

EL FENÓMENO DE LA TERCERIZACIÓN Y LAS RESPUESTAS DEL PODER JUDICIAL

LOS CASOS DE ARGENTINA Y BRASIL

Alisson Droppa

Resumen

La tercerización es un fenómeno que se ha intensificado ampliamente en el mundo laboral latinoamericano, especialmente en Argentina y en Brasil. El Poder Judicial laboral, dentro de la realidad jurídica de cada país, ha sido una institución de gran importancia en la determinación de los límites de la legalidad de esta forma de contratación. Este artículo analiza las decisiones de los tribunales laborales de Argentina y Brasil sobre juicios que involucran a trabajadores tercerizados en diferentes sectores de la economía, centrándose en la siguiente cuestión: ¿el tribunal laboral, dentro de los parámetros legales nacionales, ha puesto “frenos” al fenómeno de la tercerización? Se estudiaron 506 decisiones del Tribunal Superior del Trabajo brasileño y 310 decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argentina, para el período 2000- 2020 y se fueron analizadas las principales diferencias y similitudes entre las decisiones de los tribunales laborales de los dos países.

Palabras clave: tercerización, tribunales laborales, legislación laboral.

Abstract

The outsourcing and the responses of the judiciary. The cases of Argentina and Brazil

Outsourcing is a phenomenon that has greatly intensified in the Latin American world of work, especially in Argentina and Brazil. In this sense, the labor power, within the institutional legal reality of each country, has been an institution of great importance in determining the limits in considering the legality or not of this form of hiring. This article analyzes the decisions of the Argentinean and Brazilian labor courts on labor decisions involving outsourced workers in different sectors of the economy, focusing on the following question: the labor courts, within the legal parameters of each country analyzed, put “brakes” on the phenomenon of outsourcing? I analyzed 506 decisions of the Brazilian Superior Labor Court and 310 decisions of the Argentine National Chamber of Labor Appeals, covering the period 2000 to 2020. It is expected with this article to analyze the main differences and similarities of the labor courts of the two countries.

Keywords: outsourcing, labor courts, social legislation.

Resumo

O fenômeno da terceirização e as respostas do poder judicial. Os casos Argentina e do Brasil

A terceirização é um fenômeno que se intensificou amplamente no mundo do trabalho latino americano, especialmente na Argentina e no Brasil. O poder judiciário trabalhista, dentro da realidade jurídica institucional de cada país, tem sido uma instituição de grande importância na determinação dos limites em considerar a legalidade ou não desta forma de contratação. Este artigo analisa as decisões dos tribunais trabalhistas argentinos e brasileiros sobre trabalhadores terceirizados,

concentrando-se na seguinte questão: os tribunais laborais dentro dos parâmetros legais de cada país colocou “freios” ao fenômeno? Foram analisadas 506 decisões do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro e 310 decisões da Câmara Nacional de Recursos Trabalhistas da Argentina, abrangendo o período 2000 a 2020. Se espera com este artigo analisar as principais diferenças e similaridades dos tribunais trabalhistas dos dois países.

Palavras-chave: terceirização, tribunais trabalhistas, legislação social.

Alisson Droppa: Doctor en Historia Social del Trabajo por la Universidad Estatal de Campinas, Brasil. Becaria posdoctoral en el Centro de Innovación de los Trabajadores (CITRA), Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo (UMET), CONICET, Argentina.

ORCID iD: 0000-0001-6568-9871

Email: alissondroppa@gmail.com

Recibido: 26/04/2023.

Aprobado: 14/06/2023.

Introducción

El fenómeno de la tercerización ha avanzado considerablemente en el mundo laboral desde los años noventa, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado (Biavaschi, Santos y Droppa, 2014). Este avance puede entenderse como una estrategia de los sectores empresariales para reducir costos, compartir riesgos y aumentar la flexibilidad de la organización del trabajo (Krein, 2007). Explicar el concepto no es tarea sencilla, como lo señalan los investigadores argentinos Victoria Basualdo y Diego Morales, y uno de los principales desafíos es definir criterios que ofrezcan elementos que lo designen en su “amplitud y complejidad” (Basualdo y Morales, 2014).¹

Estas dificultades para conceptualizar la tercerización residen en la “multiplicidad” de visiones que las diversas áreas de conocimiento tienen del fenómeno (Biavaschi y Droppa, 2011). En este sentido, José Dari Krein señala que la externalización forma parte de las nuevas expresiones de las técnicas de gestión con las siguientes características: “a) en la expansión de formas atípicas de contratación; b) la facilidad para que el empleador rompa unilateralmente la relación laboral; c) en la relación laboral encubierta o simulada” (2007, p. 111). En otras palabras, es una forma de contratación que ha adquirido nuevas expresiones en las técnicas de gestión y se ha presentado en el mundo del trabajo a través de diferentes formas, con contornos variados e incluso, a veces, de forma simulada, intensificando las desigualdades y fragmentando la organización de los trabajadores.²

La dinámica que la tercerización presenta en los mundos del trabajo pone en evidencia la importancia de observar y analizar el fenómeno en una perspectiva amplia. En este sentido, metodológicamente fueron elegidos dos países latinoamericanos, Argentina y Brasil, sometidos al fenómeno de la tercerización desde la década de 1970 y que vieron dicho fenómeno crecer exponencialmente a partir del crecimiento en las tasas de trabajadores en paro y de las ofensivas neoliberales de la década de 1990 (Druck y Basualdo, 2022). Conforme será detallado en el transcurso del artículo, se seleccionó un conjunto de decisiones del Tribunal Superior del Trabajo brasileño (TST) y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo argentina (CNAT), que poseen enfoque en el juzgado del tema de la tercerización. Las demandas judiciales que originaron las decisiones de los tribunales superiores que compusieron el presente estudio no dicen respecto a una única categoría o región de los dos países, lo que, por un lado, puede limitar la

1 Recientemente, Alejandra Esponda y Victoria Basualdo realizaron una revisión de los principales enfoques metodológicos desarrollados en los últimos años sobre el fenómeno y sus alcances en Argentina (ver Basualdo y Esponda, 2021).

2 Otros autores han llegado recientemente a conclusiones muy similares (ver, por ejemplo, Oliveira y Druck, 2021).

comparación sistemática de ambas realidades, pero, por otro lado, proporciona una visión amplia de la realidad de los juzgados que involucran este tema en el período de 2000 a 2020, y puede contribuir a la ampliación de los estudios respecto a esta temática.

Este artículo tiene por objetivo presentar los resultados de la investigación acerca de las decisiones de los tribunales laborales de Argentina y Brasil sobre diversos fenómenos del mundo del trabajo, enfatizando en la dificultad de comparar dos realidades institucionales claramente organizadas. En este sentido, el artículo se divide en tres partes. En la primera se tiene por objetivo acercar los sistemas judiciales laborales de los dos países, para permitir al lector comprender la diversidad de cada una de las realidades. La segunda parte se dedica a la estructuración de la legislación en torno al tema de la tercerización en ambos países, para luego presentar algunos resultados parciales respecto a cómo los tribunales laborales han interpretado la legislación, además del fenómeno de la tercerización. Por último, se comparten las consideraciones finales.

Justicia laboral en Argentina y Brasil

Como señala el historiador argentino Andrés Stagnaro (2012), la creación del Tribunal Laboral, tanto en Argentina como en Brasil, fue el resultado de varios factores, desde la circulación y elaboración de diagnósticos tendientes a solucionar el problema de las relaciones entre empleadores y trabajadores a las tendencias internacionales de establecimiento de un nuevo derecho, el derecho del trabajo. En este sentido, el establecimiento de la justicia laboral en cada uno de estos países tomó una ruta distinta, con similitudes y diferencias en su institucionalización.

La principal función de esta institución era juzgar las demandas de los patrones y trabajadores a la luz de la legislación social desarrollada a lo largo del tiempo, teniendo como referencia no solo el derecho civil, sino también el joven derecho laboral incorporado al orden institucional en la primera mitad del siglo pasado. De esta forma, se pretendía establecer una nueva estructura judicial, con reglas procesales distintas y con la regla fundante de la desigualdad existente entre las partes.

Las instituciones vinculadas a las nuevas leyes, creadas en la primera mitad del siglo XX, no se correspondían con ideales de intelectuales comprometidos en la lucha obrera, como el caso de las propuestas de Evaristo de Moraes, en Brasil, y de Joaquín Coca, en Argentina, que tenían como ideal una sociedad socialista. El producto final de las disputas por la instalación del aparato judicial laboral fue una “versión moderada y menos ambiciosa” y se puede decir que se caracterizó por las propias propuestas y soluciones desarrolladas por los gobiernos a lo largo del tiempo. Mejor elaborados, el Tribunal Laboral y la interpretación del derecho laboral desde su estructura-

ción, tanto en Argentina como en Brasil, se vinculan a las fuerzas sociales existentes en cada momento histórico específico (Stagnaro, 2012).³

Lo anterior es muy semejante a la concepción del Estado en la teoría relacional del poder, de Poulantzas (1990), desarrollada en la obra *Estado, poder, socialismo*. De acuerdo con el autor, el Estado es una relación. No pura y simplemente la condensación de una relación, sino una condensación material de fuerzas, es decir, la condensación material y específica de una relación de fuerzas entre clases y fracciones de clases. Como el lugar de cada clase, o el poder que detenta, está delimitado por el lugar de las otras clases, este poder no es una cualidad inmanente a ella, sino que depende y proviene de un sistema relacional de lugares materiales ocupados por agentes. El poder político de una clase y la capacidad de concretar sus intereses políticos dependen no solo de su lugar de clase en relación con otras clases, sino también de su posición estratégica en relación con ellas. La creación de las leyes laborales, los tribunales laborales y las decisiones de estos tribunales se insertan en esta lógica, como lo demostrará el análisis de los datos empíricos.

Legislación sobre tercerización en Argentina y Brasil

Los sistemas judiciales de resolución de conflictos laborales en Argentina y Brasil son bastante diferentes y, en consecuencia, los caminos que deben seguir los trabajadores para acceder al Poder Judicial también son distintos. Cuando estudiamos la legislación específica en relación con la tercerización, también asistimos a diferentes situaciones: Argentina, desde 1974, cuenta con un dispositivo legal específico sobre el tema y Brasil, en el cercano año 2017, aprobó una ley que reguló el fenómeno y hasta entonces las decisiones judiciales se basaron fundamentalmente en declaraciones acumuladas por el TST. En este sentido, se entiende que es importante realizar una breve revisión de la historia de la legislación laboral en relación con el fenómeno de la tercerización en los dos países investigados, con el fin de analizar específicamente los datos respecto a las sentencias del Tribunal de Trabajo.

Según Gianibelli y López (2014), en el caso de Argentina las normas que regulan la tercerización se encuentran actualmente previstas en los artículos 29 y 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).⁴ El artículo 29 establece que los trabajadores que sean contratados por terceros para la prestación de un determinado servicio serán considerados trabajadores directos de la empresa prestataria y que las empresas involucradas en la triangulación responderán solidariamente a todas las obligaciones relativas a la relación laboral y al régimen de seguridad social. El artículo 30 confirma la responsabilidad solida-

3 Sobre las diferencias y aproximaciones entre las instituciones en Argentina y Brasil, ver Droppa (2022).

4 La Ley Federal 20744/1976, de Argentina, dispone sobre el contrato de trabajo.

ria de las empresas de vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales consignadas en el contrato de trabajo. El artículo 29 sigue reglamentado por el Decreto 1694/2006, que establece específicamente el funcionamiento de las empresas de servicios discrecionales y establece un observatorio de buenas prácticas que prevé que:

- a) la remuneración no puede ser inferior a la de los trabajadores efectivos;
- b) el plazo de suspensión permitido se fija en 60 a 45 días naturales y 129 a 90 días alternos;
- c) la duración máxima debe ser de seis meses;
- d) la cotización a la seguridad social debe efectuarse de conformidad con la legislación aplicada por la empresa usuaria de los servicios.

Se destaca que aún hay un conjunto de proyectos de ley en trámite en el Parlamento nacional, encaminados a cambiar la regulación de la tercerización. La investigadora Andrea Del Bono (2017) realizó un resumen de los cambios legislativos en materia de tercerización en Argentina, centrándose en las distintas versiones del actual artículo 30 de la LCT y en las propuestas para regular la modalidad a través de la negociación colectiva. Según la investigadora, el tema de la tercerización fue reglamentado en la LCT en 1974, a través del artículo 32. A partir de ello, se definió que la empresa principal era el empleador real y solidariamente responsable por las obligaciones con los trabajadores contratados o subcontratados para realizar obras o prestar servicios dentro del establecimiento, considerados normales y propios de él.

Sin embargo, pasados dos años, ya durante la dictadura cívico-militar, se modificó este entendimiento para dificultar la responsabilidad de la empresa por los servicios (Del Bono, 2014). La reforma de 1976 eliminó la posibilidad de considerar a la empresa principal como el verdadero empleador y restringió la responsabilidad solidaria de la empresa principal (Ciampa, 2012). Pero ¿qué puede significar este cambio en relación con las sentencias del Tribunal Laboral?

No fue posible acceder a los procesos laborales que podrían acompañar este cambio conceptual en la legislación laboral argentina a lo largo del tiempo, pero, como destaca Del Bono (2017), después de 1976 aumentó la complejidad de determinar la responsabilidad de la empresa receptora de los servicios y de la propia práctica profesional. Además, si se observa la realidad brasileña, como se hará en detalle más adelante, cuanto mayor es el grado de responsabilidad de la empresa prestataria, más rápido es el proceso de ejecución de la sentencia del Tribunal Laboral, ya que las empresas prestatarias de los servicios, en la mayoría de los casos, cuentan con capital suficiente para realizar los pagos.

La modificación del artículo 32, que pasó a ser el artículo 30 en 1976, mantuvo inalterada la regulación de la tercerización hasta 1998, cuando se

aprobó la Ley 25.013, que, según Biavaschi y Oliveira (2017), aumentó aún más las dificultades para hacer responsable a la empresa prestataria y, en consecuencia, dificultó el establecimiento de los límites de la subcontratación. En ese sentido, Lozano y Casirachi (2013) afirman que la situación ha empeorado, debido a que la nueva legislación exime a la empresa prestataria de la responsabilidad de supervisar el cumplimiento del contrato de trabajo por parte de la tercera empresa, además de enturbiar la responsabilidad del prestatario.

La Ley 25.013/1998, aunque mantiene la responsabilidad solidaria y asegura la equivalencia entre trabajadores directos e indirectos, vinculó estas hipótesis al marco del trabajo tercerizado en actividades consideradas normales y propias de la empresa prestataria, excluyendo, en teoría, a un contingente considerable de trabajadores, lo que en la práctica terminó por no ocurrir con aquellas demandas interpuestas en el ámbito de la justicia laboral argentina, que ampliaron su interpretación de lo que sería “normal y específico”, como será demostrado más adelante.

Respecto a la regulación de la tercerización, otra diferencia importante en relación con la estructura de protección del trabajo y de los trabajadores en Argentina y en Brasil es el poder de movilización y la cultura sindical de establecer conquistas a través de convenios colectivos. Como es señalado por Del Bono (2017), varias acciones sindicales buscaron abordar el tema de la “flexibilidad laboral y la división de los trabajadores”, poniendo límites a la tercerización a través de la negociación colectiva.

De acuerdo con Del Bono (2017), se presentan cuatro ejemplos importantes: los trabajadores del Metro de Buenos Aires, la Unión de Trabajadores y Empleadores de Rosario (SOEAR), el Sindicato de Teléfonos de Buenos Aires (FOETRA) y, finalmente, la existencia de Convenciones Colectivas de Empresas que incorporaron a los trabajadores “contratistas o terceros”, como es el caso de la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarbúricos (SUPeH) con OPESSA e YPF. Dentro de los límites de este artículo, es importante resaltar la importancia de esta estrategia para mantener o ampliar los derechos de los trabajadores tercerizados, pero no fue posible acceder a ningún reclamo laboral que involucrara a trabajadores de empresas que habían participado en un contrato colectivo de trabajo con la incorporación de tales cláusulas. Este hecho puede indicar teóricamente la eficacia de estas cláusulas, la retención de demandas o, incluso, la solución de demandas en primera instancia ante el Tribunal Laboral argentino, ya que no se pudo acceder a estos documentos.

La tercerización en Brasil, como se ha mencionado, no tuvo regulación legislativa hasta 2017. Hasta entonces fue regulada por declaraciones y precedentes del TST; el primero de ellos, en 1986, fue reformado en 1993 y cambiado nuevamente en 2000 y 2011. De manera similar a la narrativa utilizada para el caso de Argentina, se analizarán cronológicamente y en breve cada uno de estos entendimientos hasta la nueva legislación vigente desde 2017.

En un artículo escrito conjuntamente con Magda Biavaschi (2011) tuvimos como objetivo analizar la trayectoria de las decisiones del TST en el tema de la tercerización. El principal argumento fue que la Ley 6.019/74, denominada Ley del Trabajo Temporal, habría abierto las puertas a la tercerización, ampliada por la Ley 7.102/83, que permitió la subcontratación en los servicios de vigilancia. Estas leyes sirvieron de parámetro para que el TST emitiera la Resolución 04/86, del 22 de septiembre de 1986, que introdujo la Disposición 256 sobre la contratación de trabajadores por empresas intermediarias, formando la relación laboral directamente con el tomador del servicio (Brasil, TST, 1986).

En 1993, este entendimiento fue revisado por el TST a través del Precedente 331, que mantuvo la ilegalidad de la contratación por empresas intermediarias, con excepción de lo previsto en la Ley de Trabajo Temporal 6.019/74, que establecía que la contratación irregular de un trabajador, a través de una empresa intermediaria, no creaba una relación laboral con los órganos de la administración pública directa, indirecta o fundacional, en los términos previstos en la Constitución. Pero fue más allá, legalizando, en parte, la tercerización en actividades intermedias siempre que no existiera la personalidad y subordinación directa, y la responsabilidad pasó de solidaria a subsidiaria en estos casos. De manera positiva, en el año 2000, ante el amplio uso de la contratación a través de empresas subcontratadas por parte del sector público, se revisó el Precedente 331, agregando la responsabilidad subsidiaria de la administración directa, autarquía, fundaciones, empresas públicas y empresas de economía mixta.

El sector empresarial no se conformó con la alternativa legal impuesta por los precedentes del TST e hizo una campaña insistente por su revocación o por la ampliación de las posibilidades de la tercerización, ejemplos que se encuentran en los ataques contra las decisiones del TST en el Supremo Tribunal Federal e incluso en los proyectos de ley enviados durante las décadas de 1990, 2000 y 2010. En ese sentido, en 2011, luego de una decisión del Supremo Tribunal que dispensaba de sus obligaciones a las entidades públicas ante el incumplimiento laboral de terceros, el presidente del TST convocó a audiencia pública para discutir la subcontratación y el contenido del Precedente 331.

Durante la audiencia, a la que asistieron diversas entidades vinculadas tanto a los trabajadores como a los empleadores, se modificó el Precedente 331 para confirmar la responsabilidad de la entidad pública en situaciones en las que no existe fiscalización de las obligaciones laborales de la empresa contratada regularmente. Ese ya era un escenario de intensificación de los conflictos sociales en Brasil y habría varios otros episodios que escaparían al alcance de este texto.

Finalmente, aún con resistencia, principalmente de los sindicatos de trabajadores, en 2017 se sancionó la Ley 13.429/2017, que en la práctica legalizó la tercerización de todas las actividades empresariales, incluidas las actividades consideradas como objeto social.

Las decisiones de los tribunales laborales de Argentina y de Brasil

En el caso de Brasil, debido a que tiene un modelo de justicia laboral vinculado al Poder Judicial federal, a través de una única estructura vertical dividida en tres instancias (Vara, Tribunal Regional y TST), es posible cuantificar la espera que tiene un trabajador para hacer valer su derecho. Los datos proporcionados por el TST muestran que un juicio laboral tarda, en promedio, 265 días en ser juzgado en primera instancia, 288 días en segunda instancia y 574 en el TST, es decir, para agotar todos los recursos que implica un juicio, el trabajador debe esperar 1127 días o alrededor de 3 años, y un período de 2 años y 9 meses, en promedio, para que se ejecute la decisión judicial.

Con relación a los temas más recurrentes en los procesos judiciales en Brasil, la tercerización ocupó el cuarto lugar durante 2021, demostrando que es una demanda “común” en los espacios judiciales (Brasil, TST, s. f.). Como se señaló anteriormente, incluso las peticiones iniciales y las sentencias tienen como parámetro legal el Precedente 331 del TST.

En el caso de Argentina, el formato de los tribunales laborales, divididos en instituciones de carácter provincial y federal, dificulta la cuantificación de las diversas acciones realizadas ante estas instituciones. En ese sentido, para viabilizar la investigación, se optó por trabajar únicamente con los procesos del Tribunal Federal del Trabajo y se seleccionaron únicamente los procesos judiciales que constituyen la construcción de la jurisprudencia de la CNAT, la cual está organizada en diez grupos juzgadores, con tres jueces cada uno.

Las diferencias en la configuración institucional constituyeron uno de los primeros problemas enfrentados en la investigación, además de la diferencia en la legislación misma, como se ha mencionado anteriormente. Esto impide una comparación sistemática de cómo la corte laboral entiende la tercerización en los dos países estudiados.

Aun así, es posible aproximarse a cada una de las realidades investigadas, teniendo siempre en cuenta las particularidades de cada uno de los sistemas judiciales, permitiendo al lector analizar dos “fotografías” en relación con cómo se trata el fenómeno de la tercerización por parte de los judiciales. La intención es ir más allá de la letra impresa en los códigos legales y demostrar la existencia de una tendencia política en las decisiones judiciales.

En este sentido, una primera mirada al aparato legal presentado anteriormente permite constatar que la legislación argentina, en comparación con el Precedente 331 del TST, era más permisiva a la tercerización, pues a pesar de “garantizar” la responsabilidad solidaria de los prestatarios (empresa), no ponía límites a esta modalidad de contratación. Afirmación que se revierte tras la aprobación de la Ley 13.429/2017 y, en especial, de la Ley 13.467, del 13 de julio de 2017, denominada Ley de Reforma Laboral, ya que ambas ampliaron la posibilidad de tercerizar a todos los sectores económicos y limitaron la rendición de cuentas del tomador del servicio.

La investigación sobre la forma en que el Tribunal Laboral de Brasil ha venido interpretando el fenómeno de la tercerización comenzó en 2007 y buscó analizar, en un primer momento, solo los procesos judiciales tramitados por la Junta de Conciliación y Juzgamiento (JCJ) de Guaíba en el Tribunal Regional Laboral de la 4.^a Región, en la JCJ de Telêmaco Borba en el Tribunal Regional Laboral de la 9.^a Región y los presentados en el Tribunal Regional Laboral de la 15.^a Región, responsables de la jurisdicción del interior de San Pablo, con sede en Campinas, de 1985 a 2000 en el sector de celulosa y papel. Posteriormente, con la aprobación del proyecto temático “Contradicciones del trabajo en el Brasil actual. Formalización, precariedad, tercerización y regulación”,⁵ se incorporaron otros sectores: petróleo, electricidad, tecnologías de la información en bancos públicos y corresponsales bancarios, además del sector papel y celulosa, y se amplió el análisis a todas las sentencias que se tramitaron desde 2000 hasta 2013, y en el caso de corresponsales bancarios hasta 2015 en el TST. Es decir, la investigación no tiene todo el universo de procesos y recursos interpuestos en torno a la cuestión de la tercerización en el Tribunal del Trabajo de Brasil, pero tiene una muestra muy significativa de esa realidad.

Dentro de los límites de este artículo, no es posible demostrar todos los cruces y análisis realizados por las investigaciones anteriores, pero estos pueden ser consultados en las publicaciones e informes disponibles en línea (Baltar, 2009).

En el presente artículo, con la intención de acercar las investigaciones, se trabajará únicamente con los datos relacionados con la responsabilidad del prestatario por parte del TST en el período que va de 2004 a 2020, ya que es el período para el que se cuenta con información para ambas realidades.

Cuadro 1. Número de decisiones judiciales de trabajo que involucran la tercerización en el TST brasileño, 2000-2020

Decisiones del Tribunal Laboral de Brasil	N.º	%
Reconoce la condición de empleador del prestador de servicios	95	18,77
Reconoce la responsabilidad conjunta y solidaria del prestatario	25	4,94
Reconoce la responsabilidad subsidiaria del prestatario	320	63,24
Excluye o exime al prestatario de responsabilidad por la subcontratación	66	13,04
Total	506	100,00

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos del TST.

5 Este proyecto fue apoyado financieramente por la Fundação de Amparo Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), proceso n.º 12/20408-1.

Al comparar los datos relacionados con la muestra de sentencias investigada en el TST con las sentencias ubicadas para el caso del Tribunal Laboral argentino, se percibe de inmediato la fuerza vinculante del Precedente 331 del referido tribunal. Más del 63% de los recursos tramitados durante el período reconocieron la responsabilidad subsidiaria de la empresa receptora de los servicios y solo un 13,04% excluyó alguna responsabilidad de esta.

Como se ha señalado en otras publicaciones (Biavaschi y Droppa, 2011), a falta de legislación específica en materia de externalización, el Precedente 331 del TST le puso límites a esta, lo que no quiere decir que la hiciera totalmente ilegal. Por lo contrario, comenzó a admitir su práctica en actividades consideradas no esenciales a la actividad de la empresa principal. Al investigar las sentencias del Tribunal Laboral argentino, la primera diferencia sustancial, como ya se describió, se refiere a la presencia de disposiciones legales sobre la materia desde 1974. Dicho esto, cuando nos fijamos especialmente en la literatura especializada en el tema, se hace evidente (Biavaschi y Oliveira, 2017; Del Bono, 2017) que esa legislación no fue una barrera suficiente para detener la expansión del fenómeno de la tercerización, especialmente en las décadas de 1990 y los años 2000.

En este sentido, se esperaba encontrar en las decisiones jurisprudenciales solo decisiones que confirmaran el entramado institucional construido a través de la legislación. En otras palabras, era esperado que el Tribunal Laboral interpretaría literalmente los artículos de la Ley 25.013/1998 y haría responsable solidariamente a la empresa prestataria solo en el caso de que el trabajo subcontratado se realizara en las actividades normales y específicas de la empresa. Y, posiblemente, estos términos “normales y específicos” deban sufrir los más variados cuestionamientos. Pero las decisiones de la justicia laboral de Argentina también expresaron resistencia al fenómeno de la tercerización, culpabilizando ampliamente a las empresas receptoras de los servicios, ampliando el concepto de “normal y específico”, como se describe en el cuadro 2.

Cuadro 2. Número de decisiones judiciales de trabajo que involucran la tercerización en la CNAT. Argentina, 2000-2020

Decisiones del Tribunal Laboral de Argentina	N.º	%
Reconoce la condición de empleador del prestador de servicios	1	0,34
Reconoce la responsabilidad conjunta y solidaria del prestatario	282	90,96
Reconoce la responsabilidad subsidiaria del prestatario	0	-
Excluye o exime al prestatario de responsabilidad por la subcontratación	27	8,70
Total	310	100

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos del CNAT.

La mayoría absoluta de las sentencias del período reconocieron el trabajo realizado por el trabajador como normal y propio del desarrollo de la actividad de la empresa receptora de los servicios y lo condenaron como responsable solidario. En la década de 2000, la institucionalidad laboral en Argentina atravesó un momento de transición, reemplazando la tendencia de la flexibilización imperante en la década del noventa por un modelo que apuntaba a proteger la estabilidad laboral (González y Palomino, 2006).

Al comparar las decisiones judiciales del TST brasileño y de la CNAT argentina, en el período de 2000 a 2020, aun con todas sus singularidades institucionales, es posible percibir la amplia responsabilización de las empresas tomadoras de servicios. En el caso argentino, la responsabilización solidaria fue dominante, lo que volvió más fácil que los trabajadores accedieran al suelo de la acción judicial, a diferencia de la realidad de los juzgados del TST, que garantizaron la preponderancia de la responsabilidad subsidiaria de la tomadora de los servicios, que en la práctica trajo dificultades a los trabajadores.

Por el otro lado, al realizar el análisis de los datos con más detalle, enfocando el tema exclusivamente en la capacidad de “reconocer la condición de empleador del prestador de servicios”, o sea, en aquellas decisiones en que se reconoció que la empresa tomadora de los servicios no era solamente responsable por los trabajadores, sino también la real empleadora, es posible percibir una mayor tendencia a ese tipo de reconocimiento del TST (18,77% de las decisiones analizadas) cuando se compara con las decisiones de la CNAT en el mismo período (0,34%). Es decir, ambas instituciones tuvieron estrategias distintas en la búsqueda de establecer límites al fenómeno de la tercerización.

Consideraciones finales

La legislación social y el sistema judicial laboral se han puesto en evidencia en los últimos años, ante el ataque a los derechos de los trabajadores principalmente mediante la expansión de formas de contratación laboral que tenían como objetivo eludir la legislación vigente en cada país, buscando principalmente reducir costos. Aun considerando las enormes diferencias en el diseño institucional de los tribunales laborales argentinos y brasileños, esta institución representó una barrera considerable al fenómeno de la tercerización, al garantizar a los trabajadores, en la mayoría de sus decisiones, el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa prestataria.

Incluso con todas las diferencias en la arquitectura institucional y en la propia legislación social, tanto Argentina cuanto Brasil poseen una tradición legislativa en relación con los derechos sociales. Específicamente, con relación al tema de la tercerización, el legislador argentino reconoció la im-

portancia de establecer un marco legal respecto del fenómeno en la primera mitad de la década de 1970; tal marco fue flexibilizado en 1976 y 1998, lo que pasó en Brasil recién en 2017.

Este artículo buscó reflexionar sobre esta realidad y ampliar las discusiones en torno de los argumentos utilizados por los jueces para sustentar las decisiones judiciales. En el caso específico del Tribunal Laboral argentino, al leer las decisiones judiciales, se evidencia un esfuerzo en reconocer las actividades realizadas por los trabajadores como normales e indispensables para el funcionamiento de la empresa receptora.

El TST brasileño, en ausencia de una legislación específica sobre el tema, intentó atribuirles alguna responsabilidad a las empresas tomadoras de los servicios, intentando en 1986 establecer, en un primer momento, la ilicitud de la tercerización, comprensión esta que fue flexibilizada en 1993, con el objetivo de responsabilizar subsidiariamente a estas empresas. En la realidad institucional de cada país es posible percibir el esfuerzo del poder judicial laboral en imponer límites o poner frenos a la tercerización.

La dinámica y la flexibilidad de la tercerización muchas veces permitieron la huida de las tentativas de responsabilización judicial, lo que se evidencia por la continuidad y el fortalecimiento del fenómeno, principalmente a lo largo de la década del noventa. Es decir, las tentativas de limitar el fenómeno por medio de la vía judicial tuvieron poco éxito en el mercado laboral de los dos países analizados, prueba de esto es la amplitud de dicho fenómeno en los últimos años.

Referencias bibliográficas

Argentina, Congreso de la Nación (1998). Ley 25.013/1998. *Boletín Oficial*, 22 de septiembre. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/53159/texact.htm>> [acceso 14/03/2022].

Argentina, Poder Ejecutivo Nacional (2006). Decreto Reglamentario 1694/2006. *Boletín Oficial*, 27 de noviembre. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1694-2006-122396/texto>> [acceso 14/03/2022].

Argentina, Poder Ejecutivo Nacional (1976). Ley de Contrato de Trabajo (texto ordenado por Decreto 390/1976). *Boletín Oficial*, 13 de mayo. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>> [acceso 14/03/2022].

Baltar, P. (2009). *La tercerización y la justicia laboral*. Campinas: CESIT - Instituto de Economía, UNICAMP.

- Basualdo, V. y A. Esponda (2021). Tercerización laboral en Argentina: aportes recientes para el debate sobre su conceptualización y medición empírica. *Caderno CRH*, 34, pp. 1-16.
- Basualdo, V. y D. Morales (orgs.) (2014). *La tercerización laboral: orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Biavasch, M. B. y M. T. Oliveira (2017). A regulamentação da terceirização em perspectiva comparada: Brasil, Argentina e Uruguai. En: M. P. Leite, C. Salas, M. B. Biavaschi y J. D. Krein. *Trabalho e regulação em perspectiva comparada*. San Carlos: Editora de la Universidad Federal de San Carlos, pp. 163-196.
- Biavaschi, M. B. y A. L. dos Santos (2014). La tercerización en el contexto de la reconfiguración del capitalismo contemporáneo: la dinámica de la construcción del Precedente 331 de TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 80(3), pp. 19-35.
- Biavaschi, M. B.; A. L. dos Santos y A. Droppa (2014). A dinâmica da regulamentação da terceirização no Brasil: as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, os projetos de lei e as decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Política e Trabalho*, 41, pp. 121-145.
- Biavaschi, M. y A. Droppa (2011). A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Mediações. Revista de Ciências Sociais*, 16(1), pp. 124-141.
- Brasil, Congreso Nacional (2017). Ley n.º 13.429. *Diario Oficial de la Unión*, 31 de marzo. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm> [acceso 25/06/2023].
- Brasil, Tribunal Superior del Trabajo (TST) (s. f.). *Assuntos mais recorrentes* [en línea]. Disponible en: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>> [acceso 12/12/2022/].
- Brasil, Tribunal Superior del Trabajo (TST) (1993). *Precedente 331* [en línea]. Disponible en: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html> [acceso 25/06/2023].
- Brasil, Tribunal Superior del Trabajo (TST) (1986a). *Resolución 04/86*. Mimeo.
- Brasil, Tribunal Superior del Trabajo (TST) (1986b). *Enunciado 256* [en línea]. Disponible en: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html> [acceso 25/06/2023].

- Ciampa, G. (2012). Apuntes para la reforma del art. 30 L.C.T. *Revista Derecho del Trabajo*, 1(1).
- Del Bono, A. (2017). A regulação da subcontratação do trabalho na Argentina: seus alcances e os debates vigentes. En: M. P. Leite, C. Salas, M. B. Biavaschi y J. D. Krein. *Trabalho e regulação em perspectiva comparada*. San Carlos: Editora de la Universidad Federal de San Carlos, pp. 197-218.
- Del Bono, A. (2014). La subcontratación laboral: Contraofensiva sindical y negociación colectiva. Reflexiones en base a la experiencia reciente. En: V. Victoria Basualdo y D. Morales (comp.). *La tercerización laboral. Orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 217-237.
- Droppa, A. (2022). *La justicia del trabajo en Argentina y en Brasil: algunas aproximaciones institucionales*. Mimeo.
- Druck, G. y V. Basualdo (2022). Terceirização e suas conexiones com os processos de reforma trabalhista e a uberização: quatro teses a partir da análise das relações de trabalho na Argentina e Brasil. En: M. B. Biavaschi y A. Droppa. *Terceirização e as reformas trabalhistas na América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, pp. 13-32.
- Gianibelli, G.; A. López y D. Morales (2014). *Política legislativa de la tercerización laboral en América Latina. Argumentos (necesidad) para su transformación* [en línea]. Memoria académica, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4668/ev.4668.pdf> [acceso 10/07/2018].
- González, C. S. y H. Palomino, H. (2006). Desenho legal e desempenho real: Argentina. En: G. Bensusán (coord.). *Instituições trabalhistas na América Latina: desenho legal e desempenho real*. Río de Janeiro: Revan, pp. 89-160.
- Krein, J. D. (2007). *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005*. Doutorado de Economia Social e do Trabalho, UNICAMP, Brasil.
- Lozano, M. P. y F. Casiraghi (2013). Tercerización, precarización y solidaridad en las relaciones laborales, *La Ley*, AR/DOC/1477/2013.
- Oliveira, I. F. de y G. Druck (2021). O debate conceitual sobre terceirização: uma abordagem interdisciplinar. *Caderno CRH*, 34, p. e021029.

Poulantzas, N. (1990). *Estado, o poder, o socialismo*. Río de Janeiro: Graal.

Stagnaro, A. (2012). *Los Tribunales del Trabajo como escenario del conflicto entre el capital y el trabajo. 1948-1960*. Tesis de Doctorado en Historia, Universidad de La Plata, Argentina.

Contribución de autoría

Este trabajo fue realizado en su totalidad por Alisson Droppa.

Disponibilidad de datos

El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Nota

Aprobado por Paola Mascheroni (editora responsable).