

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZALEZ

Montevideo, diecinueve de febrero de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "RODRIGUEZ MARTINEZ, CARLOS C/ TEFELEM S.A. Y OTRA - DEMANDA LABORAL - CASACION", IUE: 2-23028/2012, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia definitiva No. 329/2013 dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4o. Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva No. 1 del 1o. de febrero de 2013, la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia del Trabajo de 2o. Turno falló:

"Acogiendo parcialmente la demanda y en su mérito declarando la existencia de conjunto económico entre las empresas codemandadas.

Condenando a Tefelem S.A. y a AM Wireless Uruguay S.A. (Claro) solidariamente a abonar al actor la suma de \$ 1.650.063 por los conceptos de salarios impagos, comisiones, licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo, indemnización por despido, daños y perjuicios preceptivos, reajustes, intereses y multa, según lo que resulta del expositivo de la presente sentencia y según detalle y liquidación formuladas en el Considerando destinado a 'liquidación'.

Desestimando la demanda en lo restante.

A las sumas adeudadas deberán aplicarse los reajustes e intereses legales correspondientes de acuerdo a lo expresado en las Leyes 18.572 y 14.500, hasta el efectivo pago, excluyéndose los intereses de la base de cálculo de la multa legal.

Sin especiales condenas procesales en costos, costas de cargo de la demandada (...)" (fs. 1589-1622 vto.).

II) Por sentencia definitiva No. 329 del 27 de agosto de 2013, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4o. Turno falló:

"Confírmase la sentencia apelada, salvo en cuanto a la aplicación de la multa establecida en el art. 29 de la Ley No. 15.572 [sic] a los créditos anteriores a la vigencia de dicha Ley que se revoca y en cuanto declara la existencia de un conjunto económico entre las codemandadas y condena en forma solidaria a la codemandada AM Wireless Uruguay S.A. ('Claro') que también se revoca y en su mérito, se absuelve a esta codemandada.

Sin especial imposición de costos y costas en el grado (...)" (fs. 1806-1814 vto.).

III) Contra la referida sentencia, el actor dedujo el recurso de casación en estudio (fs. 1819-1839), expresando, en síntesis, los siguientes agravios:

a) La Sala incurrió en error al no aplicar el art. 29 de la Ley No. 18.572 a todos los créditos objeto de condena, ya que, conforme a la correcta interpretación de dicha norma, debe admitirse la aplicación de la multa prevista desde la exigibilidad del crédito, sea este momento anterior o posterior a la entrada en vigencia de dicha Ley.

b) El Tribunal también se equivocó al no incluir la situación de autos en la hipótesis de responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial (Leyes Nos. 18.099 y 18.251), para lo cual argumentó que, en la demanda, no se fundó correctamente esa pretensión y que, además, los servicios de distribución no se rigen por estas normas, sino por lo establecido en los arts. 1 a 7 del Decreto-Ley No. 14.265 (art. 3 de la Ley No. 18.251). Esta conclusión de la Sala no fue correcta, ya que surge probado que Tefelem S.A. no solamente vendía los productos de la codemandada AM Wireless S.A. (Claro), sino que también comercializaba todos sus servicios, por lo cual no podía sostenerse que Tefelem S.A. participaba en un "simple" proceso de distribución.

c) Otro error del tribunal ad quem consistió en no conceptualizar la situación de las empresas demandadas como conjunto económico, lo que resultó acreditado con la prueba aportada al proceso.

IV) Sustanciado el recurso, solamente la codemandada AM Wireless Uruguay S.A. evacuó el traslado que se le confirió, abogando por el rechazo de la impugnación interpuesta (fs. 1846-1873).

V) Franqueado el recurso (fs. 1876), los autos se recibieron en la Corporación el 5 de noviembre de 2013 (fs. 1881).

VI) Por auto No. 2.124 del 7 de noviembre de 2013, se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia (fs. 1882), al término del cual se acordó este pronunciamiento en forma legal y oportuna.

#### CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros naturales, hará lugar parcialmente al recurso interpuesto y, en su mérito, casará la sentencia impugnada en cuanto desestimó la demanda respecto de la codemandada AM Wireless Uruguay S.A. (Claro), confirmando la sentencia de primera instancia en este punto y desestimando el recurso en lo demás, en virtud de los fundamentos que expresará a continuación.

II) El agravio relativo a la incorrecta aplicación del art. 29 de la Ley No. 18.572 no es de recibo.

Como acertadamente sostuvo el Tribunal, la multa prevista en la norma citada se aplica exclusivamente a los créditos laborales que hayan devenido exigibles luego de su entrada en vigor.

Este Alto Cuerpo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre dicha cuestión, expresando que sin perjuicio de que está contenida en una Ley de carácter procesal, la norma tiene naturaleza punitiva, por lo que, en consecuencia y tomando en consideración el principio de la irretroactividad de la Ley punitiva más gravosa, de ninguna manera puede aplicarse a situaciones que fueron regidas, en su acaecimiento, por otro marco legal (cf. sentencias Nos. 644/2012, 788/2012 y 801/2012).

III) En relación con la errónea aplicación del art. 3 de la Ley No. 18.251, la Corporación considera que el agravio resulta de recibo.

Sobre este punto, la Sala sostuvo que el accionante no cumplió, en su demanda, con la carga de la debida afirmación, "(...) pues en la misma la actora ni siquiera se molesta en establecer cual de los institutos previstos por esa normativa legal sería el aplicable. Simplemente en forma por demás genérica, se limita a invocar que le cabría responsabilidad por sus créditos laborales a las codemandadas por las Leyes 18.251 y 18.099

(Ley de Tercerizaciones). Pero ningún otro fundamento fáctico o jurídico se invoca en la demanda en tal sentido (...)" . Además, el Tribunal manifestó que adhiere a la posición de Rosebaum y Castello en cuanto a que el art. 3 de la Ley No. 18.251 no solo excluye la responsabilidad comunicada frente a las obligaciones de seguridad social, sino también por todo tipo de deuda respecto a los casos que deben conceptualizarse como "sistema de distribución" (Considerando III), fs. 1813-1814).

Como es sabido, a raíz de la entrada en vigor de las Leyes Nos. 18.099 y 18.251, se implementó un nuevo sistema normativo respecto de la subcontratación en materia laboral, sustitutivo del previsto en la Ley No. 10.449.

El art. 1 inc. 1 de la Ley No. 18.099 dispone:

"Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores".

Tal como lo señalaron diversos estudios sobre esta norma, la falta de precisión de la Ley No. 18.099 en cuanto al alcance de las categorías "subcontratación", "intermediación" y "suministro de mano de obra" llevó al dictado de la Ley No. 18.251.

El art. 3 de la Ley No. 18.251 -norma que el recurrente consideró aplicada en forma incorrecta por el Tribunal- prevé:

"(Servicios de distribución). El proceso de distribución de productos se rige por los Artículos 1o. a 7o. inclusive del Decreto-Ley No. 14.625, de 4 de enero de 1977".

Como se adelantó, la Suprema Corte de Justicia entiende que le asiste razón al impugnante, en la medida en que, contrariamente a lo que consideró el órgano de segundo grado, no se verificó una relación de distribución de productos en el caso en examen (hipótesis en la cual regiría lo establecido en el Decreto-Ley No. 14.625, por imperio del citado art. 3 de la Ley No. 18.251), sino que, en rigor, se trató de una distribución de servicios.

Consecuentemente, la situación debatida en autos encarta en los supuestos de responsabilidad por tercerización, según lo consagrado en el art. 1 de la Ley No. 18.099 y en el art. 1 lit. A de la Ley No. 18.251.

Se arriba a esta conclusión por cuanto la aplicación del art. 3 de la Ley No. 18.251 presupone que se asista a un proceso de distribución de productos, no de servicios. Esta interpretación se desprende del texto de la norma y ya fue puesta de manifiesto en un estudio señero del Maestro Plá Rodríguez, quien sostuvo que el proceso de distribución comprendido en la norma es el de "mercaderías" (Plá Rodríguez, Américo, "Alcance de la Ley 14.625 sobre distribución de productos", en Revista Derecho Laboral, tomo XX, No. 105, enero-marzo de 1977, pág. 163).

El error en que incurrió el Tribunal estribó en entender que, en la hipótesis de autos, se verificó una relación empresarial de distribución de productos, cuando, en realidad, se trató de distribución de servicios, en la medida en que la operativa consistía no solo en la venta de teléfonos celulares,

sino que estaba referida, medularmente, a la venta de servicios de telefonía celular.

Por ello y a diferencia de lo que consideró la Sala, este Colegiado entiende que surge probado, claramente, que, si bien puede apreciarse que hubo distribución, ésta fue, mayormente, de servicios, lo cual descarta la aplicación de la mencionada norma de la manera en que lo hizo el tribunal ad quem.

Tefelem comercializaba, principalmente, aparatos de telefonía celular y tráfico de datos (módems) como forma de venta del servicio que presta Claro (AM Wireless Uruguay S.A.). Es notorio, entonces, que lo que comercializaba Tefelem S.A. era, en la mayoría de los casos, un servicio; ya fuera un servicio "pre pago" (cuando vendía un teléfono celular o un módem portátil para usar "con tarjeta"; hipótesis en la cual el cliente no se obliga a pagar una prestación fija en el tiempo, sino que paga el servicio que utiliza efectivamente), ya fuera un servicio "por contrato" (situación en la que el cliente se obliga a un pago periódico, mensual usualmente, como contrapartida de cierta cantidad de minutos o megabytes de información). Que para la venta de esos servicios se utilizara la venta de productos (subsidiados, como hizo notar AM Wireless Uruguay S.A. en el expediente), no es relevante para calificar la vinculación que unió a ambas codemandadas y así aplicar la legislación laboral respectiva.

Descartada, pues, la aplicación del art. 3 de la Ley No. 18.251, cabe determinar si corresponde o no convocar las normas extensivas de responsabilidad que consagran las Leyes Nos. 18.099 y 18.251.

El art. 1 lit. A de la Ley No. 18.251 establece cuándo se verifica un supuesto de subcontratación comprendido en la Ley No. 18.099, y lo hace en estos términos:

"Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo 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".

Como nítidamente expresa Larrañaga Zeni, de acuerdo con esta norma, deben presentarse tres elementos para que haya subcontratación, a saber: a) que exista un contrato civil o comercial entre dos empresas, una llamada principal; y, otra, auxiliar, cuyo objeto sea el encargo que le realiza la empresa principal a la empresa auxiliar para que ésta ejecute, con sus trabajadores dependientes, obras o servicios por su cuenta y riesgo; b) la obra o el servicio debe estar conectado con la actividad normal o propia del establecimiento; y c) la obra o el servicio contratado puede ejecutarse dentro o fuera del recinto de la empresa (Larrañaga Zeni, Nelson, El derecho actual de las relaciones laborales uruguayas, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 2010, págs. 344 y siguientes).

Estos elementos se verifican en el caso en análisis. Particularmente y dadas las aristas peculiares de la hipótesis a resolver, cabe hacer hincapié en el requisito nombrado en segundo término, esto es, que el servicio que se contrató estuviera conectado con la actividad normal o propia de la operadora de servicios de telefonía celular y accesorios AM Wireless Uruguay S.A., conocida comúnmente como Claro.

En este sentido, el autor anteriormente citado releva que, conforme al texto de la norma y a sus antecedentes en derecho comparado, la interpretación de este aspecto requiere, en primer lugar, precisar cuál es la actividad o actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, para lo cual deberá identificarse qué obra o servicio ofrece en el mercado (en el presente caso: servicios de telecomunicaciones, básicamente, servicios de telefonía celular y transmisión de datos). A continuación, Larrañaga Zeni indica que:

"(...) deben desmenuzarse las distintas operaciones que se cumplen en dicha empresa para llegar a producir la obra o servicio que ofrece (...). Estas micro actividades inherentes al ciclo productivo son las que realmente constituyen tercerización o descentralización productiva y por ende están comprendidas en las Leyes 18.099 y 18.251 (...). El resto de las actividades colaterales, complementarias o inespecíficas de la empresa principal, que no son inherentes a su ciclo productivo y por ende no forman parte del mismo, no están comprendidas en la Ley. Por lo tanto, cualquier contrato que la empresa principal celebre con una empresa auxiliar y tenga por objeto estas actividades no integradas al ciclo productivo, no estará alcanzado por las Leyes 18.099 y 18.251. La Ley hace una excepción a este respecto e incluye algunas actividades que en general no integran el ciclo productivo de la empresa principal: mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia (...). La razón por la cual la Ley se aparta de la lógica del ciclo productivo integrado obedece a que en las mencionadas actividades la administración laboral identifica los mayores incumplimientos" (ob. cit., págs. 347 y 348).

En similar sentido, se pronuncian Castello y Racciatti, quienes sostienen que la subcontratación laboral en el régimen vigente requiere que las obras o los servicios encomendados por la empresa principal al tercero presenten alguna de las siguientes características:

"(i) se trate de obras o servicios imprescindibles y de primordial importancia para la realización del ciclo productivo o de la actividad que constituye el objeto social de la empresa, de modo que sin el concurso de esas operaciones no pueda obtenerse el producto final que ofrece la empresa principal en el mercado;

(ii) sean inherentes o se encuentren indisolublemente vinculadas a la actividad principal de la empresa comitente, entendida como función principal, neurálgica o vital de la misma;

(iii) se trate de actividades de limpieza, seguridad, vigilancia o mantenimiento" (Castello, Alejandro; y Racciatti, Carlos, "Subcontratación, Intermediación y Suministro de Mano de Obra - Informe Nacional de Uruguay", en compilación de trabajos de la Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 6 de junio de 2008, parágrafo 73, pág. 170), (cf. sentencia No. 307/2013 de la Corporación).

Trasladando al presente litigio las nociones que acaban de mencionarse, este Colegiado considera que la comercialización de servicios de telefonía celular realizada por Tefelem S.A. era, claramente, una actividad conectada con la actividad normal o propia de AM Wireless Uruguay S.A., en el bien entendido de que ésta constituye el objeto principal de su giro.

Por ello, no puede compartirse la línea de razonamiento que ensayó al evacuar el traslado del recurso de casación, cuando insinuó que su actividad principal no estaba referida a la comercialización de servicios. Textualmente, la

codemandada expresó: (...) Y esta es la actividad esencial y principal de Claro, montar redes de telefonía, disponer de servicios de Internet, poner a disposición de los usuarios el equipamiento y los medios tecnológicos necesarios para que pueda comunicarse con otro usuario (...)" (fs. 1868 vto.).

Este argumento resulta pueril, a tal punto que cualquier observador razonable puede percatarse de que todas esas actividades se realizan con la exclusiva finalidad de su comercialización, es decir, la finalidad primordial de Claro es comercializar sus servicios.

Partiendo de esta premisa evidente, cabe tomar en consideración las palabras de Castello y Racciatti ya citadas, en punto a que los servicios de comercialización son servicios imprescindibles y de medular importancia para la realización del ciclo productivo o de la actividad que constituye el objeto social de AM Wireless Uruguay S.A., de modo que no podría obtenerse el producto final que la empresa ofrece en el mercado sin el concurso de esas operaciones. En otros términos, se trata de servicios vinculados indisolublemente a la actividad esencial de la empresa principal, entendida como función neurálgica, vital o central de ella.

Y, justamente, Tefelem S.A., con el actor en un papel de relevancia, prestó esos servicios para Claro.

En función de tales consideraciones y de que AM Wireless Uruguay S.A. reconoció con total claridad y contundencia a fs. 1853 que no ejerció su derecho a informarse acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de la empresa que contrató para tercerizar parcialmente la comercialización de sus servicios (art. 4 de la Ley No. 18.251), fue correcta la condena solidaria impuesta por la Sra. Jueza a quo, de conformidad con lo preceptuado en el art. 6 inc. 2 de la Ley No. 18.251.

IV) El acogimiento del motivo de sucumbencia anteriormente analizado exime a la Corporación de pronunciarse sobre el agravio relativo a la existencia de conjunto económico.

V) El contenido parcialmente casatorio de la presente decisión y la correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

FALLA:

ACOGESE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO Y, EN SU MERITO, ANULASE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO DESESTIMO LA DEMANDA RESPECTO DE LA CODEMANDADA AM WIRELESS URUGUAY S.A. (CLARO), CONFIRMANDOSE LA CONDENA IMPUESTA EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA EN ESTE SENTIDO Y DESESTIMANDOSE EL RECURSO EN LO DEMAS, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO, PUBLIQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.