

CONSEJO CONSULTIVO

Grupo: RECURSOS HUMANOS

Subgrupo: TERCERIZACIONES

1. **Introducción** El subgrupo relativo a tercerizaciones, ha analizado en las reuniones que se realizaron hasta este momento, la situación de las contrataciones que se hacen en las instituciones de salud para cubrir determinados servicios con otras empresas, por ejemplo limpieza, seguridad, etc.
2. Esta forma de las llamadas tercerizaciones, corresponde fundamentalmente a las actividades desarrolladas por trabajadores no médicos que se encuentran debidamente representados en el Consejo Consultivo, los que han expresado sus posiciones al respecto, lográndose hasta el momento avances importantes en definiciones del Subgrupo.¹
3. Si bien es cierto lo indicado en el numeral anterior, también existen grupos de médicos a los que determinadas instituciones le imponen constituir una empresa (cooperativa, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad civil, etc.) a los efectos de fijar una relación laboral encubierta dentro de un contrato de tipo civil o comercial empresa – empresa.²
4. A la hora de realizar recomendaciones de este Subgrupo al Consejo Consultivo, se deberá tener en cuenta en forma especial la situación reseñada en el punto anterior.

¹ Si bien no es derecho vigente aún, se debe destacar que se encuentra en el Parlamento un Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo con fecha 24 de octubre de 2005 por el que se establece que las empresas que “contrate, subcontrate o utilice intermediarios” están **obligadas a controlar** el “cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social vigentes” (art. 1) El incumplimiento de este control hace a las empresas contratantes “**solidariamente responsables** por los rubros salariales e indemnizatorios así como por los aportes a la seguridad social y primas al Banco de Seguros del Estado” (art. 3). Por último se establece que “la remuneración de los **trabajadores no podrá ser inferior al salario mínimo que rija para la categoría** en la actividad en la cual se encuentran prestando servicios” (art. 4)

² Al respecto es importante señalar como regula el derecho comparado la tercerización. En Brasil por ejemplo, se establece que la contratación de trabajadores por empresas interpuestas es **ilegal**. Sólo se admite cuando son **actividades secundarias de las empresas contratantes y siempre que no exista personal dependiente de ésta para realizar las mismas**. Se pone como ejemplo limpieza y vigilancia (MARTINS CATARINO, J.; “*Tercerização*”, en Revista de Direito do Trabalho Genesis Nº 18, junio 1974, p. 571; citado por PEREIRA CAMPOS, S.; “*Empresas Unipersonales y profesionales Universitarios – Ley 16.713*”, Fundación de Cultura Universitaria, agosto 1999, p. 23

5. **Contratación de médicos como ejercicio liberal de la profesión encubriendo una relación de trabajo dependiente.** No obstante lo dicho, lo más frecuente en materia de contratación de trabajo médico es lo expresado en el título de este numeral, que en la práctica también se ha generalizado en llamar “tercerización”, denominación ésta que no se adecua a la situación de hecho en estudio, pero que hecha la precisión, asumiremos como correcta a estos efectos. En este vínculo el médico factura, como lo haría si tuviera actividad privada con un paciente particular y en realidad es el mecanismo que se le impone por el contratante, para un trabajo con todas las características de la dependencia laboral.
6. **Antecedentes.** Esta práctica se desarrolla en forma creciente en el sector, situación a la que no está ajena ni siquiera la Administración Pública³ y está implementada desde las empresas por la disminución de costos, a igual precio, que esta opción les genera al no pagar al contratado en estas condiciones aguinaldo, salario vacacional, licencias reglamentaria y especiales, ni siquiera por enfermedad, ni ninguno de los beneficios establecidos en la normativa vigente (laudos, estatuto del funcionario público, carrera funcional, etc.) Por otra parte, al no realizar los aportes correspondientes a la seguridad social, se incide en la jubilación futura del médico y en la sociedad toda, por la falta de aportación a los órganos de previsión social. Por último vamos a señalar, sin que esto agote la lista de consecuencias, que en el marco de la flexibilización laboral desarrollada, se genera una situación sin estabilidad, entre otras cosas, por no corresponder el pago de la indemnización por despido en el caso de desvinculación por decisión unilateral de la empresa.⁴
7. **Incidencia hacia las empresas.** Estas políticas fijadas por algunas empresas, tiene consecuencias en el mercado, en la medida que se genera una competencia desleal con las otras que cumplen estrictamente con el trabajo en relación de dependencia cuando corresponde, pagando todos los beneficios sociales y los aportes a la seguridad social.

³ Los contratos de las Comisiones de Apoyo y Patronato del Psicópata son hechos hasta el presente en esta modalidad, situación a la que se pondrá fin con la Ley de Presupuesto aprobada (Ley 17.930, art. 293)

⁴ Para que estos aspectos eventualmente puedan alcanzarse es necesario, un reconocimiento en la vía judicial de que existe trabajo en situación de dependencia, lo que está limitado en el tiempo a los dos años inmediatos anteriores, no siendo posible reclamar todo los otros años trabajados en esas condiciones.

8. **Aspectos normativos jurídicos.** La situación a la que estamos haciendo referencia, tuvo normas que facilitaron sus apoyos desde una concepción que se vio plasmada en disposiciones aprobadas por el Poder Ejecutivo del momento⁵. Actualmente la materia está regulada por la Ley 16.713 (Ley de Reforma de la Seguridad Social) de 3 de setiembre de 1995, reglamentada en la materia que nos interesa por el Decreto 113/996 de 27 de marzo de 1996.
9. La Ley de Reforma de la Seguridad Social, tiene dos artículos específicamente referidos a la contratación de los profesionales universitarios (artículos 161 y 162)⁶. Si bien no coincide totalmente la redacción de estos artículos con la de los Decretos señalados, se asemeja en forma significativa a ella.
10. Los artículos señalados, se encuentran dentro del Título IX "***Materia gravada y asignaciones computables***". El artículo 161 establece en el Numeral 1 que se debe aportar a la seguridad social (BPS) "***cuando exista relación de dependencia***" estableciendo que el percibir honorarios en forma regular no constituye, por sí solo, prueba de ese tipo de relación y curiosamente, pone a la Administración la carga de la prueba de la existencia de la dependencia "***mediante el análisis de todas las pautas y elementos de***

⁵ Decreto 290/982; Decreto 290/993 de 22 de junio de 1993; Decreto 43/995 de 25 de enero de 1995.

⁶ Artículo 161.- (Retribuciones de profesionales universitarios). Las remuneraciones de los profesionales universitarios se regirán, a los efectos de las contribuciones especiales de seguridad social, por las siguientes reglas:

1) Constituirán materia gravada las retribuciones a los profesionales universitarios, cuando exista una relación de dependencia laboral, no siendo relevante, a esos efectos, la mera circunstancia de percibir honorarios en forma regular y permanente. La Administración deberá probar la existencia de tales caracteres, mediante el análisis de todas las pautas y elementos de hecho que permitan establecer la existencia de relación de dependencia.

2) Se presumirá que no existe relación de dependencia cuando el profesional universitario cumpla con las obligaciones impositivas y efectúe los aportes correspondientes a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios.

Artículo 162.- (Retribuciones de profesionales universitarios derivados de contratos de arrendamiento de servicios profesionales u obra). No constituyen materia gravada las retribuciones percibidas por profesionales universitarios en virtud de contratos de arrendamiento de servicios profesionales o de obra, toda vez que conste por escrito la delimitación de las obligaciones de las partes, así como la ausencia de relación de dependencia siempre que el profesional universitario cumpla con las obligaciones impositivas y efectúe los aportes correspondientes a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios.

hecho que permitan establecer la existencia de relación de dependencia”.

11. El numeral 2 del mismo artículo, establece que hay una presunción de **no existir** relación de dependencia, cuando el profesional cumpla las obligaciones impositivas y aportes a la Caja de Profesionales Universitarios.
12. La aprobación de estas normas generaron largas polémicas en el Senado al momento de la discusión de la Ley⁷, entre otras razones porque la oposición criticaba que era dar fundamento legal a las disposiciones contenidas en los Decretos cuestionados. La doctrina establece que subyace en estas normas, posiciones que cuestionan los niveles de protección establecidos a través del Derecho Laboral.⁸
13. No obstante las definiciones y presunciones legales incluidas en la ley y todas las discusiones doctrinarias que ellas generaron⁹, existe una afirmación clara en el artículo 161 y es que la situación está determinada por la existencia o no de una relación de dependencia. Para determinarla se deben analizar ***“todas las pautas y elementos de hecho que permitan establecer la existencia de relación de dependencia”***, remitiendo al principio del Derecho Laboral de la ***primacía de la realidad o verdad material***, consagrado por otra parte en la misma Ley en el artículo 149.¹⁰ O sea, en definitiva, el tema a analizar es si en el plano fáctico, la forma de vínculo contractual concreto es de dependencia laboral o no, porque no toda contratación del profesional liberal es una relación laboral de dependencia encubierta, en algunos casos claramente no lo es, existiendo infinidad de matices que generan más dificultades para su determinación¹¹.
14. Para determinar si existe o no relación de dependencia, como señalamos precedentemente, se debe analizar la situación de hecho existente entre las partes contratantes y recurrir a una serie de elementos que fueron elaborados por

⁷ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, tomo 368, Primer Período Ordinario de la XLIV Legislatura - Sesiones del 3 al 8 de agosto de 1995

⁸ FERNÁNDEZ BRIGNONI, H; *“Las empresas unipersonales en perspectiva laboral”*; Revista de Derecho Laboral, N° 184, Montevideo, p. 595

⁹ No corresponde a la naturaleza del presente trabajo, detenerse en detalle en los aspectos jurídicos involucrados. No obstante para una análisis al respecto recomendamos el trabajo que citamos en forma reiterada en el presente de SANTIAGO PEREIRA CAMPOS; ob.cit.

¹⁰ Artículo 149.- (Principio de verdad material). La administración tributaria del Banco de Previsión Social se ajustará a la verdad material de los hechos.

¹¹ BARBAGELATA, H.H.; *“Derecho del Trabajo”*, Tomo II, Montevideo, 1981, p.

la doctrina¹² y la jurisprudencia¹³. Fundamentalmente se recogen dos elementos distintivos: la subordinación y la remuneración. La primera se manifiesta por hechos objetivos: órdenes precisas, vigilancia, dirección de la actividad, sujeción, fijación de horarios, días libres, etc. por el empleador. Rivas define esta subordinación en sentido jurídico *“como el poder del empleador de dirigir, controlar y disciplinar la actividad del trabajador...”*¹⁴ En cuanto a la remuneración se tomará en cuenta la retribución por períodos determinados (mes, quincena, semana)¹⁵

15. Barbagelata¹⁶, expresa algunos de los criterios que caracterizan el ejercicio liberal de la profesión, fuera de la relación de dependencia en el caso específico de los profesionales universitarios:

- a. Inexistencia de vínculos estables, en general éste concluye al terminar el acto profesional
- b. Libertad del profesional contratado para aceptar o rechazar su intervención
- c. Actuación en un lugar físico escogido por el profesional

16. De lo expresado en materia normativa, doctrinal y jurisprudencia surge con toda claridad que existe hoy un número no menor de médicos, contratados como profesionales independientes, cuando en realidad son contratos de trabajo dependiente

17. El control de estas situaciones jurídicas corresponde al Estado. Este tema debería ser fiscalizado por el Estado (MTSS, BPS, etc.) Se conocen algunas situaciones en las cuales el Banco de Previsión Social procedió y los actos administrativos consecuentes fueron recurridos por las empresas, existiendo pronunciamientos jurisdiccionales en la materia ampliamente conocidos.

¹² BARBAGELATA, H.H.; ob.cit. p. 143 ss; RIVAS, D.; *“La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo”* Fundación de Cultura Universitaria.

¹³ Jdo. Ldo. de Trabajo 1º; Sentencia Nº 33, 11 de mayo de 1992; Jdo. Ldo. de Trabajo de 4º Turno; Sentencia Nº 62, 27 de octubre de 1994; Jdo. Ldo. de Trabajo de 4º Turno; Sentencia Nº 7, 13 de marzo de 1995; Jdo. Ldo. de Trabajo de 7º Turno; Sentencia Nº 11, 2 de marzo de 1995; S. Corte de Justicia, Sentencia Nº 862, 20 de diciembre de 1995. Todos los casos jurisprudenciales seleccionados entre muchos otros, son referidos a servicios de salud.

¹⁴ RIVAS, D.; ob.cit., p. 158

¹⁵ Este último aspecto se vio limitado por lo establecido en la Ley 16.713 art. 161 num. 1)

¹⁶ BARBAGELATA, H.H.; ob.cit. p. 143

18. No obstante lo afirmado en el numeral anterior, es también conocido por todos que la situación continúa produciéndose, a tal punto es así, que hoy es el tema que se encuentra a consideración de este Subgrupo del Consejo Consultivo.

19. Ratificando esa competencia irrenunciable del Estado en fiscalizar estas transgresiones a la normativa vigente en situaciones públicamente conocidas, el Sindicato Médico del Uruguay, preocupado por los derechos del trabajo médico dependiente y su remuneración, así como por el mantenimiento de las fuentes de trabajo, propone al Subgrupo recomendar al Consejo Consultivo, regular el tema en base a los siguiente puntos:

- a. Principio general: Los contratos en los cuales, el estudio fáctico del vínculo jurídico, revele la existencia de una relación de trabajo dependiente encubierta, deberá adecuarse a esa situación.
- b. Para alcanzar dicho objetivo, se deberá realizar un relevamiento de todas las empresas del sector (públicas y privadas), respecto a estas formas de contratación mediante declaración jurada en un plazo abreviado, con sanciones para el caso de incumplimiento.
- c. En dicha declaración, el empleador deberá manifestar los hechos característicos de las contrataciones individualmente consideradas, que permitan delimitar la situación jurídica en cuestión.
- d. Obtenida la información, no se admitirá la incorporación de nuevas contrataciones fuera de la relación de dependencia, cuando existan los hechos que configuren trabajo subordinado.
- e. Atento a la necesidad de mantener las fuentes de trabajo, se deberá otorgar un plazo a las empresas para que regularicen la totalidad de los casos que se mantengan en situación irregular, de acuerdo a la información obtenida.
- f. Instrumentar con los organismos del Estado competentes (Banco de Previsión Social, Inspección General del Trabajo, etc.) la realización de las inspecciones que permitan alcanzar el objetivo propuesto, dentro de los plazos que se establezcan.

13 de febrero de 2006.