

Estudio Comparado acerca de la Jurisprudencia sobre Tercerización o Subcontratación: Brasil y Uruguay

Valdete Souto Severo^{1*}

Resumen: Este artículo tiene como objetivo realizar un estudio comparativo de la jurisprudencia brasileña y uruguaya sobre la tercerización o subcontratación con el objetivo de acercar estas realidades próximas y hacer posible que sus intérpretes aplicadores trabajen con un tema tan preocupante para aquellos que creen en el Derecho del Trabajo, como es la intermediación de la mano de obra.

Tabla de contenido: Introducción, 1. La tercerización o subcontratación en la legislación brasileña y uruguaya 2. La tercerización en la jurisprudencia, Conclusión, Referencias

Introducción

La tercerización o subcontratación es un proceso de administración empresarial que tiene como objetivo disminuir los costos de producción, en evidente compromiso con la visión económica del derecho. Se caracteriza por el traspaso de parte del emprendimiento², a terceros con el fin de limpiar la “máquina administrativa” y así obtener más ganancia. Han servido a la fragilidad y la supresión de los derechos laborales fundamentales. Se define como “la técnica administrativa, el efecto del modelo de producción posfordista, que exige

1¹ Jueza del Trabajo, Máster en Derechos Fundamentales por la PUC/RS

2 Dado el alcance de este artículo, no se abordan algunas cuestiones clave, como la propia noción de “esencialidad” en la relación de empleo. En realidad, la tercerización pone en crisis la propia noción de relación laboral, tal como se presenta en un contexto capitalista de producción.

la reducción del tamaño de la empresa y la transferencia de parte de la empresa de servicios a otras empresas.”³

El Ministro Maurice Godinho Delgado, a su vez, lo define como “un fenómeno en el cual se disocia la relación económica de trabajo de la relación juslaborista correspondiente”⁴. Provoca “una relación trilateral en virtud de la contratación de la fuerza laboral en el mercado capitalista: el obrero, el proveedor de servicios, que realiza sus actividades materiales e intelectuales con la empresa que contrata los servicios; la empresa tercerizante, que contrata a este trabajador, firmando con él los vínculos jurídicos laborales pertinentes, la empresa que recibe los servicios, que recibe el suministro de mano de obra, pero no asume la posición clásica de empleadora del trabajador en cuestión”⁵.

Aunque está ampliamente aceptada y practicada, la tercerización no está

3 DELGADO, 2006, p. 439.

4 DELGADO, 2006, p. 439.

5 Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços. Art. 9º - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço. Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra. Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei. Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário. Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional. Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei. Art. 18 - É vedado à empresa do trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em Lei. N.d.T. Art. 2º - Trabajo temporal es el que es realizado por una persona física a una empresa, para que atienda a la necesidad transitoria de reemplazamiento de su personal regular o permanente o al aumento extraordinario de servicios. Art. 9º - El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora de servicio o cliente debe ser obligatoriamente por escrito y en él debe constar expresamente la razón que justifica la demanda de trabajo temporal, así como el modo de pago por la prestación del servicio. Art. 10 - El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora del servicio o cliente, para un mismo empleado, no podrá exceder a tres meses, a menos que reciba permiso de la oficina local del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las instrucciones pasadas por el Departamento Nacional de Mano de Obra. Art. 11 - El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y cada uno de los trabajadores a disposición de una empresa tomadora del servicio o cliente será se hará obligatoriamente por escrito y debe contener expresadamente los derechos que les confiere la Ley. Párrafo único. Será nula de pleno derecho cualquier disposición de reserva, prohibiendo la con-

reglamentada en el orden jurídico brasileño, salvo en dos hipótesis específicas sobre las cuales hablaremos en el siguiente tema. En Uruguay, hay ley que trata específicamente de la posibilidad de subcontratación o tercerización. Las consecuencias de este “fenómeno social” se sienten de manera similar en ambos países y, asimismo, en prácticamente todo el mundo occidental.

El presente estudio comparado que se presenta es el resultado de una recopilación de las decisiones adoptadas en conjunto por los jueces gauchos y uruguayos, con el fin de ver como el Estado-Juez se enfrenta a la materia. Los temas que se tratan se refieren a la licitud de la entrada de mano de obra a través de empresa interpuesta, a responsabilidad de empleadora, y su extensión, en las hipótesis de acciones laborales propuestas por empleadores cuya fuerza de trabajo revirtió en favor de dos o más empresas.

Las decisiones nos permiten, sin embargo, una reflexión más profunda acerca de la necesidad de superar o enfrentar esa supuesta ‘realidad inexorable’, con el objetivo de rescatar el concepto de relación de trabajo que justifica y caracteriza el modelo capitalista de producción.

Primeramente se tratará de manera breve las legislaciones brasileña y uruguaya sobre el asunto, y luego, en la segunda parte de este estudio, se analizarán algunas jurisprudencias que revelan cómo la materia es tratada en la práctica.

⁶¹1. La tercerización o sSubcontratación en la legislación brasileña y

tratación del trabajador por la empresa tomadora del servicio o cliente al final del plazo en el que se haya colocado a su disposición por la empresa de trabajo temporal. Art. 12 – A los trabajadores temporales se les garantizan los siguientes derechos: a) Compensación equivalente a la percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente, calculados en base horaria, garantizado, en todo caso, la percepción de sueldo mínimo regional. Art. 16 - En el caso de quiebra de la empresa de trabajo temporal, la empresa tomadora o cliente es solidariamente responsable por el pago de los aportes a la seguridad social, en relación con el tiempo que el trabajador estuvo bajo sus órdenes, así como con lo que se refiere al mismo periodo, por la remuneración e indemnización prevista por la Ley. Art. 18 - Está prohibido a la empresa de trabajo temporal cobrarle cualquier valor al trabajador, incluso como mediación. Sólo se pueden hacer los descuentos previstos en la Ley.

6 Art. 1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei. § 2º O Poder Executivo estabelecerá, considerando a reduzida circulação financeira, requisitos próprios de segurança para as cooperativas singulares de crédito e suas dependências que contemplem, entre outros, os seguintes procedimentos: III – dispensa de contratação de vigilantes, caso isso inviabilize economicamente a existência do estabelecimento. Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança

La tercerización o subcontratación no está reglamentada en Brasil, sino por pocas leyes que abordan la posibilidad de una relación de trabajo “interpuesta” por empresas de servicio temporales (Ley 6.019/74)⁷ o de una relación de vigilancia, en la que la empresa de vigilancia hace que los trabajadores realicen sus tareas de protección al patrimonio en la sede de sus clientes (Ley 7102/83)⁸.

La Constitución brasileña de 1988 garantiza, en su artículo séptimo, el derecho de los trabajadores a la relación de trabajo (sección I), sin referencia alguna a la posibilidad de intervención de terceros en esta relación⁹. La CLT

de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

N.d.T. Art.1º Queda prohibido el funcionamiento de cualquier institución financiera donde haya custodia o manejo de valores o movimiento de numerario, que no tenga sistema de seguridad con un parecer favorable a su aprobación, elaborado por el Ministerio de Justicia, en conformidad con esta Ley. § 2º El Poder Ejecutivo, teniendo en cuenta la limitada circulación financiera, establecerá requisitos propios de seguridad para las cooperativas singulares de crédito u sus dependencias que contemplen, entre otros, los siguientes procedimientos:

7 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. N.d.T. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tienen por objetivo la mejoría de su condición social: I – relación de empleo protegida contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria la que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos.

8 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Párrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

N.d.T. Art. 2º - Se considerada la empresa empleadora, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, remunera y dirige la prestación de un servicio personal. Son equiparadas al empleador, para fines exclusivos de la relación de trabajo, los profesionales liberales, las instituciones sin fines de lucro, que admiten trabajadores como empleados. § 2º - Siempre que una o más empresas estén bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, estarán para fines de empleo, solidariamente responsables a la empresa principal y a cada una de las subordinadas, aunque cada una de las empresas posea personalidad jurídica propia. Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que brinde servicios que no sean eventuales al empleador, bajo la dependencia de éste a través de sueldo. Párrafo único – No se hará distinción con relación al tipo de empleo y la condición del trabajador, tampoco entre el trabajo intelectual, técnico y manual.

9 Art. 455 da CLT - Nos contratos de subemprego responderá o subempregado pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de

opta por definir las figuras del empleado y del empleador en lugar de contener una definición de lo que constituye la relación de empleo¹⁰. Aclara, sin embargo, que se trata de un vínculo entre dos personas (no tres). Siquiera se necesitaría decirlo, puesto que deriva de la dinámica de la explotación capitalista del trabajo humano, que la producción de mercancías o la prestación de servicios sea realizada por los seres humanos cuya mano de obra se usa con el fin de hacer viable el emprendimiento. Por lo tanto, aquél que *emplea* mano de obra humana será necesariamente el *empleador* y, por ello, responsable directo de la satisfacción y del respeto de los derechos fundamentales de ese individuo.

Pese a eso, la tercerización es ampliamente practicada en Brasil, con el sello del Poder Judiciario, que editó en 1986 la Súmula 256, cuyo contenido era: “Salvo en los casos de trabajo temporal y el servicio de vigilancia, previstos en las Leyes ns. 6.018, de 3 de enero de 1974, y 7.102, de 20 de junio de 1983, es ilegal contratar a trabajadores por empresa interpuesta, haciendo el vínculo laboral directamente con quien toma el servicio”.

La entrada, sin embargo, fue cancelada en 2003, tras la Constitución de 1988, y sustituida por la Súmula 331 del TST, cuya redacción actual es la siguiente:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LEGALIDAD (nueva redacción del ítem IV e insertados los ítems V y VI a la redacción) - Res. 174/2011, DEJT divulgado en 27, 30 y 31.05.2011

I – La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, pues se establece el vínculo directamente con quien contrata el servicio, salvo cuando el trabajo es temporario (Ley nº 6.019, de 03.01.1974).

reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empregador principal fica ressaltada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregador e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

N.d.T Art. 455 de la CLT - En los contratos de subcontrata el subcontratista será el responsable por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo celebrado, dejando, sin embargo, los trabajadores, el derecho a reclamar contra el contratista principal por incumplimiento de las obligaciones por parte del primero. Párrafo único - El contratista principal queda resguardado, en conformidad con la ley civil, la acción regresiva contra el subcontratista y la retención de importes que se deban a éste, con el objetivo de garantizar las obligaciones previstas en el presente artículo.

10 DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. São Paulo: LTr, 2010.

II – La contratación de trabajadores en situación irregular, a través de empresa interpuesta, no genera relación laboral con los órganos de la Administración Pública directa, indirecta o fundacional. (art. 37, II, de la CF/1988).

III – No entablan una relación de trabajo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia de (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de mantenimiento de limpieza, así como servicios especializados relacionados a la actividad complementaria de la entidad tomadora, siempre que no sea un empleado y que tampoco haya subordinación directa.

IV – El incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria de la entidad contratante de los servicios en lo que se refiere a dichas obligaciones, siempre que haya participado de la relación procesal y que conste aun del título ejecutivo judicial.

V – Los miembros de la Administración Pública directa e indirecta responden subsidiariamente, en las mismas condiciones del ítem IV, si se demuestra su conducta negligente en el cumplimiento de las obligaciones de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993, sobre todo en el cuidado del cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de la prestadora de servicio como empleadora. Dicha responsabilidad no surge de mera omisión de las obligaciones laborales contraídas por la empresa regularmente contratada.

VI – La responsabilidad subsidiaria del tomador de servicios cubre todos los importes derivados de la condenación que se refiere al periodo de la prestación laboral.

No es difícil percibir el empeoramiento de la crisis de las instituciones que se ha establecido hoy en Brasil, ya que la súmula 331 establece la real norma que busca disciplinar temas que no están regulados por el legislador. El poder Judicial, por lo tanto, traspasando sus funciones, publicó reglas que permiten la tercerización o subcontratación en actividades de limpieza o “actividades complementarias”, creando conceptos que no se consolidan en la jurisprudencia y tampoco en la norma prescrita por la ley. Esta actitud proactiva (en el sentido abiertamente negativo, ya que la tercerización constituye una forma clara de precarizar/flexibilizar las relaciones laborales) usada por el Poder Judicial del

Trabajo revela la magnitud del problema que decidimos tratar.

En Brasil, por lo tanto, la tercerización es, por regla general, ilegal, estando legalmente permitida sólo en los casos citados. Sin embargo, en la práctica laboral ha sido ampliamente practicada, con el sello del Poder Judicial, que “regula” la materia a través de Súmula que, como luego podremos observar, en última instancia, es la base de las decisiones sobre la materia.

Es importante subrayar, que la inexistencia de previsión expresa de la posibilidad de tercerización no impide la declaración de la responsabilidad de la tomadora de los servicios, ya sea cuando la intermediación de la mano de obra es considerada ilícita, o cuando es tolerada como práctica regular por la Justicia Laboral en Brasil.

La responsabilidad de la entidad tomadora de servicios por los créditos laborales, debe ser basada en la ley civil, precisamente por la ausencia de legislación propia. En la Consolidación de las Leyes de Trabajo hay sólo reglas que se pueden invocar por analogía, tal como la que establece solidaridad en las relaciones entre trabajador, pequeños contratistas y subcontratistas¹¹.

En el Código Civil, a su vez, se encuentran las reglas generales sobre la responsabilidad, cuya aplicación es totalmente compatible con los principios que instruyen el Derecho del Trabajo. El artículo 927 del Código Civil en la regla general acerca de la teoría de la responsabilidad en las relaciones privadas en Brasil, afirma que “el que, por acto ilícito, agravio, cause daño a otros, está obligado a repararlo.” El párrafo único de este dispositivo añade que “existe la obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos previstos por la ley, o cuando la actividad desarrollada habitualmente por el autor del daño implica, por su propia naturaleza, el riesgo a los derechos de los demás

Esto es lo que la doctrina llama teoría de riesgo en la que la responsabilidad se identifica no por razón de culpa o fraude, sino por razón de la simple asunción del riesgo de resultado dañoso. En la parte general del mismo Código civil, el artículo 187 dice que responde por el daño quien ejerce sus derechos “excediendo claramente los límites impuestos por su fin ya sea económico, o social”.

Este es otro dispositivo de gran valor para el Derecho del Trabajo, puesto que fija la responsabilidad más allá de la culpa, por el simple hecho de superar el fin social que, en el caso de la empresa, es precisamente el propósito de “ofertar

11 BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008, e . Sociedade individualizada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010

empleo”.

Debemos considerar asimismo, en el Derecho brasileño; el artículo 932 del Código Civil, según el cual también son responsables por la reparación civil: “III – El empleador o contratante, por sus empleados, sirvientes, y representantes/apoderados, en la realización del trabajo que les compete, o por su causa. El tomador de servicios es aquí calificado como comitente, en el caso en el cual se reconozca la legalidad de la subcontratación.

Por último, el artículo 942, también del Código Civil, establece que los bienes de la persona responsable del agravio o violación del derecho” están sujetos a reparar el daño causado, y si la ofensa tiene más de un autor, cada uno será solidariamente responsable por la reparación”. Y dice claramente, en su párrafo único, que “son solidariamente responsables con los autores los coautores y las personas mencionadas en el art. 932”.

En Brasil, por lo tanto, la responsabilidad de la tomadora de servicios por los créditos del trabajador es solidaria. La responsabilidad subsidiaria no existe como instituto propio. Es mera creación de la Súmula 331 del TST, que como orientación jurisprudencial, no puede legislar o sobresalir sobre el comando legal vigente. En realidad, la única hipótesis de subsidiariedad, llamado ‘beneficio de orden’ prevista en el ordenamiento jurídico brasileño, afecta sólo a la figura del garante y del socio (ambos legitimados como responsables solidarios, en la forma de la ley civil).

La disposición legal es que “el garante, cuando embargado, podrá nombrar a embargo bienes libres y desembargados del deudor” (art. 595 del Código de Procedimiento Civil). En cuanto al socio, el Código de Procedimiento Civil también establece que “los bienes particulares de los socios no responden por las deudas de la sociedad salvo en los casos estipulados por la ley; el socio, demandado por el pago de la deuda, tiene derecho a exigir que sean primero embargados los bienes de la sociedad”(Art. 596). El mismo artículo dice que “cumple al socio, alegar el beneficio de este artículo, nombrar bienes de la sociedad, sitios en el mismo distrito, libres y desembargados, que sean suficientes para pagar la deuda”.

Esta es la base jurídica sobre la que debe basarse la súmula llamada de responsabilidad “subsidiaria” y que, en la práctica forense se está aplicando como un nuevo instituto, como si las orientaciones jurisprudenciales tuvieran legitimidad para crear institutos jurídicos. Se puede percibir, no obstante, que

esa interpretación extensiva del dispositivo civilista, en la contramano del principio basilar de la protección, implica en la subversión injustificable de las normas laborales, cuyas consecuencias sociales (algunas de las cuales están bien retratadas en las decisiones colacionadas) se pueden sentir en Brasil.

El ordenamiento jurídico brasileño, al tratar de la responsabilidad solidaria, con o sin beneficio de orden, da al acreedor la posibilidad de elegir hacia quien dirigirá su reclamación. Al tratar del litisconsorcio, el Código de Proceso Civil brasileño dice que solo hay litisconsorcio necesario cuando “por disposición de ley o por la naturaleza de la relación jurídica, el juez tiene que decidir para hacer frente de manera uniforme para todas las partes”, (Ar.47). No es esa la hipótesis de la acción laboral que trabaja con las relaciones laborales de subcontratación. La sentencia no será necesariamente igual para la prestadora y para la tomadora. Por lo tanto, se trata de hipótesis de litisconsorcio facultativo. Eso se aclara más cuando dicho Código pone, en el artículo 77, que es admisible el llamado proceso de tercero, de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor exija de uno o de algunos de ellos, parcial o totalmente, la deuda común (inciso III). La posibilidad (y no la obligatoriedad) de llamar a las actas indica claramente que se trata de hipótesis de litisconsorcio facultativo.

Eso resulta de la disposición legal contenida en el Código Civil, según la cual “el acreedor tiene el derecho de exigir y recibir de uno o de algunos deudores, parcial o totalmente, la deuda común; si el pago haya sido parcial, todos los otros deudores siguen obligados solidariamente por el resto” (Art.275). El párrafo único de ese mismo dispositivo dice que “no importará renuncia de la solidaridad a interposición de la acción por el acreedor contra uno o algunos deudores”.

Aun así, la Súmula 331 del TST exige la presencia de la tomadora en el polo pasivo de la acción laboral, como condición para que se declare su responsabilidad. Lo hace, por lo tanto, nuevamente subvirtiendo la legislación vigente a favor de la tomadora, en actitud incompatible con la protección que justifica y orienta el Derecho del Trabajo.

La jurisprudencia, se verá en el siguiente apartado, salvo raras y honorables excepciones, rinde homenaje al entendimiento sumulado, ignorando las disposiciones legales acerca de la materia, hecho que acarrea manifiesto perjuicio al trabajador.

Importante tener en cuenta también el uso por la jurisprudencia mayoritaria de la regla contenida en la Ley 6019 (Ley de trabajo temporal), por analogía, a todas las relaciones en la que la tercerización lícita es reconocida. El artículo

12 de la presente ley otorga a los trabajadores temporales el derecho a “igual remuneración percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente calculada en una base horaria, garantizada, en cualquier hipótesis, la percepción del salario mínimo regional.” Esta paridad salarial se extiende a todos los trabajadores contratados, incluido en el entendido cristalizado en la Orientación Jurisprudencial n. 383, SD11 del TST, que dice:

TERCERIZACIÓN. EMPLEADOS DE LA EMPRESA PROVEDORA DE SERVICIOS Y DE LA TOMADORA. ISONOMÍA. ART. 12, “A”, DE LA LEY N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado en 19, 20 y 22.04.2010). La contratación irregular del trabajador, a través de empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con ente de la Administración Pública, sin embargo, no excluye, por el principio de la isonomía, el derecho de los empleados subcontratados a los mismos presupuestos laborales legales y normativas aseguradas a aquellos contratados por el tomador de los servicios, siempre que presente la igualdad de funciones. Aplicación análoga del art. 12, “a”, de la Ley n.º 6.019, de 03.01.1974.

Esa orientación, aunque protectora al trabajador, nada resuelve acerca de la verdadera discriminación que identificamos en una relación laboral intermediada. Sueldo igual no significa idéntica condición de trabajo, ni siquiera la aplicación de idénticas normas colectivas.

En este sentido, si bien no es posible profundizar en el tema, a causa del objetivo de este artículo, vale poner de relieve la existencia de numerosos estudios que revelan que la subcontratación está causando lo que el autor francés Christophe Dejours llama “banalización de la injusticia social”¹² y a lo que Baumann identifica como la invisibilidad de los seres humanos sometidos a la subcontratación¹³. Mucho más que salarios diferentes, estos trabajadores

12 Artículo 1º.- 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.

13 Artículo 4º. (Información sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social).- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores. A esos efectos, queda facultado a exigir a la empresa contratada la exhibición

reciben un trato diferente. No acuden al mismo comedor, ni usan el mismo uniforme. No son reconocidos como compañeros de trabajo, ni como empleados. Son invisibles en sus ambientes de trabajo. La tomadora, prefiere no saber sus nombres, para evitar cualquier tipo de relación, ni siquiera el vínculo humano más elemental de solidaridad y de reconocimiento mutuo.

A diferencia de lo que ocurre en Brasil, Uruguay optó por regular la subcontratación, editando en un primer momento, en 2007, la Ley 18.099¹⁴, modificada posteriormente por la Ley 18251 de 2008. Esta última ha establecido que la empresa tiene el deber de supervisar para solicitar informaciones a la proveedora acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social¹⁵.

La ley conceptúa las figuras que participan de una relación “tercerizada”, estableciendo en su artículo 1º que:

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 accesorio (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

de los siguientes documentos: A) Declaración nominada de historia laboral (artículo 87 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995) y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional. B) Certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda (artículo 663 de la Ley Nº 16.170, de 28 de diciembre de 1990). C) Constancia del Banco de Seguros del Estado que acredite la existencia del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. D) Planilla de control de trabajo, recibos de haberes salariales y, en su caso, convenio colectivo aplicable. Asimismo, podrá requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

14 Artículo 6º. (Responsabilidad del patrono o empresa principal). Cuando el patrono o la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4º de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7º de la presente ley. Cuando no ejerza dicha facultad será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones.

15 En este sentido, ver: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008; y SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008 .

Establece, aún, que el intermediario es el empresario que “contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal”. Por fin define como empresa “suministradora de mano de obra” la que suministra “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 nueva ley, que parece ser más protectora, ya que requiere una fiscalización por parte de la parte tomadora, de hecho inaugura – en la línea de entendimiento jurisprudencial dominante en Brasil – la posibilidad de la responsabilidad “subsidiaria” de la tomadora, siempre que se pruebe la efectiva fiscalización¹⁶.

Por lo tanto, existe una clara diferencia en el enfoque adoptado por Uruguay en relación a Brasil. Allí, la técnica de la tercerización, con consecuencias perjudiciales para todo el contenido que informa la relación de empleo (central al Derecho del trabajo), fue disciplinada. En ese caso, hay la ventaja del reconocimiento de responsabilidad, incluso solidaria, de la tomadora, por ley propia, así como la asignación específica de carga de la prueba en los casos de demanda laboral. Por otro lado, no hay duda de que la positivación del fenómeno implica la renuncia a la lucha contra lo que todavía se entabla en el ámbito del derecho del trabajo en Brasil.

Es una forma completamente diferente de abordar el *problema* de la precarización de las relaciones laborales a través de la subcontratación, que en Europa se llamó de flexiseguridad¹⁷. La idea de flexibilizar garantizando un cierto nivel de seguridad a los trabajadores (que Souto Maior llama “mal menor”¹⁸) surgió en Europa, y en algunos aspectos es representado en el “Libro Verde sobre las relaciones de trabajo de la Unión Europea”, cuyo propósito es fortalecer

16 SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011

17 Nesse sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA N° 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA N° 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia N° 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez. N.d.T. En ese sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA N° 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA N° 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia N° 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez.

18 CASTELLO, Alejandro. Alcance de la Responsabilidad Laboral en caso de Subcontratación. Derecho Laboral. Tomo LV. N° 247. jul./sept. 2012.

la competitividad económica y está basado en lo que se llama el Consenso de Washington, también seguido por América Latina.

Presentado el panorama legal acerca del asunto, ahora pasaremos al examen de la jurisprudencia del mismo.

¹⁹2. La tercerización en la jurisprudencia

La primera observación que se hizo tras el examen de jurisprudencias uruguaya y brasileña sobre la tercerización, es en el sentido de que en ambos países, las tomadoras de servicio ofrecen defensa negando cualquier responsabilidad. Alegan ilegitimidad pasiva y quieren que su exclusión del hecho²⁰. La tercerización, por lo tanto, disciplinada o no en normativo legal, sigue teniendo, en la realidad social, su eficacia reconocida sólo para efectos legales. En otras palabras, para emprender la empresa fácilmente opta por la transferencia de mano de obra a terceros. Sin embargo, cuando es demandada, no acepta la responsabilidad por el riesgo que tomó al hacerlo.

En ambos países, acaba siendo del Juez del Trabajo la tarea de declarar la responsabilidad y el pago de créditos. En este sentido, la legitimidad del “fenómeno” por la edición de la ley que lo reglamenta no parece haber tenido el efecto de generar una responsabilidad social. Es en el ámbito procesual y, por lo tanto, sólo con la intervención del Estado-Juez, que la tomadora responde.

Y la jurisprudencia ha respondido a esa misión, reconociendo la obligación de la tomadora de responder por los créditos laborales, siempre que se reconozca a la empleadora formal como insolvente.

En Uruguay, las jurisprudencias analizadas revelan discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad de la tomadora y su inclusión como responsable, a partir de la lista de actividades sujetas a la tercerización, enumeradas en la Ley.

El argumento es interesante, porque entender como tajante la lista legal para las actividades que pueden ser tercerizadas, debería tener el efecto de declarar el fraude en la intermediación de mano de obra en relación con otras tareas. Ahora bien, en el proceso en estudio, el objetivo de la empresa era eximirse de cualquier responsabilidad. En la sentencia final n. 527/2011, de redactada por el Ministro Redactor Dr. Julio Alfredo Posada Xavier, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, fechada en 16 de noviembre de

¹⁹ Art. 595 y 596 del CPC, ya citados en este artículo.

2011, subraya que la lista legal no es é tajante, incluyendo todas las actividades pasibles de que fueran tercerizadas, aunque no estén en el dispositivo legal.

Se trata de discusión entablada también en ámbito doctrinal.. En un reciente artículo publicado en Derecho del Trabajo, número 247, Alejandro Castillo, Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, se refiere a la interpretación de la ley de forma estricta, con el fin de permitir la exploración de la fuerza laboral sin responsabilidad. □

Señala que la Ley 18.251, ya en su exposición de motivos aclara la intención de definir su ámbito de aplicación a las relaciones contractuales que originan las relaciones de trabajo triangulares, en forma de Recomendación n.198 de la OIT. Esta Recomendación establece que debe ser objetivo de los países miembros:

Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el uso de otras formas de acuerdos contractuales que oculten la verdadera situación legal, teniendo en cuenta que una relación de trabajo encubierta ocurre cuando un empleador considera a un individuo diferente de cómo trataría a un empleado con el fin de ocultar la verdadera situación jurídica de él o ella como un empleado, y estas situaciones pueden surgir cuando los acuerdos contractuales tienen el efecto de privar a los trabajadores de su debida protección

El autor pasa a mencionar, sin embargo, que, en su opinión, la lista de actividades contempladas en la ley es inflexible y dice que la transferencia de las actividades de “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia.” El problema con esta interpretación es la conclusión, expresada por el autor, de que en las otras actividades, al no hablarse en subcontratación, tampoco hay la responsabilidad de la tomadora de los servicios. La Recomendación n. 198 de la OIT, sin embargo, es marcada la tendencia a mejorar las posibilidades de reconocimiento de enlace directo, lo que restringe la posibilidad de la transferencia de mano de obra, pero no el alcance de la responsabilidad de quienes se benefician de ella.

La jurisprudencia examinada, además de superar esa mirada restrictiva, firma una premisa importante para establecer la naturaleza de la responsabilidad (solidaria o subsidiaria) de la empresa tomadora. Refiere que la fiscalización

exigida por la ley específica debe ser efectivamente demostrada por la tomadora. No es suficiente, por lo tanto, haberle solicitado los documentos. La empresa tomadora de los servicios debe demostrar que efectivamente los ha obtenido y analizado con el fin de evitar daños a los trabajadores. Se transcribe la parte de la sentencia final donde se expone esa conclusión:

Sin dejar de reconocer que el punto es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma....Así, a vía de ejemplo, dicha circunstancia surgirá debidamente probada en los casos en que se haya intimado al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra a regularizar su situación, o se haya rescindido tempestivamente el contrato civil o comercial a causa del incumplimiento.

Del mismo modo, la sentencia final n.30, de 18 de abril de 2012, afirma que el tomador “será responsable subsidiario si ejerce su derecho a ser informado por parte del subcontratista sobre el monto y cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como la protección de contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art. 4 de la Ley N° 18251). En caso contrario, es decir, si no ejerce este derecho a ser informado, su responsabilidad será solidaria”. No basta, por lo tanto, alegar que haya solicitado documentos, se hace necesario verificar que haya ocurrido la efectiva fiscalización por la empresa tomadora, para que haya reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria.

Es importante destacar que esta “naturaleza” diversa no subsiste

en el derecho brasileño, donde no hay ley disciplinando expresamente la subcontratación, ni por lo tanto, la responsabilidad del tomador. La Súmula 331 del TST, al referirse a la responsabilidad subsidiaria, se apropia de un término teórico relativo a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, que están destinados a los socios y fiadores².

En la sentencia N ° 30, del 18 de abril de 2012, labrada por la Dra. Ana Gabriela Rivas, Juez Letrado, se enfrentan otras discusiones interesantes sobre la tercerización. Hay una referencia al debate jurisprudencial sobre la definición de lo que sería, para los efectos legales, la subcontratación laboral. Se entendía que la subcontratación sólo se caracterizaría cuando hubiera contrato comercial principal y un acuerdo complementario y también hubo un entendimiento de que cualquier forma de actividad contratada se podría caracterizar como un subcontrato con fines laborales. La sentencia cita, en este sentido, la doctrina de Rosenbaum y Castello (Subcontratación e intermediación, p. 141 y ss).

Con la promulgación de la Ley N ° 18251 la discusión carece de sentido, ya que el texto dice claramente que:

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". (art. 1º, A)

De acuerdo con esta concepción, señala la sentencia, la subcontratación existe aun cuando "hay un único contrato, de naturaleza comercial o civil, entre la empresa y el subcontratista y luego un contrato de trabajo entre el subcontratista y el trabajador". Siendo innecesaria la formalización de una subcontratación en la forma de la ley civil. La decisión pone de relieve que para efecto de responsabilidad laboral efecto, "el concepto de esporádico no es idéntico al concepto de "ocasional", siguiendo doctrina de Barbagelata, añade que "puede interpretarse que tareas ocasionales son aquellas de carácter excepcional, provisional o anormal, con relación al giro regular de la empresa y destaca la corta duración de las mismas (citado por Garmendia y Gauthier, en Tercerizaciones, p.

100)”. Tareas realizadas esporádicamente, por lo tanto, aún constituyen tareas subcontratadas que atraen la responsabilidad de tomadora de servicios.

La jurisprudencia brasileña debatida, también presenta elementos interesantes. En el proceso 0032800-13.2008.5.04.0601, reconoce la ilicitud de la subcontratación. Aunque admita la observancia de la sùmula 331 del TST, el Ponente observa que el traslado de actividad principal afrenta las disposiciones del Derecho del Trabajo en Brasil. La enmienda está así redactada:

CONDICIÓN DE BANCARIO. Hipótesis en la que se trata, inequívocamente, de subcontratación de mano de obra irregular, repudiada por el orden jurídico. La irregularidad de la contratación, en dicho caso, emerge de su finalidad de suplir la necesidad de mano de obra para la atención a la actividad principal de la empresa tomadora. Delimitación por las actividades efectivamente ejercidas. Apelación concedida.

El Ponente Alexandre Correa da Cruz destaca que se trata de típica hipótesis de configuración de subordinación objetiva, suficiente para caracterizar la existencia de la relación jurídica de empleo directa con la presunta empresa tomadora. Observa con perfección que según la doctrina autorizada Ribeiro de Vilhena, “las premisas básicas del concepto de subordinación objetiva o funcional” son:

(A) el trabajo no está separado de la persona del prestador, pero hay, sin embargo, relación de inmediatez con el trabajo y no el prestador de servicios, (b) la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado está justificada exclusivamente debido al mantenimiento de la actividad del empleado en nombre de la empresa, (c) el límite de ejercicio del poder de la dirección y la adecuación de la actividad de prestador a la actividad de la empresa, (d) el trabajo del empleado se ejerce a través de los actos autónomos, aunque, en su conjunto, son guiados por el empleador, (e) lo que se integra en la empresa es la actividad del empleado y no su persona, (f) la actividad del empleado es indispensable a la empresa, ocurriendo su mutuo acoplamiento, en razón de las expectativas recíprocas anteriores de las partes, (g) la inserción se produce a partir de una actividad a otra y no de persona en persona

Por lo tanto, cuando la actividad se invierte a favor de un desarrollo que no le pertenece y no se queda con los frutos de su trabajo, ni asume el riesgo de la ganancia o pérdida neta por el riesgo del negocio, se trata simplemente explotación de fuerza laboral por el capital, siguiendo el modelo del capitalismo clásico y en la forma de los artículos 2º y 3º del Código del Trabajo. El ponente subraya el hecho de que la teoría de la subordinación objetiva propone, en realidad, una nueva concepción de la subordinación, preocupada en incluir en la protección regulatoria” del Derecho del Trabajo a los trabajadores que estén incluidos en el ámbito de repercusión de las deliberaciones de la empresa, es decir, tiene la intención de integrar a los trabajadores sin protección por el sistema de acumulación flexible”.

En otra decisión proferida en el proceso n. 00650-2009-373-04-00-4, por el Juez del Trabajo Almiro Eduardo de Almeida, también se reconoce la irregularidad de la tercerización, que se evidencia como una estrategia empresarial para enmascarar la existencia de una relación de trabajo, evitando así el pago de los derechos laborales que derivan de ellos. Se trata de la transferencia de tareas necesarias para la fabricación de calzado para los talleres a menudo contratados para trabajar en exclusiva para dos o tres empresas, de las cuales depende económicamente. Estos talleres, en la práctica, se caracterizan como líneas de producción de las fábricas de calzado.

La decisión establece que “todo el mundo sabe que la producción de calzados depende casi exclusivamente del trabajo manual. Es prácticamente imposible producir un par de zapatos sin el uso de un gran número de trabajadores. Y plantea la siguiente pregunta: ¿cómo podría la segunda reclamada producir un gran número de productos a un bajo costo? La respuesta encontrada por la segunda demandada parece evidente, y está muy por delante de nosotros en este mismo proceso.” La respuesta es la transferencia de fuerza de trabajo bajo forma de tercerización.

Y la sentencia continúa, exponiendo de manera brillante la realidad que es de conocimiento público en la región fabricante de calzados del sur del país, pero que la ‘técnica empresarial’ de la tercerización maquila, con la benevolencia de la jurisprudencia mayoritaria:

La precarización de las relaciones laborales generada por la “tercerización” en el sector del calzado es tan grande que es difícil

saber exactamente quien trabajó para quien. Débora trabajó para Marizete y Juan, que también trabajó para Marizete y luego trabajó por su cuenta y cuya hija trabaja en su favor.

Caminando por ciertas calles se puede ver toda una “línea de producción montada en los garajes sin ninguna estructura. (...)

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que la relación mantenida entre las reclamadas tuvo por objetivo, por lo tanto, enmascarar la real relación de trabajo existente, estableciendo fraude de los derechos laborales, razón por la cual las reclamadas deben responder de forma solidaria por los créditos debidos a la reclamante.

Hay, por último, otra sentencia de labra del mismo magistrado, en la que los fundamentos jurídicos positivados para el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa tomadora de los servicios se explican con claridad, dejando en clara la necesidad de rescatar la verdadera motivación de las decisiones, más allá de la etapa en la que lamentablemente estamos en Brasil, de reducir la fundamentación a la mera cita de un entendimiento jurisprudencial consolidado.

El Juez Almiro Eduardo de Almeida dice que los fundamentos para la responsabilidad deben ser perseguidos en el Código Civil, incluso si partimos de la premisa, defendida por quienes “subcontratan”, de que entre las empresas que se benefician de la fuerza de trabajo hay una relación contractual. Alude que “de acuerdo con el artículo 932, inciso III, combinado con los artículos 933 e 942, párrafo único, todos del Código Civil, el comitente responde, independientemente de culpa, de forma solidaria con sus apoderados por los actos de estos. En el caso de la tercerización, la figura del comitente coincide con la del tomador de servicios, siendo la empresa prestadora, por él contratada considerada su apoderada.”

Y añade que:

La responsabilidad objetiva se da, por la aplicación del art. 927, párrafo único del Código Civil, puesto que al tercerizar la actividad la empresa tomadora, transfiriendo parte de su actividad para la realización por parte de otra empresa, aumenta el riesgo de que los trabajadores contratados por esta no reciban sus créditos laborales, o, en una proyección más optimista, de que tengan sus créditos

satisfechos de manera tardía, pero no sin que hubiera una ardua lucha procesual contra la ex empleadora y la tomadora de sus servicios, como suele suceder en las acciones laborales propuestas ante la Justicia especializada. No hay que olvidar, por cierto, que tanto la aplicación de la teoría del riesgo creado como mediante la aplicación de la teoría de los riesgos y beneficios, quien crea el riesgo y se aprovecha de la actividad económica debe responder por su coste. (...) Además, ante la función social del contrato, sus efectos no se limitan a las partes contratantes, creando obligaciones para con terceros (relativización del principio de los efectos interpartes de los contratos) Por lo tanto, la contratación de la empresa intermediaria en el proceso de externalización, aunque legítima, la empresa tomadora debe responder por los daños causados a los empleados de aquella, bajo pena de no quedar observado uno de los objetivos sociales del emprendimiento económico (art. 187 del Código Civil), que es la valoración del trabajo humano (art. 170 de la Constitución Federal).

Desafortunadamente, este no es el cuadro de la jurisprudencia vigente, que reconoce la mera responsabilidad subsidiaria y, como ya se ha mencionado, requiere la presencia de la tomadora en el polo pasivo de la reclamación, para que se viabilice la ejecución contra sus bienes. En este sentido:

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. TOMADOR DE MANO DE OBRA. El tomador de servicios es responsable subsidiario de cumplir con las cantidades de nómina en relación con el contrato de trabajo entre el demandante y la empresa de servicios de mantenimiento en el período en el que es el beneficiario de los servicios, en el caso de incumplimiento del deudor principal. Aplicación de la Súmula 331, IV, TST. (Sentencia 0177600-76.2009.5.04.0221)

Hay, sin embargo, decisiones para ampliar la protección de los trabajadores, ya sea, destituyendo la tercerización, por entender configurado la transferencia de actividad principal (necesario para la realización del proyecto) y la formación de un enlace directo con la prestataria, ya sea reconociendo la responsabilidad

solidaria:

TERCERIZACIÓN ILÍCITA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Hipótesis en la que las reclamadas concurren a la tercerización ilícita de servicios, razón de justificar la responsabilidad solidaria fijada en la sentencia. Inteligencia de los arts. 9º de CLT y 942, caput, de la CPC. Recurso al cual se niega su admisión. (Sentencia 0009500-44.2009.5.04.0841)

La opción brasileña en, por ahora, no legitimar el fenómeno a través de legislación propia, la existencia de mecanismos tales como los mencionados en decisión antes referida, en el ámbito civil, bien como la existencia de una jurisprudencia de resistencia, ofrecen cierta comodidad a los interpretes aplicadores que creen en el carácter constructivo del cual se debe revestir el Derecho del Trabajo.

Conclusión

Un discurso con tono de dogma insiste en intentar convencer a todos de la inevitabilidad de la flexibilización en las relaciones laborales, de la cual la tercerización quizá sea la cara más perversa. Las jurisprudencias examinadas nos señalan dos caminos diferentes, elegidos por cada uno de los países examinados.

Mientras que Uruguay, al igual que muchos otros países, optó por disciplinar la triangulación de la relación laboral con el fin de limitar de algún modo y establecer claramente la responsabilidad del tomador, Brasil adoptó (al menos hasta ahora) una senda distinta.

En Brasil, todavía hay posibilidad de resistencia al reconocimiento del fenómeno de la tercerización como algo apropiado al orden constitucional vigente. Como vimos anteriormente en este breve estudio, la Constitución brasileña garantiza a los trabajadores el derecho fundamental a la relación de trabajo, mientras que la CLT define las figuras del empleado y el empleador. Empleador es quién, obteniendo ventajas, dirige la actividad y asume la carga de la empresa. Debe tenerse en cuenta, por lo tanto, por la propia definición que figura en la CLT, como empleador todo aquel que de hecho emplee la mano de

obra del trabajador.

Las jurisprudencias examinadas revelan que la práctica sigue siendo la de negar no sólo el concepto de relación de trabajo, sino también la responsabilidad de la tomadora, aunque en esa calidad. Incluso en situaciones como la de Uruguay, donde la tercerización está legalmente aceptada y disciplinada, las empresas aún quieren su exclusión absoluta en cuanto a cualquier responsabilidad ante el contrato de trabajo.

La lógica liberal encuentra en la tercerización un excelente aliado. Emprender con la finalidad de ganancia, sin cualquier responsabilidad por los individuos que contrata quizá sea el ápice de esa idea de explotación sin límites y especialmente sin preocupación con el Otro.

Se hace hincapié en el hecho de que la reglamentación amplia del fenómeno de la tercerización no sirve para promover el efectivo cambio de las relaciones sociales, con el reconocimiento espontáneo de que las tomadoras de servicio son responsables por los créditos de los trabajadores, cuya mano de obra revierte a su favor. Esa quizá sea la lección más grande que el Derecho del Trabajo brasileño debe aprender con la realidad uruguaya.

Subrayamos, aún, la importante existencia de una jurisprudencia de resistencia a la precarización de las relaciones laborales. Tanto en Uruguay como en Brasil, se nota que el Poder Judicial laboral enfrenta el asunto con una cierta dosis de valor, buscando evitar la precarización de los logros sociales.

Sin embargo, hay todavía, un largo camino a recorrer en esta encrucijada en la que se halla el Derecho del Trabajo. Creemos que ese camino pasa por el enfrentamiento directo y sin mediaciones del fenómeno de la tercerización, reconociéndolo como una traba a la realización de un Estado que ambicione ser social e inclusivo.

Por ello, concluimos el artículo con la cita de una música brasileña que define bien lo amargo que es el gusto de la tercerización para todos aquellos que creen en el Derecho del Trabajo como instrumento de efectivación de los Estados que, a pesar de capitalistas, tienen el compromiso con la solidaridad.

Los tercerizados, subcontratados no tienen voz ni voto. Su grito es mudo, sofocado por una supuesta necesidad de desarrollo económico. Nos olvidamos de que la economía capitalista se forja en particular mediante las normas de protección de los trabajadores con el fin de imponer límites y condiciones a esa relación dinámica que el capital (fruto de la creatividad humana) establece con el

trabajo (parte de la condición humana). El discurso de flexibilización, en el que la tercerización se inserta, invierte la lógica histórica de la construcción del Estado liberal y propone un regreso sin compromisos, a la realidad del siglo XVIII.

Quizá los jueces deban romper el silencio que, especialmente en Brasil, permea las discusiones sobre la necesidad y de la conveniencia de la edición de una ley reglamentando la tercerización, y reconoce, con la experiencia de los demás países occidentales, el error histórico que representa el reconocimiento de la ruptura de la dualidad capital x trabajo y la admisión de interposición de *atravesadores* en la explotación del trabajo humano.

Cómo beber de esa bebida amarga
Tragar el dolor, soportar el trabajo
Aun callada la boca queda el pecho
Silencio en la ciudad no se escucha

(...)

Cómo es difícil despertarse callado
Si el silencio de la noche me daña
Quiero lanzar un grito inhumano
Que es la mentira de ser escuchado

(...)

Todo ese silencio me aturde
Aturdido permanezco atento
En las gradas para en cualquier momento
Ver emerger el monstruo de la laguna

(Cáliz. Chico Buarque de Holanda)

Referencias

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

CASTELLO, Alejandro. Alcance de la responsabilidad laboral en caso de subcontratación. **Derecho laboral**: revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales. Montevideo, tomo LV, n. 247, p. 521-534, jul./set. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? **Revista trabalhista direito e processo**, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2006

SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. **Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV**, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Curso de direito do trabalho**. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.