 de la ley 18251 establece que para que exista subcontratación, es que las obras o servicios que ejecute la empresa proveedora o auxiliar, constituyan una parte o parcela de las actividades o funciones de la empresa principal, sean estás principales o accesorias:
4. Las obras o servicios deben encontrarse integrados en la organización de la empresa principal. Siempre que sean imprescindibles y de primordial importancia para la realización de su ciclo productivo o de la actividad para la cual fue creada.
5. Las obras o servicio deben formar parte de la actividad normal o propia del establecimiento o de la empresa principal. Apunta a las funciones u operaciones que son habituales, privativas, específicas, exclusivas y que forman parte del centro neurálgico de la empresa principal.
6. Deben formar parte de la actividad principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad, vigilancia) de dicha empresa. Enumeración de carácter taxativa.

**La intermediación**

La ley 18.251 define al intermediario como “el empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero”.

También en la intermediación hay un contrato entre dos empresas (la principal y el intermediario). Pero, a diferencia del subcontrato, en la intermediación el poder de dirección es ejercido por la empresa principal; el vínculo entre el intermediario y los trabajadores es meramente formal.

La intermediación es usada principalmente en los trabajos de carácter zafral, en la ganadería o la agricultura. El empresario rural contrata con un intermediario, quien consigue y pone a disposición del primero trabajadores para la esquila, la cosecha o la recolección de frutas. Los trabajadores dependen formalmente del intermediario, quien les paga el salario, pero están bajo las órdenes del empresario principal.

Se verifica intermediación laboral toda vez que:

1. Una empresa contrate trabajadores para proporcionarlos, cederlos, transferirlos o hacerlos trabaja directamente para una empresa principal o tomadora de servicios, con la cual el trabajador mantendrá una relación material, real o económica de trabajo, al ser esta última la que **dirigirá y se beneficiará principalmente de sus servicios.**
2. Una empresa **utilice, organice o supervise y controle** de manera permanente o constante el trabajo de empleados de otra empresa (con la cual no conforma un conjunto económico), aun cuando la finalidad de esta última (intermediario) no haya sido necesariamente contratar trabajadores con objeto específico.
3. Una empresa de **reducidas dimensiones**, importante fragilidad patrimonial y evidente dependencia económica y funcional en relación a la empresa principal, ejecute pequeñas obras o servicios encomendados por esta última, a cuyos fines contrata personal que si bien formalmente se registra como propio, en los hechos su trabajo beneficia primordialmente a quien externalizó la operación (empresa principal o comitente).
4. Un tercero se interponga **fraudulentamente** en la relación laboral entre la empresa principal y el trabajador. El verdadero empleador para evadir su responsabilidad laboral, crea o contrata a una empresa cuya única función es figurar como empleador, pero en la realidad no realiza ninguna actividad empresarial propia o autónoma.

**Suministro de mano de obra**

De acuerdo a la definición de la ley 18.251, “empresa suministradora de mano de obra es la que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.

La definición de la Ley 18251 sobre Empresas suministradoras de mano de obra fue tomada del Convenio Internacional 181 sobre Agencia de empleo privadas.

La doctrina define a las empresas suministradoras de mano de obra como aquella empresa que se dedica a colocar trabajadores en otra (denominada usuaria o receptora) y asumiendo el pago de los créditos que se generen, lo que coincide con la definición de la ley 18251. En el único ámbito en que puede aceptarse es en las empresas donde el trabajo es interino, temporal o provisorio. La empresa suministradora se encargaría del reclutamiento, selección, entrenamiento, y calificación del trabajador, las empresas usuaria ahorrarían costos y tiempo.

El funcionamiento de la suministradora produce una relación triangular: 1) relación civil o comercial entre la empresa usuaria y la suministradora; 2) contrato de trabajo entre el trabajador y la suministradora; 3) relación de trabajo real y directa entre el trabajador y la usuaria.

La suministradora se reserva para sí la calidad de patrono cumpliendo con las cargas formales, registro en organismos públicos, pago de salarios, contratación de seguros de accidentes, etc.

En el suministro de mano de obra hay un poder de dirección compartido, entre la empresa que contrata a los trabajadores (la suministradora) y la que recibe a los trabajadores en su establecimiento (empresa usuaria). En la determinación de las tareas y supervisión, el poder de dirección es ejercido por la empresa usuaria, dentro del marco de la categoría laboral previamente acordada en la empresa suministradora. La empresa suministradora –a diferencia del intermediario- no se desprende totalmente del poder de dirección, puede llegar a sustituir al trabajador, ejerce el poder disciplinario, fija las vacaciones anuales, etc.

El art. 5 de la Ley 18099 dispone: “que los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los consejos de salarios, convenios colectivos, o decretos del PE para la categoría que desempeñen y que corresponda al giro de la actividad de la empresa donde los mismos prestan servicios”.

Se consagra en esta norma el CRITERIO DE PARIEDAD E IGUALDAD DE TRATO entre el trabajador eventual y el trabajador contratado directamente por la empresa usuaria. Para aplicar este criterio debemos tener en cuenta las siguientes particularidades:

1. Que se trate de un supuesto de suministro de mano de obra. NO se aplica en los casos de subcontratación e intermediación. (Esta puede ser una diferencia).
2. El nivel de equiparación o igualdad de trato se refiere a los beneficios laborales establecidos en laudos, convenios colectivos, o decretos. Por tratarse de una enumeración taxativa, el criterio no se aplica si provienen de otras fuentes que no sean las mencionadas. Por lo tanto la Ley 18099 recoge una equiparación de carácter relativa.
3. La paridad de trato refiere a beneficios laborales, no solo retribuciones salariales sino también cualquier otra prestación salarial, sea en dinero o especie.
4. Dificultad para aplicar el criterio en la actividad pública dado que los niveles salariales son asignados por leyes presupuestarias, de rendición de cuentas o por decreto. Excepcionalmente aplicable cuando el receptor es una entidad estatal.
* **La diferencia entre el suministro y la intermediación radica pues, en el grado de ejercicio del poder de dirección; mientras en el suministro de mano de obra es compartido entre ambas empresas, el intermediario suele desprenderse totalmente del poder de dirección. Dado que es una diferencia de grado, y no de esencia, algunos autores incluyen al suministro de mano de obra dentro de la intermediación, de la que sería una modalidad particular.**

**29. Derechos del empresario principal frente a la empresa subcontratista, intermediaria o suministradora de mano de obra.**

Los derechos del empresario principal son el Derecho a la información y el Derecho de Retención.

Para poder determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a la empresa principal o usuaria, es si ejerció o no su **Derecho de exigir información** al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra. El Art. 4 de la Ley 18251 otorga a la empresa principal el derecho a exigir la exhibición de una serie de documentos, que son demostrativos del estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte del intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra:

1. Declaración nominad de historia laboral y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional;
2. Certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social o entidad previsional que corresponda;
3. Constancia del BSE que acredite la existencia del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
4. Planilla de control, de trabajo, recibos de haberes salariales y en su caso Convenio colectivo aplicable.

La norma también establece que la empresa principal estará facultada para requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación de servicios, a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

La empresa principal no tiene obligación de controlar si el intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra cumplen adecuadamente y regularmente con sus obligaciones laborales y previsionales en relación a sus trabajadores (Art. 6 Ley 18251). Pero si lo hace será beneficiado al aplicársele un régimen de responsabilidad patrimonial un poco más benigno. La ley busca premiar a la empresa que actúa con la diligencia de un buen hombre de negocios lo que se manifiesta a través del ejercicio de potestades de contralor sobre los terceros que se vincula en el marco de los procesos de descentralización, como también persigue elevar los niveles de cumplimiento de la normativa laboral y previsional, trasladando la carga de fiscalización a la empresa principal o usuaria.

La norma no indica con que periodicidad o frecuencia se debe ejercer el derecho de información. La solución debe buscarse a la luz del principio de razonabilidad.

**Derecho de retención.** Cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social, el empresario principal podrá retener de los pagos que deba hacerle a aquél por las obras o servicios prestados, el importe correspondiente a las obligaciones, pagando con el mismo las obligaciones al trabajador, el organismo previsional o el Banco de Seguros del Estado (art. 5, ley 18.251).

La retención no constituye un deber u obligación sino una potestad, por que podrá ser ejercida o no libremente por la empresa principal. La posibilidad de retener los pagos adeudados para aplicarlos a satisfacer las obligaciones incumplidas implica, que la empresa principal haya ejercido previamente su derecho de información y, a sus vez, que haya examinado la documentación y verificado que existe una situación irregular en la observancia de la legislación social.

Una vez que la empresa principal utilizo la potestad de retención, la ley impone la obligación de destinar el dinero a pagar los créditos adeudados al trabajador, a la entidad previsional acreedora, BSE, según corresponda. La ley no establece un orden de prioridad, distribución o prorrateo entre los acreedores, por lo cual la empresa principal tendrá libertad para decidir de qué forma aplica el dinero retenido. La retención debe ser proporcional a la deuda. Si no hubiera existido incumplimiento y la empresa principal retuvo indebidamente deberá pagar dos veces la misma.

**30. ¿Cuándo existe responsabilidad subsidiaria y cuando solidaria en los procesos de tercerización o descentralización empresarial?**

La responsabilidad subsidiaria o solidaria de la empresa principal o usuaria. En todos los supuestos examinados, habrá una empresa (subcontratista, intermediario, suministradora) que es el empleador directo de los trabajadores, en cuanto formalmente los ha contratado y en consecuencia, está obligado a pagarles el salario y cumplir con todas las demás obligaciones que se derivan de la relación laboral. Pero, además, las leyes 18.099 y 18.251 establecen que existirá, además, una responsabilidad adicional de la empresa principal o usuaria, por el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social.

Esa responsabilidad podrá ser subsidiaria o solidaria, según los casos. La responsabilidad es subsidiaria, cuando la empresa usuaria o principal sólo responde con su propio patrimonio, en caso de insolvencia (insuficiencia patrimonial) del subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra. En cambio, se llama responsabilidad solidaria a aquella en la que los trabajadores pueden dirigirse al patrimonio de cualquiera de las empresas, o al de ambas, para intentar el cobro de sus créditos.

La responsabilidad es subsidiaria cuando la empresa principal o usuaria ha ejercido su derecho de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por parte de la empresa subcontratista, intermediaria o suministradora de mano de obra. A los efectos de ese control, la ley (art. 4, ley 18.251) le otorga a la empresa principal o usuaria el derecho a ser informada sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Cuando ese control no es efectuado por la empresa principal o usuaria, la responsabilidad pasa a ser solidaria (art. 6, ley 18.251).

El Art. 3 de la Ley 10449 establecía un régimen de responsabilidad subsidiaria en materia de salarios mínimos para el empresario que utilizará intermediarios o subcontratistas. En cambio el Art. 1 de la Ley 18251 consagró un régimen de responsabilidad solidaria pasiva al establecer: ”que 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 el pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al BSE en relación a esos trabajadores.”

Con la sanción de la Ley 18251 se modificó parcialmente el régimen ya que su Art. 6 incorporo un régimen de responsabilidad subsidiaria para el caso de que la empresa principal hubiere hecho ejercicio del derecho a exigir información al intermediario, subcontratista, o suministrador de mano de obre, en relación al estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, manteniendo el régimen solidaria cuando no ejerció ejecutivamente dicho derecho de información.

El régimen de responsabilidad aplicable dependerá de si la empresa principal ejerció o no el derecho de información. Para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. Será carga de la empresa principal demostrar en un proceso jurisdiccional que ejerció su derecho a ser informada sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales.