

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La intermediación de la mano de obra en el contexto de la reforma laboral brasileña

Manoel Carlos TOLEDO FILHO*

RESUMEN: El trabajo que se presenta tiene por su objetivo proceder a una evaluación preliminar de la reciente modificación de la legislación laboral de Brasil, en lo que específicamente se refiere a las hipótesis de intermediación o tercerización de la mano de obra de naturaleza dependiente.

Palabras clave: Brasil, Tercerización, Reforma Laboral, Derecho del Trabajo.

SUMARIO: 1. El origen fáctico del problema: la descentralización empresarial. 2. La situación jurídica en Brasil antes del año 2017. 3. La disciplina jurídica actual. 3.1. La paradoja legal. 3.2. El verdadero núcleo de la cuestión. 3.3. El régimen de responsabilidad empresarial. 4. Perspectivas preliminares y conclusión. 5. Bibliografía.

* Magistrado laboral desde 1990, ejerciendo actualmente el cargo de desembargador (camarista) del Tribunal Regional del Trabajo de la 15ª Región (Campinas) y de Director de la Escuela Judicial de ese mismo Tribunal. Bachiller, Master y Doctor en Derecho del Trabajo. Miembro de la AADTSS y de la AUDTSS. Miembro honorario de la Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay.

The intermediation of labor in the context of the Brazilian labor and employment law reform

ABSTRACT: This paper aims to produce a preliminary evaluation of the recent modification in Brazil's labor and employment law, specifically regarding the hypothesis of labor intermediation or labor outsourcing.

Key Words: Brazil, Outsourcing, Labor and Employment Law Reform, Labor and Employment Law.

1. El origen fáctico del problema: la descentralización empresarial¹

Como es sabido, en el principio del capitalismo industrial, la producción de bienes poseía una nítida naturaleza concentrada. La fábrica, en su concepción tradicional, respondía a una *lógica de verticalidad*, es decir, hacía o se apropiaba de todas las tareas necesarias para la consecución de su producto final.

Esa característica, en la misma medida en que propiciaba un amplio control del empresario sobre todas las etapas del desarrollo de su actividad, tornaba las relaciones de trabajo subjetivamente sencillas: era posible entonces identificar con facilidad quién era el responsable por la administración del emprendimiento y, como corolario, por la observancia o el respeto a los derechos de las personas que bajo su dirección prestaban servicios a cambio de una remuneración, es decir, los empleados del establecimiento productor.

Pero esa manera de organización de la empresa capitalista no perduraría.

Como ha expresado el Prof. Montoya Medina, “a lo largo de la década de los años setenta, se comienza a vislumbrar que el anterior modelo de organización productiva está en crisis. Las tradicionales estructuras fabriles basadas en los sistemas de concentración productiva que se inspiran en los sistemas taylorista-fordista de estandarización de procedimientos y producción en serie resultan pronto arcaicas para dar una respuesta ágil a las exigencias del mercado en términos de racionalización de costes y máxima productividad”².

En ese nuevo contexto la empresa pasa a concentrar “todos sus medios materiales y humanos en la realización de las tareas comprensivas de lo que constituye su “core business”, esto es, el corazón de sus negocios, que no viene a ser otra cosa que las actividades que identifican el fin productivo de dicha empresa, comprenden la esencia de su objeto social, y por esa razón, se llevan a cabo con sus propios medios”³.

¹ Esa parte específica del texto fue en parte extraída de un nuestro trabajo anterior: “Derecho laboral y solidaridad: un abordaje desde la teoría de la relación de trabajo”, *Derecho Laboral*, 2011, vol. 240, pp. 697-707; *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2011, pp. 143-155.

² Montoya Medina, D., *Trabajo en contratos y protección de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 34.

³ *Ídem*, pp. 35-36. En ese mismo sentido, Mario Garmendia Arigón y Gustavo Gauthier afirman que “una vez identificado el corazón o baricentro de su actividad, la empresa ejecuta directamente las funciones necesarias para la óptima obtención de su objetivo y opta por encomendar a lo exterior las demás, controlando indirectamente su realización”. En *Tercerizaciones. Teoría y práctica del régimen legal uruguayo*, 3ª edición, revisada, actualizada y

Sin embargo, la descentralización trajo como *efecto irrefragable* la pulverización de los tomadores o beneficiados del servicio personal de carácter dependiente. La precisión de quien respondería por los derechos laborales conexos a las diversas y variadas etapas de producción dejó entonces de ser una tarea simple.

El sistema jurídico no podría permanecer completamente inerte o inerte al fenómeno en cuestión. Alguna manera o modo explícito de regulación se presentaba como imprescindible con el fin de evitar una completa precarización en la utilización de la fuerza de trabajo de los empleados involucrados en la nueva forma de pensar la producción.

A continuación, examinaremos como sucedió en Brasil, en las dimensiones legislativa y jurisdiccional, con el trato de ese tema tan relevante para las relaciones del trabajo dependiente en el mundo contemporáneo.

2. La situación jurídica en Brasil antes del año 2017

En Brasil, las normas relativas a la relación de trabajo dependiente o al contrato de trabajo se encuentran plasmadas, fundamentalmente, en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (adelante: CLT), y en otras leyes menores que la complementan.

Además de las leyes ordinarias, asimismo existe, en el plan constitucional, una serie de provisiones o garantías mínimas, debidamente “listadas” en el artículo 7° de la Constitución Federal de Brasil⁴, que constituyen, por así decir, la *espin dorsal* o la *columna vertebral* de la normativa laboral en nuestro país.

Si bien la redacción original de la CLT sea del año 1943, es cierto que hubo, en las décadas que se le siguieron, diversas intervenciones legislativas puntuales en su contenido, en orden a intentar actualizarlo, incorporando figuras nuevas o perfeccionando a las antiguas.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente al fenómeno de la subcontratación o de la intermediación de la mano de obra de carácter dependiente -valiendo registrar que, en Brasil, no se hace una distinción legal o dogmática entre las figuras de la intermediación y de la subcontratación, que son ambas tratadas bajo la idea o el concepto general de la “tercerización”- nunca hubo una disciplina legal directa, explícita o

ampliada. Montevideo: FCU, marzo de 2017, p. 41.

⁴ El art. 7° de la Constitución de Brasil tiene un rol muy similar al artículo 14-BIS de la Constitución Nacional de la República Argentina.

específica. La normativa brasileña, en ese punto, se reducía a aspectos periféricos del tema, sin buscar profundizar los límites o las consecuencias de esa suerte de relaciones laborales “triangulares”. Bien por eso, se decía, a modo de crítica, que existiría, en el derecho del trabajo de Brasil, una injustificable “anomia” en lo referente a ese tan importante y trascendente asunto.

Es cierto, sin embargo, que en algún momento sí se intentó disciplinar legalmente cuando menos una parte del problema. Eso se pasó en el año 1974, con la publicación de la Ley n° 6019.

Esa Ley tuvo por su objetivo primordial cuidar de la figura del trabajo *temporal o transitorio*, siempre y cuando fuera realizado por intermedio de una persona jurídica interpuesta entre el “receptor” de los servicios -la empresa principal- y el trabajador⁵. Ella representó así, en su tiempo, una suerte de modulación o flexibilización de la CLT, en la cual la posibilidad de la celebración de contratos a tiempo cierto, si bien que existente desde siempre, partía de la premisa de relaciones de trabajo directas o duales, es decir, no triangulares.

La Ley n° 6019, por lo tanto, hizo una parcial regulación del fenómeno de la labor desarrollada con la participación de un intermediario entre el beneficiado por la prestación de servicios subordinados y la persona natural del trabajador que los ejecuta. Pero se continuó sin una previsión legal amplia o general a tal respecto, en la medida en que no se abarcó a las relaciones triangulares establecidas sin duración predeterminada, o sea, que fuesen revestidas de carácter ilimitado en el tiempo.

Como los conflictos generados por las intermediaciones eran muchos y recurrentes, cupo a la jurisprudencia intentar suplir la laguna dejada por el legislador. Y eso se consumó con la edición, por el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil (adelante: TST), de una “Súmula”⁶ o tesis prevaleciente, que en aquella Corte recibió el número 331.

En resumen, lo que esta Súmula establecía era que:

1. La intermediación de la mano de obra dependiente sería, como regla

⁵ Aun que se pueda intentar distinguir conceptualmente las figuras del trabajo de naturaleza temporal y de la subcontratación o intermediación de la labor de carácter subordinado, es cierto que, en cualquier caso, tratase de relaciones triangulares en cuyo centro o esencia existe una relación de trabajo dependiente. No es por acaso, así, que, en Chile, por ejemplo, el Código del Trabajo posee un Título denominado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”.

⁶ El TST es, en Brasil, la máxima instancia judicial para las causas laborales. Las Súmulas son una suerte de fallos plenarios o sentencias plenarios, editadas luego de muchos precedentes en una misma materia. Si bien no tengan un carácter vinculante para las instancias inferiores, sí actúan como una referencia trascendente o como una especie de “guion” para los jueces del trabajo que las integran.

- general, ilegal, excepto en las situaciones permitidas por la Ley n° 6019;
2. La violación de esa regla general sería considerada un fraude a la ley, de eso hecho entonces resultando la formación de un contrato de trabajo entre el trabajador y el tomador de sus servicios, es decir, la *trasmutación* de la *relación triangular* en una *relación bilateral*;
 3. No sería considerada fraude la intermediación realizada -aun cuando pactada sin límite de tiempo- en las actividades secundarias o no esenciales de la empresa “tomadora” o cliente, denominadas por la Súmula como las “actividades-medio”, en contraposición a la figura de la “actividad-fin”;
 4. El tomador de los servicios subordinados, en los casos de las intermediaciones consideradas lícitas o permitidas, sería de todo modo responsable subsidiario en lo referente a los derechos de los trabajadores cuya labor se tenga desenvuelto en su provecho.

Como es fácil advertir, la jurisprudencia brasileña busco utilizar, bajo la idea de “actividad fin”, los conceptos que en las normativas argentina y española se entienden como “actividad normal y específica propia del establecimiento” (art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina) o “propia actividad” (art. 42 del Estatuto de los Trabajadores de España). Para nada sorprende, así, que, en la práctica, se tenga en Brasil propagado la misma confusión verificada en Argentina y España a tal respeto. Es que, como la realidad en todos esos países cuidó de demostrar, nos es sencillo distinguir o trazar líneas divisorias entre lo que sea una actividad “propia” o principal y lo que sea una actividad secundaria o accesorio. En un hospital, ¿el servicio de limpieza podrá ser considerado meramente accesorio? En una universidad, ¿los comedores integran a la propia actividad del establecimiento? En un Banco, ¿la labor de seguridad es complementar o esencial? Las interrogantes eran -y, en puridad, siguen siendo- infinitas.

No logrando entonces la jurisprudencia pacificar al tema, surgieron en el ámbito del Parlamento distintos proyectos de ley con el intento de resolver el problema. Uno de ellos -que estaba ya para examen en el Senado de la República- fue el resultado de mucho debate, y tenía, por eso mismo, un contenido bastante equilibrado (era un Proyecto de Ley enviado desde la Cámara de los Diputados -PLC- n° 30, del año 2015). Pero, desgraciadamente, los avatares políticos que contaminaran a Brasil en 2017 condujeron a la aprobación de otro proyecto de ley, bien más antiguo, del año 1998, que estaba completamente olvidado pero que fue “resucitado” en orden a atender a la conveniencia del gobierno que había en aquel entonces sido instaurado por cuenta del impedimento de la presidenta Dilma Rouseff.

Ese proyecto se ha convertido en la Ley n° 13.429, publicada en 31 de

marzo de 2017, que hizo alteraciones en el contenido de la Ley del trabajo temporario, a ya citada Ley n° 6019. Sin embargo, la Ley n° 13.429, justamente porque era consecuencia directa de un proyecto impreciso e inconsistente, fue en bien poco tiempo modificada por la Ley n° 13.467 - la Ley de la Reforma Laboral de Brasil- publicada en 13 de julio de 2017. De modo que, hoy, el tema de la intermediación de la mano de obra de carácter dependiente está, en Brasil, regulada por tres leyes que se confunden o interconectan: las Leyes números 6019, 13.429 y 13.467. Intentaremos, enseguida, explicar lo que se puede estimar que tenga resultado de esa verdadera *baraúnda legislativa*.

3. La disciplina jurídica actual

3.1. La paradoja legal

A nuestro juicio, el eje de las modificaciones realizadas en la Ley n° 6019 está en su actual artículo 4-A, introducido por la Ley 13.429, y cuyo contenido a continuación se reproduce, en traducción libre:

Art. 4-A. Se considera prestación de servicios a terceros la transferencia realizada por la contratante de la ejecución de cualesquiera de sus actividades, inclusive su actividad principal, a la persona jurídica de derecho privado prestadora de servicios que tenga capacidad económica compatible con su ejecución.

§ 1o La empresa prestadora de servicios contrata, remunera y dirige el trabajo realizado por sus trabajadores, o subcontrata a otras empresas para la realización de estos servicios.

§ 2o No se configura contrato de trabajo entre los trabajadores, o socios de las empresas prestadoras de servicios, cualquiera que sea su rama, y la empresa contratante.

El precepto bajo examen trabaja con las figuras de una empresa dicha “contratante” -que será la empresa tomadora de los servicios, o la empresa principal- y de una “empresa contratada” (o contratista), que corresponderá a la persona jurídica intermediaria entre el trabajador y la empresa principal.

Ahora bien, como fácilmente se advierte, la cabeza de la norma -que tuvo su redacción modificada o “mejorada” por la Ley 13.467- busca claramente huir del dilema conceptual que siempre se presenta cuando se intenta distinguir entre propia actividad o actividad principal y las actividades empresariales accesorias o secundarias, estableciendo, de modo incluso redundante, que será lícito a las empresas tomadoras delegar

a una empresa intermediaria cualquier parte o segmento de sus actividades, sin distinción alguna cuanto a la importancia que ella tenga en el contexto o la dinámica de su producción de bienes o servicios.

Eso significa entonces decir que, hoy, la normativa brasileña no contiene restricciones para la utilización de la subcontratación de servicios o para la tercerización de la mano de obra de carácter dependiente. Ella actualmente se aproxima bastante de lo que está previsto en las relativamente recientes normativas chilena⁷ y uruguaya⁸, en las cuales tampoco se ha preocupado el legislador en poner barreras conceptuales para la intermediación del trabajo subordinado.

Desde esa mirada, se podrá inferir que hubo una suerte de retroceso en la disciplina legal brasileña, en la medida que la jurisprudencia -ante la anomia antecedente- vedaba que ocurriera intermediación en el ámbito de la actividad empresarial principal. Sin embargo, la verdad es que, como señalamos, en la práctica de las relaciones laborales esa limitación tendía a difuminarse, siendo así discutible su eficiencia en la prevención del fraude laboral.

El párrafo primero, a su turno, establece que la empresa intermediaria es quien “contrata, remunera y dirige el trabajo realizado por sus trabajadores”, es decir, la empresa intermediaria, en definitiva, es quien tiene o necesariamente debe tener el poder de dirección en el ámbito de la prestación de los servicios que le tengan sido delegados por la empresa principal. Y acá tenemos, sin duda, un punto de extremada relevancia para la adecuada comprensión de esa temática, o, en otras palabras, aquí está el verdadero centro de la problemática que envuelve el fenómeno de la descentralización empresarial, en todos los lugares donde se ha intentado promoverla o legalizarla.

Es que, a depender de que clase o dimensión de actividad empresarial estemos considerando, es muy difícil -para no decir virtualmente imposible- que la empresa principal delegue, con carácter amplio o definitivo, el poder de comando completo sobre los trabajadores involucrados en la producción o en las tareas respectivas. Y eso porque tal

⁷ La normativa chilena en ese tema es del año 2006 (Ley 20.123, que modificó al Código de Trabajo de Chile). A ese respecto, así comentan Sergio Gamonal Contreras y Caterina Guidi Moggia: “Las legislaciones de numerosos países limitan la posibilidad de recurrir a los servicios de subcontratación, por lo menos, respecto de las actividades vinculadas al giro principal de la empresa. En nuestro país la situación es distinta, ya que las empresas son libres de subcontratar incluso respecto de sus actividades principales. Esto conlleva precariedad laboral y muchas veces genera dos tipos de trabajadores: los de planta y los subcontratados”. *Manual de contrato de trabajo*, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago: Legal Publishing, 2012, p. 54.

⁸ Ley 18.251 del año 2008.

suerte de transferencia implicaría poner en riesgo la sobrevivencia misma del negocio o del establecimiento, en la medida en que, en tesis o en rigor, no existirían trabajadores subordinados -o sea, *empleados*, en el sentido jurídico del término- directamente vinculados al dueño o titular de la actividad empresarial. Pensemos, por ejemplo, en un hospital sin médicos, una escuela sin profesores, en una tienda de modas sin vendedores, en un banco sin cajeros, en una constructora sin albañiles, y tantas otras situaciones similares. Si la empresa principal no supervisar o direccionar la labor de esos trabajadores, perderá el control del rumbo o de la esencia de su emprendimiento, que, entonces, como que no sería más suyo, sino de la empresa contratada o intermediaria.

El resultado de lo que se acaba de registrar es que, al fin y al cabo, la nueva norma retorna, por vía transversa, al antiguo punto de distinción entre lo que se puede -o es posible- subcontratar o delegar, y lo que no lo es. En otras palabras: la ley sí abolió la prohibición “teórica”, mas siguió vinculada a la realidad de los hechos. Y no habría mismo como ser diferente. Después de todo, el legislador, por omnipotente que se pretenda o se imagine, no puede cambiar la naturaleza misma de las cosas.

3.2. El verdadero núcleo de la cuestión

A nuestro juicio, todo pasa por la definición o la premisa de que existe una clase de trabajo que se desarrolla en situación especial de dependencia; que ese trabajo merece una protección especial; y que, para que tal protección se haga efectiva, hay que legalmente vincularlo a quien de él extraía provecho directo o verdadero.

Las legislaciones nacionales buscaron concretar la directiva supra introduciendo en sus sistemas el concepto de contrato o de relación de trabajo, o, aun, adoptando la distinción entre la figura genérica del “trabajador” y la figura específica del trabajador en estado de dependencia o del trabajador “empleado”.

Así es que, en *España*, el Estatuto de los Trabajadores prescribe que su ámbito de aplicación alcanzará “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1); en *México*, la Ley Federal del Trabajo establece que “trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado” (art. 8º); en *Argentina*, la Ley de Contrato de Trabajo esclarece que “habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a

realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta” (art. 21); en *Chile*, el Código del Trabajo define como trabajador “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo” (art.3º, b); en *Colombia*, el Código Sustantivo del Trabajo afirma que “contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (art. 22.1); y, en *Brasil*, la CLT registra que “se considera empleado toda persona física que preste servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de éste y mediante salario” (art. 3º).

Como se observa, todas esas normativas se reportan a una misma idea, o a una *idea fuerza*, la cual pasa, necesariamente, por el concepto de *dependencia*, *subordinación* o de *ajenidad*. En otras palabras, todos esos sistemas admiten que sí existe una categoría de trabajadores merecedores de una disciplina legal diferenciada o especialmente protectora.

Ahora bien, parece claro que si ese es el núcleo o el corazón de los sistemas jurídicos laborales en general, él para nada podrá ser invalidado o desautorizado por otros aspectos circunstanciales o periféricos de esos mismos sistemas. Y es precisamente en ese punto que está la raíz de todo el problema.

Los sistemas laborales tradicionales, porque casi siempre demasiado “contaminados” por la idea civilista del “contrato”, no estaban debidamente preparados para el fenómeno de la descentralización productiva. Así, han pensado que podrían reglamentarlo o contenerlo solamente con algunos ajustes puntuales, los cuales, no obstante, acababan por negar a la propia esencia del ordenamiento laboral. Y eso el legislador ordinario no puede hacer, sin ingresar en un confronto abierto con las normativas constitucionales e internacionales, que asimismo garantizan al trabajo dependiente un grado superlativo de protección institucional⁹.

En Brasil, la nueva legislación incidió en la misma trampa. Al intentar liberar el fenómeno, lo que hizo en la cabeza del artículo 4-A de la Ley n° 6019, lo redujo a la nada enseguida, ya en el párrafo primero de ese mismo

⁹ Bien por eso que la Recomendación 198 de la OIT, en su art. 9º, prestigia los hechos ante las situaciones contractuales: “A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”.

dispositivo. Parafraseando a Lampedusa, el legislador brasileño todo cambió para que todo permaneciera igual. Pero hasta que la comunidad jurídica tome plena conciencia de ese hecho, mucha confusión seguramente habrá y muchos “cuerpos” -principalmente de trabajadores, pero de empleadores también- quedarán por el camino.

3.3. El régimen de la responsabilidad legal

Como el fenómeno de la descentralización empresarial asumió, con el tiempo, la perspectiva de un hecho materialmente inevitable, o de una imposición de orden práctica que no se podría contener, los sistemas jurídicos laborales empezaron a buscar fórmulas que pudiesen minimizar a sus efectos¹⁰.

Como es natural, la extensión o los límites de la *reacción legal al hecho económico* tuvieron distintos grados de intervención en cada país. Sin embargo, parece correcto aseverar, como hacen Mario Garmendia Arigón y Gustavo Gauthier, que “la reacción del Derecho del Trabajo frente al fenómeno de la descentralización empresarial ha pasado, por un lado, por el intento de restringir su puesta en práctica en determinadas áreas o actividades de la empresa y por otro lado, mantener en cabeza de la empresa principal algún tipo de responsabilidad laboral respecto del personal de las empresas descentralizadas”¹¹.

A nuestro juicio personal, quizás una de las normas más adecuadas a ese efecto era la que constaba en el artículo 35, apartado 11, de la Constitución Republicana Ecuatoriana de 1998:

“Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, *la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria* del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”.

Como se advierte, era ese un precepto claro, directo y sencillo. Sin

¹⁰ El siempre recordado maestro mexicano Mario de la Cueva hizo una muy dura referencia a la figura del intermediario en la dimensión laboral: “La intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercadería a bajo precio y la vende en una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene una fácil y elevada plusvalía”. *Apud* De Buen L., N., *Derecho del trabajo*, Tomo I, 16ª edición revisada y actualizada, México: Editorial Porrúa, 2004, p. 508.

¹¹ *Op. cit.*, p. 47.

embargo, fue él reemplazado, en la vigente Constitución de 2008, por aquel del actual artículo 327:

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. *Se prohíbe* toda forma de precarización, como la *intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora*, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley”.

El legislador ecuatoriano ha migrado, así, de una norma objetiva para un sistema de supuesta prohibición legal, que, sin embargo, se reporta a la insegura idea de actividades propias o habituales. Esa idea, como vimos, es asimismo utilizada por los ordenamientos de Argentina (LCT, art. 30) y España (ET, art. 42), países en los cuales, además, existiría una suerte de “responsabilidad solidaria mitigada”, en la medida que ella no abarcaría las hipótesis de intermediación verificadas en aquellas actividades empresariales consideradas accesorias o secundarias. Cosa distinta se ha pasado en el Perú, país donde la Ley n° 29245, que regula los servicios de tercerización, estableció, en su artículo 9º, la solidaridad como regla general¹².

Ya en Chile y también en Uruguay -que, en ese particular, claramente se ha inspirado en el modelo chileno- la opción del legislador fue por un régimen de responsabilidad “mista” o “dual”. En resumen, la empresa principal tendrá el deber de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales por las empresas intermediarias, ejerciendo el derecho que la ley le confiere de ser informada sobre el contenido de las relaciones de trabajo respectivas. Si cumple con ese cometido, su responsabilidad será subsidiaria; si, todavía, adoptar una postura negligente en ese aspecto, su responsabilidad será entonces de naturaleza solidaria¹³.

¹² “Art. 9. Responsabilidad de la empresa principal.

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral”.

¹³ A ese respecto, Mario Garmendia y Gustavo Gauthier explican que “La responsabilidad que habrá de recaer sobre la empresa usuaria que acude a subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será *solidaria o subsidiaria*, en función de cuál sea la conducta que la primera desarrolle respecto al ejercicio de su *derecho a ser informada*. Si dicho derecho es efectivamente ejercido, la naturaleza de la responsabilidad será

En Brasil, la norma correspondiente es el párrafo 5° del art. 5-A de la Ley n° 6019, incluido por la Ley n° 13.429, cuyo contenido se transcribe enseguida:

“La empresa contratante es *subsidiariamente responsable* de las obligaciones laborales referentes al período en que ocurra la prestación de servicios, y la retención de las cotizaciones previsionales observará lo dispuesto en el art. 31 de la Ley no 8.212, de 24 de julio de 1991”.

Se observa fácilmente que el legislador brasileño ha optado por la forma más amena de responsabilidad de la empresa principal. La alternativa en cuestión, es verdad, tiene la ventaja de poseer un carácter genérico e incondicional, eliminando la discusión sobre si hay o no responsabilidad de la empresa cliente de los servicios prestados por los trabajadores de la empresa intermediaria. Pero, de otro lado, irá obligar los trabajadores a demandar en juicio siempre contra las dos empresas -la intermediaria (su empleadora formal) y la empresa principal (la responsable solidaria o material)- o sea, creará un proceso más complejo y demorado, especialmente en la realidad de Brasil, donde es muy común que las empresas prestadoras de servicios desaparezcan sin dejar rastros o huellas. Sin embargo, sí hay una hipótesis de *responsabilidad directa* de la empresa principal, en los supuestos relativos a la salud y a la seguridad de los trabajadores. Es eso lo que se infiere del párrafo 3° del mismo art. 5°-A, que establece que “es responsabilidad del contratante garantizar las condiciones de seguridad, higiene y salubridad de los trabajadores, cuando el trabajo se realiza en sus dependencias o local previamente convenido en contrato” (párrafo incluido por la Ley 13.429). Ese es un punto que también está presente en la normativa chilena¹⁴, una vez que el artículo 183-E del Código de Trabajo de Chile tiene un contenido muy similar¹⁵. A

subsidiaria. En cambio, si el derecho a ser informado no se ejerce, o si fuera ejercido defectuosamente, la responsabilidad será *solidaria*”, *op. cit.*, p. 161. En ese mismo sentido se expresa el profesor uruguayo Alejandro Castelo: “La principal medida es la instauración de un régimen de responsabilidad compartida entre el empleador directo y la empresa principal o usuaria. La responsabilidad será subsidiaria si esta última ejerció su facultad de requerir información a la empresa proveedora, sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales. Será solidaria si no hizo ejercicio de tal derecho”, *Derecho del trabajo: conceptos fundamentales, sujetos, contrato de trabajo y su dinamismo*, 1ª edición, Montevideo: FCU, marzo de 2012, p. 186.

¹⁴ Conforme Araya Osorio; Gallo Cordero; León Moreira. *Análisis de la Nueva Ley de Subcontratación Ley N° 20.123*, Universidad de Chile, octubre de 2006, p. 292.

¹⁵ “Art. 183-E. Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis

ese respeto, William Thayer Arteaga ha expresado que “El artículo 183-E, parte final del Párrafo 1, consagra un criterio no solo social, sino realista. Las medidas de seguridad social y salud son indivisibles. Ambas protegen a todos los que trabajan o, aun, visitan el lugar de trabajo. No podrían ser asunto privativo del empresario principal, del contratista o de un subcontratista. Todos están obligados a adoptar las medidas de protección de la vida, seguridad y salud que el artículo 184 del Código dispone en beneficio de todos sus trabajadores (...)”¹⁶.

Además, cabe registrar que el legislador de Brasil buscó garantizar que los trabajadores de las empresas intermediarias tengan las mismas condiciones generales de labor que los trabajadores de la empresa principal en lo que se refiere a alimentación, transporte, atendimento médico o de carácter ambulatorio, entrenamiento profesional y condiciones sanitarias (art. 4-C, inciso I, de la Ley n° 6019, introducido por la Ley n° 13.467). Pero, para nada ha garantizado lo que sería el derecho más importante de todos: el derecho a una *igualdad salarial*¹⁷.

Es esa una omisión muy grave. Como afirmado por el consagrado jurista chileno José Luis Ugarte Cataldo, el problema de la equiparación salarial “es un problema común al trabajo en régimen de subcontratación como al suministro de trabajadores. Uno de los aspectos más relevantes en el debate público del tema en Chile respecto de ambas figuras de trabajo triangular corresponde a las sensibles y discriminatorias condiciones de trabajo, especialmente salariales, en que se desempeñan los trabajadores subcontratados o suministrados respecto de los trabajadores directos de la empresa dueña de la obra o de las empresas usuarias que realizan el mismo trabajo”¹⁸.

de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud”.

¹⁶ Thayer Arteaga, W., *Texto, comentario y jurisprudencia del código del trabajo. 3ª edición actualizada*, Santiago: Ediciones UC, julio de 2013, p. 283. En ese mismo sentido: Rojas Miño, I., *Subcontratación laboral. Suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*, 1ª edición, Santiago: Legal Publishing Chile, agosto de 2011, p. 79; Walker Errázuriz, F. y Pérez Vega, G., *Derecho del trabajo. Relación del trabajo y externalización laboral en Chile a la luz de las orientaciones de la OIT*, 1ª edición, Santiago: Ediciones Copygraph, mayo de 2009, p. 148.

¹⁷ Como muy bien advirtió Alejandro Castello, en ponencia realizada en el Encuentro de Profesores de Derecho del Trabajo ocurrido en la ciudad de Campinas en febrero de 2008, existen, fundamentalmente, dos “vacunas” contra los efectos maléficos de la tercerización: la responsabilidad solidaria de la empresa principal y la garantía del pago de salarios iguales a los empleados involucrados en la subcontratación. El legislador brasileño ha ignorado a ambos los “antídotos”.

¹⁸ Ugarte Cataldo, J.L., “Sobre relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Año 12, n. 1, Talca: 2006, p. 27.

Y proseguía el maestro chileno, hablando de la entonces modificación legislativa que se estaba a antever en su país: “Una solución, políticamente muy interesante y novedosa, expresión de un derecho fundamental en lo laboral de no discriminación arbitraria (“a igual trabajo, igual remuneración”), y que evita de paso que el negocio de la triangulación laboral se centre en la precariedad laboral, sería derechamente exigir en que se incorpore al proyecto de ley la denominada “*equiparación salarial para igual trabajo*”, de modo tal que, de realizar la misma tarea, el trabajador subcontratado o suministrado tenga derecho a recibir igual remuneraciones que el trabajador directamente contratado por la empresa mandante o usuaria”¹⁹.

Es, en definitiva, una lástima que la muy lúcida y coherente sugerencia del profesor Ugarte Cataldo no tenga sido aprovechada por las legislaciones de Chile y Brasil²⁰.

4. Perspectivas preliminares y conclusión

El tema de la tercerización de la mano de obra asalariada o dependiente es, sin lugar a dudas, uno de los más grandes desafíos que el derecho del trabajo ha enfrentado desde su creación en los siglos XIX y XX.

De una manera general, sus consecuencias para nada han sido beneficiosas para los trabajadores. Precarización, desprotección, fraude, confusión legal e inseguridad jurídica, esos son los efectos más comunes de la intermediación, poco importando, en esa dimensión, la denominación que se desee utilizar para identificar a esa figura: subcontratación, tercerización, suministro de trabajo, en todos esos casos lo que hay es alguien que, si bien tenga el beneficio de la labor dependiente, no asume o pretende asumir la responsabilidad directa por los derechos que a ese mismo labor sean correspondientes.

Tampoco es correcto decir que la economía es favorecida por los métodos de intermediación. Si bien que, en algunos casos, sí se pueda hablar que ocurra un incremento en la oferta de puestos de trabajo, en muchos otros -que quizás sean mismo la mayoría- lo que sucede es el cambio de un empleado por dos subempleados, con rebaja de la masa salarial y, como

¹⁹ *Op. cit.*, p. 28. El destaque es del propio autor.

²⁰ Lo que hizo el legislador de Brasil – para disfrazar su real intento, es decir, para guardar las apariencias – fue solamente estipular que la empresa principal y la empresa intermediaria pueden, en su contrato civil, establecer que los empleados de ambas tendrán salarios equivalentes (Ley n° 6019, Art. 4-C, párrafo 1°, asimismo inserido por la Ley n° 13.467). Parece obvio que, en la práctica, eso no irá a suceder, por la muy intuitiva razón de que irá aumentar el precio de la contratación o de la intermediación.

consecuencia, pérdida de consumidores, con disminución de las inversiones en el medio plazo.

Los legisladores, por su vez, no han logrado crear mecanismos eficaces de prevención contra los efectos aquí nominados. Ninguna normativa nacional -hasta donde nos es dado conocer- ha adoptado la fórmula dúplice de *solidaridad ilimitada* con *isonomía laboral integral*, la cual sería una óptima manera de reducir la utilización de los supuestos de tercerización solamente aquellas situaciones en que ellos sean realmente adecuados o necesarios.

En el caso específico de Brasil, no se pasó nada diferente. El legislador del año 2017 fue inepto, para decir lo menos, creando un sistema legal frágil, incompleto e inseguro. No es difícil prever lo que ocurrirá: muchas empresas irán, sin preocupación o pudor, subcontratar partes o mismo la integralidad de su planta productiva, incluso sustituyendo a sus empleados directos por los trabajadores de las personas jurídicas intermediarias. Los salarios serán rebajados, las condiciones de la labor empeoradas, los conflictos y los accidentes de trabajo van a aumentar, lo mismo se pasando, a su tiempo, con las demandas laborales (si bien que la ley de la reforma tenga buscado dificultar al máximo el acceso a la Justicia del Trabajo, nadie podrá contener el *alud* de procesos cuando este oportunamente se presente).

El legislador brasileño, en suma, ha abierto la caja de Pandora. Sin embargo, sirve de consolación que, como se cuenta en esa célebre leyenda griega, la esperanza es lo último que se pierde.

5. Bibliografía

Arevalo Vela, J., *Derecho del trabajo individual*, 1ª edición, Lima: FUP, setiembre de 2012.

Barros, A.M. de, *Curso de direito do trabalho*, 6ª edición, revisada y actualizada, São Paulo: LTr, 2010.

De Buen L., N., *Derecho del trabajo*, Tomo I, 16ª edición revisada y actualizada, México: Editorial Porrúa, 2004.

Del Rey Guanter, S. (dir.), Agote Eguizábal, R., Gala Durán, C. y Luque Parra, M. (coords.), *Estatuto de los trabajadores, comentado y con jurisprudencia*, 2ª edición. Madrid: La Ley, 2007.

Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *Manual de contrato de trabajo*, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago: Legal Publishing, 2012.

- Garmendia Arigón, M. y Gauthier, G., *Tercerizaciones. Teoría y práctica del régimen legal uruguayo*, 3ª edición, revisada, actualizada y ampliada, Montevideo: FCU, marzo de 2017.
- Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Raso Delgue, J. (dir.), Castello, A. (coord.), *Derecho del trabajo: conceptos fundamentales, sujetos, contrato de trabajo y su dinamismo*, 1ª edición, Montevideo: FCU, marzo de 2012.
- Rojas Miño, I., *Subcontratación laboral. Suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*, 1ª edición. Santiago: Legal Publishing Chile, agosto de 2011.
- Thayer Arteaga, W., *Texto, comentario y jurisprudencia del código del trabajo. 3ª edición actualizada*, Santiago: Ediciones UC, julio de 2013.
- Toledo Filho, M.C., “Derecho laboral y solidaridad: un abordaje desde la teoría de la relación de trabajo”, *Derecho Laboral*, 2011, vol. 240, pp. 697-707; *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2011, pp. 143-155.
- Ugarte Cataldo, J.L., “Sobre relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Año 12, n. 1. Talca: 2006.
- Walker Errázuriz, F., Pérez Vega, G., *Derecho del trabajo. Relación del trabajo y externalización laboral en Chile a la luz de las orientaciones de la OIT*, 1ª edición. Santiago: Ediciones Copygraph, mayo de 2009.

Web sites

- Araya Osorio, P.A., Gallo Cordero, C.E. y León Moreira, C.J., *Análisis de la Nueva Ley de Subcontratación Ley N° 20.123*, Universidad de Chile, octubre de 2006, Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leon_c/pdfAmont/de-leon_c.pdf.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo