



ESTUDOS JURÍDICOS

2018

# LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

## LOS LÍMITES DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Manoel Carlos Toledo Filho  
(Coordenador)



ESCOLA JUDICIAL

TRT - 15ª Região

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NO  
DIREITO COMPARADO

LOS LÍMITES DE LA  
SUBCONTRATACIÓN EN EL  
DERECHO COMPARADO

Manoel Carlos Toledo Filho  
(Coordenador)

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região  
Campinas  
2018

# **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**

PRESIDENTE

Desembargador FERNANDO DA SILVA BORGES

## **Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 15ª Região**

DIRETOR

Desembargador MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO

VICE-DIRETORA

Desembargadora ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN

### **CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargadora MARIA INÊS CORRÊA DE CERQUEIRA CÉSAR TARGA  
Representante dos Desembargadores do Tribunal

Juiz FIRMINO ALVES LIMA  
Representante dos Juízes Titulares de Vara do Trabalho

Juíza CAMILA CERONI SCARABELLI  
Representante dos Juízes Substitutos

Servidor EVANDRO LUIZ MICHELON  
Representante dos Servidores (voz e assento)

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (voz e assento)

**ISBN 978-85-93326-05-9**

### **Editoração e Diagramação**

Seção de Pesquisa e  
Publicações Jurídicas

Denise Pereira Toniolo  
Elizabeth de Oliveira Rei  
Daniela Vitória Cassiano Gemim  
Natalia de Almeida dos Santos

### **Escola Judicial do TRT da 15ª Região**

Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro  
13015-927 Campinas - SP  
Telefone: (19) 3731-1683  
*e-mail:* escolajudicial@trt15.jus.br

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	4
LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR TERCERIZACIÓN DE TAREAS EN ARGENTINA: su regulación y efectos.....	11
TAMAGNO, Lucas F.	
MARCO JURÍDICO COLOMBIANO DE LA TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL.....	23
RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Luisa Fernanda	
LA TUTELA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES ANTE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	37
MONTOYA MEDINA, David	
APONTAMENTOS SOBRE CONTRATO DE TRABALHO SUBORDINADO E TERCEIRIZAÇÃO NA ITÁLIA.....	50
NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves	
TERCERIZACIÓN LABORAL EN MÉXICO. SUBCONTRATACIÓN LABORAL.....	66
MEZA MORA, Luis Raúl	

## APRESENTAÇÃO

Anos atrás, eu estava caminhando no centro da simpática cidade de Montevideú, capital da nossa irmã República Oriental do Uruguai, país em que, desde 2007, por conta das Leis n. 18.099 e n. 18.251, não existe distinção ou vedação alguma entre atividade meio ou atividade fim para efeito de terceirização (subcontratação) de serviços subordinados.

O Uruguai, como se sabe, é a pátria de alguns dos melhores juristas do planeta, bastando citar, como referência, Eduardo Juan Couture no campo do direito processual e, no campo do direito do trabalho, Américo Plá Rodríguez, que fora, aliás, discípulo do primeiro.

Acompanhava-me, nessa ocasião, o dileto amigo, Mario Garmendia Arigón, advogado trabalhista e professor universitário, de longa data, discípulo de Plá Rodríguez e que frequentemente atua como palestrante ou conferencista em eventos em diversos países, inclusive, e com bastante frequência, em todo o Brasil.

Ao passarmos por uma loja de roupas, indaguei-lhe se, em vista da realidade do direito positivo uruguaio, a vendedora ali presente poderia ser uma trabalhadora terceirizada. “Sim, claro”, ele rapidamente me respondeu, acrescentando que não haveria qualquer proibição ou limite para tanto.

Ante tal **resposta peremptória**, e raciocinando desde a perspectiva da realidade brasileira, eu assinalei, então, que muitos dos trabalhadores do comércio naquela avenida seriam, seguramente, terceirizados ou “subcontratados”. Ele me encarou algo admirado e ponderou: “Não! Se o proprietário da loja subcontrata (terceiriza) o vendedor ou o balconista, ele não poderá interferir em seu horário de entrada, em seu horário de saída, em seus intervalos para refeição, em sua apresentação pessoal, em seu modo de manusear as mercadorias, em sua maneira de receber e tratar os clientes, na forma como ele controla os pagamentos e o dinheiro recebido... por que o dono do negócio iria fazer isso?”

A ponderação nestes termos realizada vem a calhar para o atual momento do direito do trabalho no Brasil. É que, em vista das recentes Leis n. 13.429 e n. 13.467 de 2017, e, igualmente, por força das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 324 (Relator Ministro Roberto Barroso), no RE n. 958.252 (Relator Ministro Luiz Fux) e no ARE n. 791.932 (Relator Ministro Alexandre de Moraes), está completamente claro e assentado que, tal e qual se passa no Uruguai, no direito brasileiro é sim hoje possível ao empresário terceirizar qualquer ramo ou atividade de seu negócio, sem **restrição conceitual** alguma.

Agora bem, se é essa uma perspectiva inédita para nós, ela decerto não o é no âmbito do direito comparado. Logo, se temos de nos adaptar a um novo modo de ver as coisas, nada mais adequado e pertinente do que averiguar como isso tem sido feito em ordenamentos jurídicos similares ao nosso. E este é o objetivo do presente opúsculo, que, na linha de trabalhos anteriores coordenados pela nossa Escola Judicial, contou com a generosa adesão de professores especializados nas respectivas realidades a examinar, e que abrangem cinco países: Argentina, Colômbia, Espanha, Itália e México.

O contexto argentino é descrito pelo advogado Lucas Tamagno. Na Argentina, a matéria vem disciplinada diretamente na Lei de Contrato de Trabalho (LCT), em seus arts. 29 e 30. A norma faz uma distinção entre “atividade normal e específica própria do estabelecimento” e entre atividades outras, podendo entender-se que aquela seria sua atividade principal, e, as demais, as atividades acessórias ou secundárias. Em nenhuma delas se proíbe a terceirização; porém, quanto às primeiras, poderá ser declarada a existência de **responsabilidade solidária** da empresa tomadora ou contratante em relação aos direitos dos trabalhadores terceirizados, bem como quanto aos aportes destinados ao sistema de seguridade social. Não há previsão de responsabilidade meramente subsidiária. A dificuldade ou ponto vulnerável do sistema reside, assim, em fixar-se quando uma atividade poderia ser reputada “normal”, “própria” ou “específica” - daí resultando a responsabilidade agregada solidária - ou não - do que decorreria, então, responsabilidade nenhuma da empresa contratante<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>O autor esclarece que o serviço de limpeza, por exemplo, que no Brasil é historicamente enquadrado como mera **atividade meio**, tem sido considerado pela

A Lei argentina, por outro lado, distingue **explicitamente** a figura da terceirização ou subcontratação da **mera intermediação de mão de obra**. Esta última está prevista no art. 29 da LCT, e fica caracterizada quando quem exerça o poder de comando cotidiano não seja a empregadora formal (a empresa intermediária), mas sim a empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores, a qual, por conseguinte, será legalmente considerada a **real empregadora** para todos os fins e efeitos de direito.

A realidade colombiana é apresentada pela docente e pesquisadora Luisa Fernanda Rodríguez Rodríguez. A autora observa que tampouco há, em seu país, limites ou restrições objetivas de **gunho geral** para a terceirização do trabalho subordinado, fenômeno que se poderá ultimar, portanto, **em regra**<sup>2</sup>, inclusive nas atividades “missionais” ou estratégicas da empresa, é dizer, naquilo que se refira ao seu “*core business*”.

Na Colômbia existe uma importante distinção entre **terceirização** e **simples intermediação**. Nesta última, cuja previsão se encontra no art. 35 do Código Substantivo do Trabalho, o intermediário será, quando muito, considerado um mero representante do empregador, nunca o próprio. A terceirização legalmente legítima, por sua vez, poderá ocorrer através de diferentes figuras: pelos chamados “contratantes independentes”, por cooperativas de trabalho associado (que, tal e qual no Brasil, ensinam e ensejam múltiplas situações de **fraude**), por “contratos sindicais” (algo muito similar ao nosso **trabalho avulso**) e por empresas de trabalho temporário<sup>3</sup> (cuja concepção é muito parecida com a nossa, inclusive no que se refere à delegação do poder de comando à empresa tomadora). A figura que aqui mais nos interessa é a do denominado contratante independente. Esse seria a típica empresa intermediária, em relação à qual existirá **responsabilidade solidária**

---

jurisprudência trabalhista argentina, em vários casos, como integrante da **atividade normal e específica própria** do estabelecimento. É dizer, existe uma interpretação algo “abrangente” do impreciso conceito legal.

<sup>2</sup>Dissemos “em regra”, já que não se permite a terceirização em algumas atividades específicas, como, por exemplo, aquelas pertencentes ao setor aeronáutico.

<sup>3</sup>A autora procede a uma distinção técnica entre terceirização e intermediação (que seria diferente da **simples intermediação**), enquadrando o trabalho temporário na segunda hipótese, reconhecendo, todavia, que há uma confusão inclusive legislativa entre as duas figuras.

da empresa tomadora, sempre e quando se trate de um labor integrante da **atividade normal** da empresa ou do negócio. Como é fácil intuir, a dificuldade residirá em definir o que seria “atividade normal”. Segundo a autora, a jurisprudência laboral colombiana, à semelhança do que também se passa na Argentina, tem adotado a tal respeito um critério claramente **ampliativo**, de sorte que a regra será a existência de solidariedade. Não há previsão de responsabilidade subsidiária.

O sistema espanhol é tratado pelo professor titular da Universidade de Alicante, David Montoya Medina, que já à partida esclarece que por força do art. 38 da Constituição daquele país<sup>4</sup> - no que garante a liberdade de organização empresarial no âmbito de uma economia de mercado - não existem limites apriorísticos às possibilidades de terceirização ou subcontratação.

Neste tema, o principal preceito a estudar-se é o art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores, que estabelece que, havendo terceirização da “própria atividade” da empresa tomadora, esta possuirá **responsabilidade solidária** no tocante aos direitos dos empregados da empresa intermediária, e aos aportes devidos ao sistema de seguridade social. Existe, outrossim, uma previsão de **responsabilidade subsidiária**, restrita à seguridade social, para o caso de subcontratação em atividades “não próprias”.

À semelhança do que se passa nos ordenamentos argentino e colombiano, a definição do que seria “própria atividade” gera intensos debates doutrinários e jurisprudenciais. Segundo o autor, a corrente ora predominante seria de **corte restritivo**, tendendo, pois, a incluir nesse conceito somente aquelas atividades **centrais** ou **essenciais** ao negócio empresarial.

Igualmente em linha similar aos modelos já examinados, a normativa espanhola não admite a mera cessão de trabalhadores, a qual, em regra, será lícita apenas quando efetuada através de uma empresa de trabalhos temporários (art. 43 do ET). É relevante notar que para distinguir o que seria uma hipótese real de terceirização de

---

<sup>4</sup>Em tradução livre: “Se reconhece a liberdade de empresa no marco da economia de mercado. Os poderes públicos garantem e protegem seu exercício e a defesa da produtividade, de acordo com as exigências da economia geral e, sendo o caso, do seu planejamento”.

uma mera interposição fraudulenta, o art. 43 do ET prescreve três **condições cumulativas**: o objeto da intermediação deve ser certo e específico, a empresa intermediária deve possuir efetiva idoneidade estrutural ou organizacional, e, ainda, deve ela efetivamente exercer poder de comando sobre os trabalhadores<sup>5</sup>. Não sendo preenchido algum desses requisitos, estará caracterizada a hipótese de cessão ilegal, e os trabalhadores nela envolvidos poderão então optar entre ser considerados empregados da empresa intermediária ou da empresa principal.

O panorama italiano nos é explicitado pela magistrada e docente Eliana dos Santos Alves Nogueira. Na Itália tampouco existe vedação à terceirização do núcleo do negócio, é dizer, da atividade fim empresarial, prestigiando-se o princípio da **livre iniciativa**. Sem embargo, as normas italianas deixam claro que, para que tal prática seja lícita, a empresa intermediária deverá organizar por si mesma sua atividade, assumindo os riscos correspondentes e exercendo efetivamente poder de comando sobre os trabalhadores que nela estejam diretamente envolvidos. Em suma, nas palavras da autora, a terceirização será lícita “quando a empresa terceirizada não seja apenas uma intermediária, mas uma verdadeira empreendedora que, como tal, possua uma organização produtiva própria e que assuma os riscos da obra ou do serviço contratado, com a especialização desejada para execução do objeto do contrato”.

Tratando-se de mero fornecimento de mão de obra, ou seja, de uma terceirização ilícita ou fraudulenta, poderá ser declarada a existência de relação de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços. Já no caso de intermediação lícita, em havendo débitos trabalhistas da empresa intermediária vinculados ao objeto do contrato de

---

<sup>5</sup>Parece existir um claro **paralelismo** entre o art. 43 do ET espanhol e o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, com a redação dada pelas Leis n. 13.429 e n. 13.467, conforme trechos por nós a seguir destacados: “Art. 4º-A Considera-se prestação de serviços a terceiros **a transferência** feita pela contratante da execução de quaisquer **de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua **capacidade econômica compatível** com a sua execução. § 1º **A empresa prestadora de serviços** contrata, remunera e **dirige o trabalho** realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º [...].

terceirização, a empresa tomadora por eles responderá solidariamente, podendo, inclusive, ser acionada direta e isoladamente pelos trabalhadores, sem prejuízo de seu direito de regresso face à empregadora destes.

O sistema mexicano nos é explicado pelo advogado Luis Raúl Meza Mora. O México, como se sabe, foi o primeiro país do mundo a inserir o direito do trabalho como parte integrante de sua Constituição (1917), e já nesta se estabeleceu uma garantia face à contratação mediante intermediário (art. 123, A, XIV). O **trato detalhado** do fenômeno, porém, veio no bojo da reforma realizada em 2012 na Lei Federal do Trabalho (LFT). À semelhança do que se deu no Brasil, houve questionamento dos preceitos correspondentes perante a Suprema Corte Mexicana, que, todavia, os declarou **constitucionais**.

Não há, a princípio, vedação à transferência, pela empresa contratante, de sua atividade principal. Por outro lado, a legislação reformada estabelece uma série de requisitos que, caso descumpridos, ocasionarão a formação de vínculo direto com a empresa tomadora, ou seja, irão mais além da solidariedade entre esta e a empresa intermediária. Assim é que: a contratação deve justificar-se pelo seu caráter especializado; a contratante deverá assegurar-se de que a contratada possui meios efetivos para desenvolver as tarefas a ela assinaladas, as quais não poderão englobar a totalidade das atividades iguais ou similares que existam na empresa tomadora, nem tampouco servir de instrumento para a diminuição deliberada de direitos trabalhistas ou, ainda, colocar frente a frente, no desempenho das mesmas tarefas, trabalhadores terceirizados e empregados contratados diretamente. E, ainda que se permita que a tomadora supervisione a consecução das obras ou serviços contratados, o **poder de comando direto** deverá necessariamente pertencer à empresa intermediária, sem o que, de novo, será considerada verdadeira empregadora a empresa dita contratante ou principal.

Do **panorama global** que os autores nos trazem, é possível inferir as seguintes **impressões preliminares**: **1)** todos os sistemas estudados permitem, como **regra geral**, a terceirização da atividade central ou principal das empresas tomadoras dos serviços; **2)** em todos eles, se procede a uma **importante distinção** entre a terceirização e o mero fornecimento de mão de obra, reputando-se este último **ilícito**

ou **fraudulento**, configurando-se então vínculo de emprego diretamente com o tomador do trabalho<sup>6</sup>; **3)** em todos eles, uma das formas de se diferenciar ambas as figuras reside na **titularidade real** do poder de comando sobre os trabalhadores terceirizados; **4)** nas terceirizações lícitas, o inadimplemento da empresa intermediária quanto aos créditos trabalhistas gerará uma responsabilidade **preferencialmente solidária** da empresa tomadora quanto a eles.

Por fim, o leitor talvez esteja se perguntando a razão de não haver sido incluída neste estudo a perspectiva uruguaia, por nós expressamente referida ao início de nossa apresentação. Não o foi porque tal inclusão era desnecessária: a ponderação feita pelo professor Mario Garmendia, que é autor, aliás, de obras específicas sobre o tema, já deixa claro que, lá, quem terceiriza o trabalho de índole subordinada também necessariamente deverá terceirizar o poder de direção que lhe seja correspondente, sob pena de caracterização de fraude. Bastaria a isso acrescentar que, sendo lícita a terceirização, a **responsabilidade** do tomador dos serviços será, em regra, **solidária**, podendo transmudar-se em **subsidiária** caso reste demonstrado o exercício, pela tomadora, de seu dever de vigilância quanto à higidez das relações de trabalho<sup>7</sup>.

Aos autores, transmitimos o nosso agradecimento renovado pela generosa participação e, a todos, externamos o nosso sincero desejo de uma mui proveitosa leitura.

Desembargador **MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO**  
Diretor da Escola Judicial

---

<sup>6</sup>Esta, aliás, foi a perspectiva externada pelo Ministro Alexandre de Moraes em seus votos nos recentes casos que versaram sobre o tema, em que S. Exa. registrou que “[...] caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores, se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização, por meio de contrato de prestação serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, **mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos**” (o destaque é nosso).

<sup>7</sup>O sistema uruguaio bastante se assemelha ao sistema chileno (instaurado a partir de 2006, pela Lei n. 20.123), seja no tocante à amplitude das possibilidades de terceirização, seja quanto ao regime legal de **responsabilidade dual** atribuído às empresas tomadoras.

# LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR TERCERIZACIÓN DE TAREAS EN ARGENTINA: su regulación y efectos

TAMAGNO, Lucas F.\*

## 1 INTRODUCCIÓN

En el esquema empresarial las compañías pueden desarrollar su proceso productivo en forma directa, por intermedio de sus propios recursos materiales e inmateriales, o pueden contratar otras empresas para que se encarguen de la realización de actividades propias o complementarias, es decir tercerizando en forma total o parcial su proceso productivo o comercial.

Históricamente se utilizó este instituto para precarizar las relaciones laborales, utilizando empresas insolventes que brindaban un servicio a bajo costo sobre la base de un entramado de incumplimientos laborales y de seguridad social para poder bajar sus costos, y en consecuencia incrementar su ganancia.

Esta situación motivó que se comenzase a evaluar la posibilidad de legislar sobre este tipo de contrataciones y no dejar al trabajador desprotegido frente a un potencial empleador insolvente.

Destaca Jorge Rodríguez Mancini que;

Desde la ley 21.297<sup>1</sup> se cambió de manera trascendente el esquema de severidad con que se trataba la posibilidad de contratación o subcontratación, pasando a una fórmula de mayor amplitud, en términos de admisión de situaciones

---

\*Abogado laboralista, Argentina. Especialización en Derecho Social (del Trabajo y la Seguridad Social - UNLP). Autor de diferentes publicaciones sobre Derecho del Trabajo.

<sup>1</sup>BO, 23 de abril de 1976.

no abarcadas por la sanción de solidaridad y excluyendo la de establecer la relación directa entre trabajadores de contratistas y subcontratistas con el empresario comitente. (RODRÍGUEZ MANCINI, 2010, p. 345).

Luego del dictado de dicha ley la norma fue reformada por la ley 25.013<sup>2</sup>, en el marco de la “**reforma laboral**” de 1998, se introdujo una modificación en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) abandonando el concepto rígido de extensión de responsabilidad solidaria para cualquier caso de subcontratación o delegación de parte de la actividad productiva o comercial y limitó la extensión de la responsabilidad a aquellos casos en los cuales existían incumplimientos.

De esta forma se dictó el art. 30 de la LCT, en donde se legisló en forma específica aquellos supuestos en los cuales el empleador contratase o subcontratase parte de su actividad normal y específica o en los cuales cediera en forma total o parcial parte de su establecimiento.

En lo que tiene que ver estrictamente con el fenómeno de la tercerización, la LCT estableció un régimen de responsabilidad solidaria de la empresa contratante con la empresa contratada frente al eventual incumplimiento de las obligaciones laborales o previsionales de éste último en el marco de una condena laboral.

## **2 REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO**

La LCT establece dentro de los supuestos que podrían dar lugar a una condena por responsabilidad solidaria a la cesión total o parcial del establecimiento o su explotación, o la contratación o subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento. Será sobre este último caso sobre el cual formularemos el análisis del presente artículo porque es donde más discusiones se plantean.

---

<sup>2</sup>BO, 2 de septiembre de 1998.

Al respecto sostiene Juan Carlos Fernández Madrid que:

[...] en aquellos casos en que la empresa segrega artificiosamente el proceso productivo, quiebra la unidad de su organización y distribuye entre otros empresarios funciones que le son propias (principales o complementarias) [...] asume la responsabilidad solidaria por los incumplimientos en que puedan incurrir dichos contratistas o subcontratistas por los incumplimientos en que pueden incurrir dichos contratistas o subcontratistas, tanto con los trabajadores como con las instituciones de la seguridad social. (FERNÁNDEZ MADRID, 2012, p. 527).

El art. 30 de la LCT establece a su vez un régimen de obligaciones que debe cumplir quien contrata a una empresa para la prestación de los servicios relacionada con el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los contratistas sobre sus empleados. El empresario deberá controlar la documentación laboral que permita verificar que ha realizado los controles respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social en debida forma, lo que se traduce en una obligación de garantía<sup>3</sup>.

Así lo ha sostenido la Justicia del Trabajo cuando refirió que:

[...] toda empresa puede adoptar el procedimiento que considere apropiado para realizar sus negocios, pudiendo asumir sólo algunas actividades del

---

<sup>3</sup>En la práctica, aún en el caso de que el empresario cumpla debidamente con ese deber de control, no lo exime de ser condenado, ya que pretorianamente se ha omitido valorar el cumplimiento de esta obligación como un elemento eximente de responsabilidad solidaria. Y así lo ha entendido la propia Justicia del Trabajo cuando ha referido que “La mera circunstancia de que el cedente o contratista haya controlado los comprobantes de pago a la Seguridad Social y sindicato no lo libera de las consecuencias patrimoniales previstas en el art. 30 LCT. La responsabilidad de esta norma es objetiva y entraña una herramienta legal de protección del crédito laboral. El cedente no se exime de responsabilidad probando que efectuó el control de los recaudos específicos incorporados por la ley 25.013. De allí el giro ‘además’, que emplea el referido artículo en su segundo párrafo, indicativo de que además de las exigencias que incluyó la ley 25.013 ha quedado incólume el deber general de responder concerniente al amplio espectro de las obligaciones laborales” (Manau, Ivana Lorena c/ Synapsis Argentina SRL y otro s/ despido, CNTrab., CNAT Sala VIII, 19.9.2011).

proceso productivo, destinando otras a terceros, lo que queda dentro del legítimo ámbito de su libertad, lo que no la exime de responsabilidad si la tercerización de servicios involucra aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento, en tanto se trata de una imputación objetiva de responsabilidad.<sup>4</sup>

Si bien parecería tratarse de una solidaridad de carácter subsidiaria, por lo que en principio solo debería responder en caso de incumplimiento del responsable principal, la condena solidaria no obliga al trabajador a reclamar el pago de la condena al condenado principal para luego poder reclamar el pago al solidario.

Desde el momento mismo de la condena el trabajador podrá reclamar indistintamente a cualquiera de los dos condenados el cumplimiento. La solidaridad pasiva<sup>5</sup> que establece el art. 30 de la LCT no prevé un esquema de orden para la ejecución de la sentencia, por lo que se enmarca en un esquema de obligación mancomunada, en donde la totalidad de la misma puede ser ejecutada a cualquiera de los deudores por lo que el trabajador cuenta con el derecho de elegir contra cuál de los deudores solidarios dirigirá su pretensión, con la única salvedad de la obligación de entrega de los certificados de trabajo que deberán ser entregados por quien fuera el empleador ya que es quien efectuó todos sus aportes y contribuciones al sistema de la Seguridad Social.

A todo evento, será el condenado solidario quien tenga una acción de regreso en el futuro dentro de los términos del contrato que hubiera suscripto, contrato que claro está no le es imponible al trabajador.

### **3 ALCANCES DE LA CONTRATACIÓN O SUBCONTRATACIÓN. LA ACTIVIDAD NORMAL Y ESPECÍFICA Y LAS ACTIVIDADES COADYUVANTES**

Sin embargo, cabe aclarar, no toda contratación de servicios implica que las tareas que se contratan forman parte de la actividad

<sup>4</sup>Díaz, Darío Rubén c/ Plataforma Cero SA y otros s/ despido, CNTrab., Sala II, 30.11.2010.

<sup>5</sup>Terminología utilizada por los Dres. Fernandez Madrid y Craig en “Mayo González, Marcelo Alejandro c/ GMTV SRL y otros s/ Despido”, CNTrab., Sala VI, 14.5.2013.

normal y específica, o que ello implique que existe responsabilidad solidaria, por lo que se deberá analizar en cada caso qué incidencia tiene en la estructura del proceso productivo o de comercialización la tarea que se ha contratado.

Sostiene Andrea García Vior con relación al concepto que enmarca la “actividad normal y específica” que “por su complejidad no puede resumirse en una definición o una conceptualización cerrada, sino que da lugar a varios niveles de análisis” (GARCÍA VIOR; SUELDO, 2010, p. 218).

Obviamente para realizar esta evaluación se deberá considerar no solo la naturaleza de las tareas objeto de la contratación, sino también: a) el lugar donde se prestan las mismas; b) la duración de la contratación; c) si los trabajos o servicios fueron desarrollados con anterioridad por la empresa; d) los objetos sociales de las empresas contratante y contratista presentes en sus estatutos societarios, y por último e) si la empresa contratante puede legalmente desarrollar estas tareas<sup>6</sup>.

Otro elemento que no es tenido en cuenta comúnmente, pero que claramente podría ser utilizado en el examen que el juez realiza para determinar si la actividad contratada puede ser considerada normal y específica - y por ende generadora de responsabilidad solidaria -, es verificar si la tarea contratada se encuentra comprendida dentro de las categorías laborales previstas por el convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad de la empresa contratante. De esta forma el convenio colectivo de trabajo, como fuente de derecho laboral por excelencia, se presenta como una herramienta más con la que cuenta el juez a la hora de evaluar si las tareas son pasibles de generar responsabilidad solidaria.

---

<sup>6</sup>Existen diversas actividades que no pueden ser ejercidas por las empresas por cuestiones de impedimento legal, como el caso del servicio de seguridad con portación de arma en donde las empresas - por legislación específica sobre regulación de uso y tenencia de armas de fuego - generalmente no pueden acceder a la calidad de usuario colectivo de arma de fuego por no contar con personal en su directorio que haya pertenecido a alguna fuerza armada y porque dentro de su objeto no tiene incluido prestar este tipo de servicio. Otro supuesto se da en el caso del personal perteneciente al estatuto de la construcción, en donde las empresas para poder ser empleadoras de personal bajo el convenio de la actividad deben tener dentro de su objeto tareas de construcción, algo que muchas veces no poseen. De todas formas, la Justicia del Trabajo no se detiene en estas cuestiones y normalmente extiende la responsabilidad solidaria sin analizar estas regulaciones.

#### 4 LAS ACTIVIDADES SECUNDARIAS Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATANTE

Asimismo existen actividades que sin ser parte del proceso productivo, no encontrándose en el objeto social de la empresa, o sin contar con otros de los elementos descriptos anteriormente se convierten en actividades pasibles de generar responsabilidad solidaria en quien las contrate.

Las mismas han sido calificadas como “**secundarias**” o “**coadyuvantes**” y son aquellas que le permiten al empresario cumplir con la finalidad de la empresa, siempre que las mismas se encuentren integradas en forma permanente al proceso productivo o comercial, es decir que no se presenten como una labor extraordinaria o contratada a un fin específico y de corto espacio temporal, esto es que no se contrate un servicio para una actividad puntual como podría ser una mudanza o una reparación de una rotura. En este sentido Justo López, señalaba que la solidaridad también se hace extensiva a esas actividades accesorias con tal de que estén integradas permanentemente al establecimiento, y agrega que quedaría afuera, lo extraordinario, en el sentido excepcional y lo eventual<sup>7</sup>.

Actividades como limpieza, seguridad han sido normalmente calificadas como pasibles de aplicación de un régimen de responsabilidad solidaria por tratarse de actividades que, sin ser parte del proceso productivo, resultan inescindibles del mismo.

Así la Justicia se ha referido a estos últimos supuestos con especial importancia:

La provisión del servicio de vigilancia resulta inescindible de la ‘actividad normal y específica propia del establecimiento’ cuando se trata de un banco, institución precisamente destinada a la custodia de los valores en ella depositados, aparte de la actividad propiamente financiera del establecimiento.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Citado en “Bocci Grisel Sandra Beatriz c/ TMT Trade Marketing Technologies SA y otros s/ despido”, CNTrab., Sala VII, 20.8.2008.

<sup>8</sup>Flores, Julio c/ Vanguardia SA y otro s/ despido, CNTrab., Sala III, 25.3.2004.

### O en el caso de la limpieza cuando ha sostenido:

El servicio de limpieza en un supermercado coadyuva y resulta inescindible de la actividad normal y específica propia de este tipo de comercios, en tanto integra la actividad de expendio y venta de productos alimenticios que no podría encontrar satisfacción en el mercado consumidor si se exhibiera en salones faltos de higiene, por lo que cabe extender la responsabilidad solidaria entre la codemandada 'Coto CICSA' y la empresa contratada por ésta para la realización de las tareas de limpieza en sus locales comerciales, para quien se desempeñaba la trabajadora (art. 30 LCT).<sup>9</sup>

Más allá de que existen casos en los cuales no existen dudas respecto de la necesidad de la tareas dentro de la estructura de la empresa, como el caso del servicio de limpieza, es evidente que las labores secundarias o coadyuvantes deben ser valoradas por el Juez en vistas a determinar si es posible la obtención del fin de la empresa sin la prestación del servicio por parte de ellas.

## 5 EL SUPUESTO DE LA INTERMEDIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL

Esta tercerización lícita muchas veces es utilizada como una mera fachada para establecer un esquema de fraude, es decir, de la faz patológica que en diversas ocasiones nos aparta de la estructura prevista en el art. 30 de la LCT.

Muchas veces las empresas, bajo el esquema de un contrato de prestación de servicios, contratan a otras empresas para que simplemente le provean personal. Estas situaciones tienen por objeto reducir costos laborales, intentar evitar responsabilidades y en otros casos poder contratar por contar con algún impedimento para hacerlo<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>Gómez, Mónica c/ Coto CICSA y otro s/ despido, CNTrab., Sala VII, 26.8.2008.

<sup>10</sup>Es muy común que esta situación se presente en aquellas empresas multinacionales cuyas casas matrices nos les aprueban la incorporación de personal (lo que se conoce como *headcount*), o en los casos en los cuales existe algún otro tipo de impedimento legal, por lo que recurren a empresas para que le asignen personal.

Lo cierto es que en estos casos no existe una tercerización sino que existe una contratación fraudulenta del personal por **interpósita** persona que ha merecido una consideración especial en la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 29, estableciendo un régimen de responsabilidad mayor al previsto para la subcontratación de personal.

Esta modalidad de contratación busca utilizar intermediarios que solo aparecen como empleadores en términos formales, pero que en la realidad de los hechos no ostentan el carácter de empleadores de la persona asignada, siendo quien otorga las órdenes, emite las directivas, aplica las sanciones, provee del trabajo la empresa receptora de ese servicio.

En este caso, la norma establece que los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

La norma establece un régimen más severo para quien contrata en estos términos, previendo una responsabilidad más amplia que la prevista por el art. 30 de la LCT antes mencionado por lo que en este caso el condenado principal será la empresa para la cual el trabajador prestaba sus servicios.

El hecho de que se considere empleado directo de la empresa contratante genera como efectos que el trabajador que fue provisto por otra empresa para ser inserto en la estructura de esta, adquiera en forma plena todos y cada uno de los derechos que tienen los empleados que se encuentran regularmente registrados. Esto es, mismo régimen salarial, mismo convenio colectivo aplicable, mismos beneficios, mismas condiciones de trabajo, jornada de trabajo, entre otros, situación que no necesariamente se encuentra presente en el supuesto del art. 30 de la LCT.

La Justicia del Trabajo ha dictado un fallo plenario, es decir, un fallo en el cual todos los jueces integrantes de las diferentes salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictan un único fallo, en el cual se consideró que en aquellos casos en los cuales el trabajador haya sido provisto por otra empresa pero, en los hechos se haya determinado que el trabajador era empleado directo de la compañía contratante, el trabajador sería considerado un trabajador no registrado por no haber recibido los aportes y contribuciones al sistema

de la Seguridad Social de parte de esta última, y por ende pasible de las multas que diferentes leyes prevén para este tipo de situaciones<sup>11</sup>.

Así fue que en el caso “Vázquez c/ Telefónica” en donde la empresa Telefónica había contratado personal a través de una empresa de servicios eventuales, pero ejerciendo la empresa usuaria todos los poderes y facultades propios de un empleador, e incumpliendo con los requisitos propios de una relación eventual. En dicha ocasión la Justicia del Trabajo en pleno dispuso que el real empleador era la empresa para la cual realmente había desarrollado tareas condenándola al pago de la sentencia condenatoria y a la entrega de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones, lo cual implicaba abonar nuevamente todos los aportes y contribuciones que ya había abonado la empresa de servicios eventuales, considerando a la relación laboral como “no registrada” y condenando a abonar las multas por dicha condición.

Si bien en el caso se discutía la responsabilidad solidaria por parte de una empresa de servicios eventuales, la cual tiene otra regulación dentro de la Ley de Contrato de Trabajo, los postulados vertidos en dicha sentencia han servido de fuente para aplicarlos a supuestos de responsabilidad por intermediarios aun cuando la contratación se diera sin la intervención de una empresa de servicios eventuales.

## **6 ALCANCE PERSONAL DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

Ahora bien, delimitada ya la extensión de la responsabilidad solidaria se presenta el interrogante respecto de a qué trabajadores alcanza. Es evidente a nuestro entender que la responsabilidad solidaria solo puede alcanzar a aquel sujeto que se encuentra inserto y asignado a la prestación de un servicio para una empresa determinada.

La Justicia ha sostenido al respecto que:

La solidaridad del art. 30 e la LCT no se extiende a todos los empleados y obreros que ingresen a la

---

<sup>11</sup>En Argentina existen diferentes leyes que prevén multas a favor de los trabajadores para casos en los cuales la relación laboral no se encontrase registrada, o lo estuviese de forma deficiente. Las multas pueden duplicar y hasta triplicar en algunos casos los montos de las sentencias.

empresa contratista, sino sólo respecto de aquellos cuya labor integre el objeto de la contratación vinculada, es decir, aquellos que hayan sido afectados a tareas normales, específicas y propias de la empresa principal.<sup>12</sup>

En nuestra posición nos inclinamos por sostener que para que una empresa sea responsable en forma solidaria con un empleador por el reclamo de un trabajador, éste deberá haber estado inserto en su estructura empresarial o haber brindado en forma exclusiva servicios para dicha empresa. Si el trabajador ha prestado servicios a través de su empleador para diversas empresas se diluye la responsabilidad solidaria, ya que sería imposible determinar cuál fue la falta que motivó el despido - directo o indirecto - del trabajador, siempre que las empresas no formen parte de un grupo empresario<sup>13</sup>.

De esta forma, la garantía que ofrece la responsabilidad solidaria no operaría a nuestro entender en aquellos supuestos en los cuales se desarrollaran tareas para múltiples demandados.

## 7 CONCLUSIÓN

La tercerización de los procesos productivos por parte de una empresa es una modalidad que resulta lícita, que no viola ninguna ley y que encuentra en el art. 30 de la LCT una garantía al crédito del trabajador frente a aquellos casos en los que se contrate a una empresa para prestar tareas propias de su actividad normal y específica o tareas coadyuvantes o secundarias que resultan necesarias e inescindibles del proceso productivo.

Queda claro que las actividades secundarias no quedan excluidas del régimen de responsabilidad solidaria prevista en el art. 30 de la LCT, por el contrario, muchas veces son calificadas como tales actividades que son propias de la actividad por encontrarse necesariamente insertas en la estructura del proceso productivo.

---

<sup>12</sup>Constantino Gregorio c/ YPF SA s/ despido, CNTrab., Sala I, 16.6.1990.

<sup>13</sup>Para lo cual la responsabilidad solidaria se podrá extender por imperio del art. 31 de la LCT, artículo que prevé expresamente la responsabilidad por grupo económico.

Incluso, muchas veces se califica como actividades secundarias aquellas que no se atienen técnicamente a las propias del proceso pero que forman parte integrante del mismo. El ejemplo más claro es el del servicio de limpieza en donde el mismo conforma esa actividad principal, siendo un elemento vital dentro del proceso productivo.

Es claro que la línea interpretativa para determinar si estamos frente a una actividad que es principal, o es coadyuvante, o no es una actividad que genere un supuesto de responsabilidad solidaria, es muy delgada, pero será el Juez quien deba decidir su encuadre.

Ahora bien, a nuestro entender, para que proceda la responsabilidad solidaria el contratante tiene que tener la capacidad jurídica de prestar ese servicio y tener empleados para ello. En una de las citas señalábamos la imposibilidad de subcontratar el servicio de seguridad armado ya que en Argentina para poder tener personalidad con portación de armas se necesitan estructuras societarias especiales que tienen que tener dentro de su objeto social el de prestar tareas de este tipo, deben contar con personal retirado de las Fuerzas Armadas dentro de su directorio, y estar registrados como “usuario colectivo de armas de fuego” ante la autoridad competente - que en Argentina es el RENAR. Entonces cabe preguntarnos ¿puede tercerizar una empresa un servicio que está impedido de prestar?, nuestra respuesta es no.

Esto último que parece un ejemplo aislado tiene vital importancia ya que las responsabilidades solidarias versan en numerosas ocasiones sobre el servicio de vigilancia y el ejemplo antes brindado fue analizado por el Grupo de Análisis de Criterios<sup>14</sup> y resuelto en sentido contrario al que proponemos<sup>15</sup>, lo cual demuestra que aún con copia doctrina y jurisprudencia que ha corrido principalmente en los últimos 20 años, a la fecha no existen criterios marcados respecto del alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 30 de la LCT.

Más allá de todo lo expuesto, es claro que deberá estudiarse caso por caso a fin de verificar los extremos para aceptar o rechazar la aplicación de una condena solidaria.

---

<sup>14</sup>Integrado por destacados juristas de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>15</sup>GRUPO DE ANÁLISIS DE CRITERIOS GAC. **Análisis de Criterios de Decisión Judicial**. El art. 30 de la LCT, 2004. Disponible: <<http://aadtyss.org.ar/index.php/actividades/26-grupo-de-estudios/130-grupo-de-analisis-de-criterios>>. Visitado con fecha: 29 sept. 2018.

## 8 REFERENCIAS

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos. **Ley de contrato de trabajo comentada y anotada**. 2. ed. actualizada y ampliada. Tomo 1. Buenos Aires: La Ley, 2012.

GARCÍA VIOR, Andrea; SUELDO, Tomás Enrique (Coord.); ALTAMIRA GIGENA, Raúl E. (Dir.). **Ley de contrato de trabajo comentada y concordada**. Tomo I. Buenos Aires: Errepar, 2010.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Derecho del trabajo y descentralización productiva**. Buenos Aires: La Ley, 2010.

# MARCO JURÍDICO COLOMBIANO DE LA TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL\*

**RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Luisa Fernanda\*\***

El presente artículo tiene como propósito mostrar las principales características de la regulación de la tercerización e intermediación en el ordenamiento jurídico colombiano. Se abordará críticamente el tema de la conceptualización, las diferentes figuras con las que se ejerce la tercerización e intermediación en Colombia, las relaciones jurídicas de cada figura y su régimen de responsabilidad.

## 1 DE LOS CONCEPTOS

En Colombia no existe una definición normativa de tercerización. El decreto 583 de 2016 intentó introducir una definición de tercerización, proveedor, tercerización ilegal y de establecer algunos criterios indicativos de tercerización ilegal, sin embargo, el decreto fue anulado por el Consejo de Estado por haberse extralimitado en las funciones de reglamentación. Así las cosas, hoy en día lo que encontramos es una dispersión normativa que establece una regulación por cada figura, no tenemos una norma unificada sobre la materia.

En efecto, los términos tercerización e intermediación han sido entendidos de diferentes formas en nuestro país y hasta el momento no existe unificación en su utilización. Incluso algunas normas (como el

---

\*El presente artículo hace parte de una investigación doctoral sobre los límites jurídicos a la tercerización laboral en Colombia, que es adelantada actualmente por la autora.

\*\*Docente e investigadora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia.

desaparecido decreto 583 de 2016) que han intentado dar un concepto de tercerización, a la hora de aplicarlo terminan confundiéndolo con el de intermediación como ocurrió cuando estableció el listado de elementos indicativos de tercerización ilegal en el que incluyó algunos que eran claramente dirigidos a la intermediación.

Por lo anterior, es necesario introducir algunas definiciones estipulativas con las que se usarán estos conceptos y otros afines en el presente escrito.

La definición que proponemos para **tercerización laboral** es: el desprendimiento que hace una empresa de uno de sus procesos empresariales y la entrega del mismo a un tercero quien lo asume con completa autonomía técnica, administrativa y financiera, para hacer entrega de un resultado final por el cual obtiene el pago de un precio.

Algunas de las causas que se han encontrado para explicar esta realidad económica son: necesidad de los empresarios de reducir costos de instalación y trabajo, flexibilidad técnico productiva, causas políticas que buscan controlar el movimiento obrero, búsqueda de la mayor productividad, capacidad de adaptación y dinamismo, mejorar la eficiencia técnica con tecnología reciente y de punta, disminución del control efectivo de la calidad y necesidad de establecer alianzas estratégicas<sup>1</sup>.

La crisis del capitalismo de los años setenta y el cambio del modelo económico fordista al modelo toyotista son causas adicionales para la expansión de la tercerización. En el fordismo los trabajadores se ubicaban dentro de una fábrica donde había estrictos controles jerárquicos y actividades muy concretas para cada uno de ellos. En el toyotismo, se buscó la reducción del número de trabajadores al mínimo en el núcleo principal de la empresa con la finalidad de tener un ágil reclutamiento y despido de los trabajadores conforme a las necesidades empresariales, por lo cual la producción se organizó por procesos, muchos de los cuales son entregados a terceros<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. **Descentralización productiva y ordenamiento laboral**: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

<sup>2</sup>BASUALDO, Victoria; MORALES, Diego (Coord.). **La tercerización laboral**: orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

Las figuras jurídicas propias de la **tercerización laboral** y por medio de las cuales se ha utilizado en nuestro mercado de trabajo son las siguientes: contratista independiente<sup>3</sup>, cooperativas de trabajo asociado<sup>4</sup> y contratos sindicales<sup>5</sup>. Ahora bien, estas figuras son las reguladas hasta el momento en el ordenamiento jurídico laboral colombiano, sin que ello quiera decir que sean restrictivas, ya que la dinámica laboral empresarial podrá hacer que surjan muchas otras con iguales propósitos.

La tercerización puede versar sobre cualquier tipo de proceso. Esto significa que tanto los procesos de apoyo o de soporte<sup>6</sup>, procesos operativos, productivos o misionales<sup>7</sup>, o procesos directivos o estratégicos<sup>8</sup> pueden ser entregados a un tercero. La conveniencia, legalidad y consecuencia de hacerlo, difieren de acuerdo a las realidades de mercado laboral y de los ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, la **intermediación laboral** puede ser de tres clases, conforme a la común usanza del término en Colombia:

a) Es el suministro de trabajadores a una empresa usuaria. Esta actividad es legal cuando es temporal, prestada por una empresa de servicios temporales y en las tres situaciones permitidas por la ley, estas son, para desarrollar actividades ocasionales y transitorias, para suplir vacancias temporales, y para solventar un incremento de la producción<sup>9</sup>;

b) Es la actividad desarrollada por el simple intermediario. Esta labor corresponde a la representación del empleador frente a los trabajadores en actividades como la contratación, coordinación,

---

<sup>3</sup>Figura regulada en el art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>4</sup>Ley 79 de 1988 y reguladas por el decreto único del sector trabajo n. 1072 de 2015.

<sup>5</sup>Establecidos en el art. 373 del Código Sustantivo de Trabajo y decreto 036 de 2016.

<sup>6</sup>Procesos de apoyo o soporte son todos aquellos que no están relacionados directamente con el *core business* o actividad principal, sino que apoyan la gestión de la empresa.

<sup>7</sup>Estos procesos son aquellos que corresponden al *core business* o la actividad principal desarrollada por la empresa.

<sup>8</sup>Corresponden a aquellos que definen la visión y misión de la empresa.

<sup>9</sup>La ley 50 de 1990 y el decreto reglamentario 4360 de 2006 establecen los límites de utilización de esta figura como las reglas de temporalidad máxima en el suministro del personal, las causas que dan lugar a requerir la ayuda temporal de las EST, las obligaciones de empresa usuaria y temporal entre muchas otras.

supervisión, dirección etc.<sup>10</sup>. La simple intermediación se puede ejercer legalmente, cuando los trabajadores conocen la naturaleza del intermediario y al verdadero empleador; o ilegalmente, cuando el simple intermediario oculta su condición y los trabajadores desconocen quien es el verdadero empleador.

Otro término es el de **triangulación** que indicará la presencia de tres actores dentro del proceso productivo laboral, sin entrar a diferenciar el papel de cada uno de ellos. Este género contiene las especies **tercerización** e **intermediación**.

De otra parte, el término **outsourcing**, corresponde al término anglosajón creado para explicar la forma de administrar recursos externos en el proceso productivo y es un sinónimo de lo que hemos llamado tercerización.

Finalmente, el término **descentralización productiva** utilizado comúnmente<sup>11</sup> para referirse a la decisión empresarial de desprenderse de actividades por medio de contratistas o subcontratistas. Esta visión de la descentralización productiva nos permite equiparar dicho concepto al de tercerización laboral. Sin embargo, otros autores como Basualdo y Morales distinguen los conceptos de flexibilización, intermediación, tercerización y descentralización productiva. Para ellos, la tercerización, es un paso subsiguiente a la descentralización productiva. Esto significa que la descentralización productiva se aplica a los procesos empresariales y la tercerización sería aplicable sólo al desprendimiento de trabajadores.

En nuestro concepto, la descentralización productiva es equiparable a la tercerización. Lo anterior, porque no compartimos la idea de que pueda existir la tercerización de trabajadores sino sólo de procesos empresariales. La denominada “tercerización de trabajadores” en realidad es un ejercicio de intermediación por suministro de personal o simple intermediación.

---

<sup>10</sup>La figura del simple intermediario se encuentra en el art. 35 del Código Sustantivo del Trabajo y se define su calidad de representante del empleador en el art. 32 del mismo estatuto.

<sup>11</sup>Kahale utiliza el término en este sentido en su obra.

Efectivamente, existe en Colombia una extendida confusión en algunos sectores que utilizan el término de tercerización para referirse realmente a lo que es intermediación<sup>12</sup>. Sostienen que la **tercerización de trabajadores** es la actividad que realizan las empresas de servicios temporales, pero esto es incorrecto, esta actividad es denominada intermediación<sup>13</sup>.

Si bien la actividad de suministro de personal temporal involucra tres partes a saber: la EST, la empresa usuaria y el trabajador, esto no puede denominarse como una forma de tercerización ya que en estos casos la empresa nunca se desprende de ningún proceso para entregárselo a un tercero. La empresa usuaria siendo dueña y directora de sus procesos empresariales incorpora en su sistema de gestión de procesos a los trabajadores de otro (la EST) para que colaboren temporalmente en sus actividades.

Pero más allá del argumento normativo, es importante señalar que tercerizar es diametralmente opuesto a intermediar y que en Colombia la tercerización sobre cualquier proceso no está prohibida, por regla general<sup>14</sup>. Ahora bien, el uso de la intermediación (en suministro de personal y simple intermediación) es limitado estrictamente. Su ejercicio está prohibido para aquellos a quienes las normas no han facultado expresamente.

Por otra parte, la tercerización debe estar enmarcada siempre dentro de la forma de organización que adopta una empresa para desarrollar su plan de negocios. En efecto, dentro del ejercicio de la libertad de empresa no solo se encuentra la capacidad de emprender un negocio, sino también la de estructurarlo libremente.

---

<sup>12</sup>Un ejemplo de esta confusión se encuentra en los numerales 4 y 6 del decreto 583 de 2016. En efecto, la Sentencia del Consejo de Estado anuló estos numerales porque consideró que el gobierno se extralimitó en la reglamentación producto de una confusión entre las figuras de tercerización e intermediación.

<sup>13</sup>El decreto 2025 de 2011 señala en su art. 1º que se entenderá como intermediación “el envío de trabajadores en misión”.

<sup>14</sup>Efectivamente, existen algunos sectores en los que si bien no se encuentra prohibida la tercerización si está restringida. En efecto, en el sector salud la ley 1438 de 2011, art. 59 y 103, el sector aeronáutico que por normas de seguridad aeronáutica prohíbe la tercerización de la operación de vuelo, y otras.

Tanto la tercerización como la intermediación pueden utilizarse en Colombia en forma legal o ilegal. La intermediación, en el marco del suministro de personal, es ilegal cuando dicha actividad se ejerce por personas naturales o jurídicas diferentes de las Empresas de Servicios Temporales. De igual manera, es ilegal cuando siendo realizada por las Empresas de Servicios Temporales se utiliza fuera de los límites temporales y sustanciales propios de la figura.

## 2 FIGURAS DE TERCERIZACIÓN EN COLOMBIA

### 2.1 Contratista independiente

La figura del contratista independiente está regulada en el art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Aquí se señalan varios aspectos importantes de la figura:

a) Relaciones jurídicas. Dispone que el contratista independiente es verdadero empleador. Por lo tanto, existe un verdadero contrato de trabajo donde hay un empleador y un trabajador que se rigen por las normas laborales en un contexto de subordinación. Ahora bien, esta triangulación implica la presencia de un tercero que es el beneficiario el cual es el que subcontrata una obra, una labor o un servicio con el contratista independiente. Entre el beneficiario y el contratista existe una relación jurídica regida por el derecho civil o el derecho administrativo. Entre el beneficiario de la obra y el trabajador del contratista independiente no existe ningún tipo de relación jurídica;

b) Régimen de responsabilidad. La norma citada señala que el beneficiario de la obra será responsable solidariamente por regla general y que excepcionalmente no lo será. Así lo indicó el art. 34:

[...] a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Ahora bien, en Colombia no existe la regulación de responsabilidad subsidiaria en los casos de tercerización, por lo cual, la única forma de cautivar la responsabilidad solidaria del beneficiario es demostrando que la labor no era extraña. De esta forma, los grandes debates en la jurisprudencia laboral están enmarcados en la calificación que se le da a la actividad de “ajena” o “no ajena”.

La Corte Suprema de Justicia ha utilizado diversos conceptos para determinar que se considera como una labor ajena. Así lo ajeno sería aquello que no pueda enmarcarse en lo “necesario”, en lo “complementario”, en lo “conexo”, o en lo “propio” de las actividades normales del beneficiario. Entonces el margen de calificación ha sido ampliado para que efectivamente, la regla general sea la solidaridad y la excepción sea la no solidaridad<sup>15</sup>.

Ahora bien, se mantiene una desigualdad histórica frente a la ampliación de la protección laboral de los trabajadores que se desempeñan en estas actividades ajenas a las normales de la empresa beneficiaria. En efecto, dado que no hay ninguna norma que plantee ninguna responsabilidad ni solidaria, ni subsidiaria, ni de ninguna clase para el beneficiario, en muchos casos estos trabajadores son burlados con empresas que se liquidan y nacen nuevamente con otras razones sociales para continuar el ejercicio económico desde otra persona jurídica. Lo anterior ante la mirada distante del beneficiario.

La Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014 analizó la exequibilidad del aparte **“a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio”**. El demandante busca la inexecutable del artículo por considerar un trato discriminatorio entre los trabajadores de los contratistas independientes. Sin embargo la Corte encontró que la distinción era razonable dado que el régimen de responsabilidad solidario es un ámbito propio de la libre configuración del legislado, y en últimas, este hubiera podido no incluir responsabilidad solidaria en ninguno de los

---

<sup>15</sup>Un ejemplo de esta tesis es la contenida en la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Expediente 34893, 21 de septiembre de 2010. En este caso se analizó la responsabilidad solidaria en un ingenio de azúcar frente a un accidente de trabajo de un trabajador de la empresa contratista que realizaba mantenimiento de las máquinas del ingenio.

casos. Esto es, que el beneficio de unos no es el perjuicio de otros. Así entonces se declaró exequible el aparte demandado.

## 2.2 Cooperativas de Trabajo Asociado

Otra de las figuras mediante las cuales se puede ejercer la tercerización en Colombia es la Cooperativa de Trabajo Asociado. Esta polémica persona jurídica sin ánimo de lucro, perteneciente al sector solidario de la economía, tuvo gran acogida en la década del 2000 al 2010. Lamentablemente la loable figura del trabajo asociativo fue utilizada por inescrupulosos que realizaban intermediación (suministro de personal y simple intermediación) ocultándose bajo la fachada de las CTA.

Dado que mediante estas figuras se evidenciaron casos de trabajo precario y casos de intermediación laboral ilegal, las CTA fueron objeto de múltiples investigaciones administrativas y judiciales, y de regulación estricta para su ejercicio empresarial. En efecto, en la mencionada década se expedieron el decreto 4588 de 2006, la ley 1233 de 2008, la ley 1429 de 2010 y el decreto 2025 de 2011, los cuales buscaban hacer cada vez más difícil la utilización indebida de estas CTA.

En medio de este esfuerzo por neutralizar la indebida utilización de esta figura, lamentablemente se le cerró también la puerta a las cooperativas que hacían verdaderos ejercicios solidarios de trabajo. El decreto 2025 de 2011 impidió que las CTA pudieran participar en procesos de tercerización de actividades propias del giro ordinario de las empresas, soslayándolas al ejercicio de actividades ajenas o de apoyo. Esto hizo que las pocas cooperativas que trataban de hacer verdadera tercerización fueran relegadas y tuvieran que ser liquidadas.

El decreto 2025 de 2011 fue anulado en sentencia del Consejo de Estado en febrero de 2018<sup>16</sup>. La razón principal de su anulación fue la extralimitación de la facultad reglamentaria del gobierno. En efecto, as facultades otorgadas por la ley 1429 de 2010 se enmarcaban en el contexto de la intermediación y no de la tercerización. Con la nulidad

---

<sup>16</sup>Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Nulidad. Expediente 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011), 19 de febrero de 2018.

del decreto que prohibía la participación de las cooperativas en la tercerización, se abre de nuevo la posibilidad de que esta figura participe en dicho mercado:

a) Relaciones jurídicas. Entre el beneficiario y la cooperativa hay una relación civil o administrativa. Entre la cooperativa y el trabajador asociado hay una relación asociativa regida por el derecho cooperativo y sus propios estatutos y normas internas. Entre el beneficiario y el trabajador asociado no existe ninguna relación jurídica;

b) Régimen de responsabilidad. En Colombia no hay responsabilidad solidaria ni subsidiaria en cabeza del beneficiario cuando la figura que se usa para hacer tercerización es la de una Cooperativa de Trabajo Asociado.

### 2.3 Contrato sindical

La última figura mediante la cual se puede hacer tercerización en Colombia es el Contrato Sindical. Este corresponde a un contrato de naturaleza colectivo que firma un sindicato de trabajadores con uno o varios empleadores para ejecutar una obra o prestar un servicio. Es una figura antigua del derecho laboral colombiano por cuanto se enmarca como una función de los sindicatos en el art. 373 del Código Sustantivo del trabajo y su definición se encuentra en el art. 482. Su uso se intensificó cuando las cooperativas de trabajo asociado se fueron extinguiendo. Así, desde el año 2010 y hasta la fecha se ha incrementado la constitución de sindicatos y la celebración de contratos sindicales:

a) Relaciones jurídicas. Entre el Sindicato y el trabajador afiliado hay una relación de afiliación. Así lo señaló la Corte Constitucional cuando al abordar un caso de una acción de tutela se detuvo a determinar la naturaleza de las relaciones jurídicas<sup>17</sup>. Entre el Sindicato y la empresa beneficiaria hay un contrato sindical (naturaleza colectiva laboral). Entre el beneficiario y los afiliados no existe ninguna relación jurídica;

b) Régimen de responsabilidad. El art. 483 del Código Sustantivo de Trabajo señala la obligación de las partes del contrato sindical de dar una caución para garantizar los derechos de los

---

<sup>17</sup>Sentencia T - 303 y 457 de 2011.

trabajadores afiliados. Ahora bien, esta caución hoy en día se respalda con una póliza de seguro. La misma norma indica que si no se presta la caución requerida por ley, las partes entrarán a responder por estos derechos de sus propios patrimonios. Lo anterior, implica el establecimiento de una responsabilidad solidaria que nace a la vida jurídica ante el incumplimiento de las partes de prestar la caución. Esto quiere decir que la responsabilidad del beneficiario será absolutamente contingente.

Cualquier tipo de sindicato puede celebrar un contrato sindical. Ahora bien, dado que la figura se comenzó a prestar para caer en los vicios ya conocidos previamente de intermediación ilegal y precarización del trabajo, fue necesario expedir una regulación que estableciera algunas condiciones que debía cumplir el sindicato para la celebración de estos contratos. En efecto, las normas que han regulado el contrato sindical son: el art. 373, 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo (vigentes), el decreto 657 de 2007 (derogado), el decreto 1429 de 2010 (derogado) y el decreto 036 de 2016 (vigente).

El decreto 036 de 2016 estableció las siguientes condiciones a los sindicatos que quisieran celebrar contratos sindicales:

- 1) la existencia previa del sindicato con al menos seis meses de constitución antes de la firma del contrato sindical;
- 2) la afiliación de trabajadores vinculados a la empresa con la cual se celebra contrato sindical;
- 3) aprobación en asamblea de afiliados de la suscripción del contrato sindical;
- 4) la estructura y capacidad administrativa y financiera para prestar los servicios, ejecutar obras contratadas y cumplir con las obligaciones.

Lo anterior busca que los sindicatos no se constituyan solamente para contratar sino que ejerzan su función primigenia de representar a los trabajadores y velar por sus derechos laborales y mejores condiciones de trabajo.

En efecto, una de las principales críticas que se realiza al régimen de responsabilidad en la tercerización en Colombia es que este depende de la figura con la cual se haga la tercerización. Así las cosas, el tratamiento de los trabajadores si es distinto en materia de garantía de sus derechos.

### 3 FIGURAS DE INTERMEDIACIÓN EN COLOMBIA

#### 3.1 Empresas de servicios temporales

Las Empresas de Servicios Temporales (EST) están reguladas actualmente por la ley 50 de 1990 y reglamentadas por el decreto 4369 de 2006. Este último señaló que solo se puede utilizar la provisión de trabajadores en misión en tres eventos: (1) actividades ocasionales y transitorias, (2) suplir vacancias temporales, y (3) suplir incrementos de la producción o de la demanda de servicios.

Como su nombre lo indica el suministro de personal en misión es temporal, así las cosas, cada una de las situaciones que se regulan tiene un límite temporal especial. En el primer caso, actividades ocasionales o transitorias no puede durar más de 30 días y solo para desarrollar actividades diferentes a las principales de la empresa usuaria. En el segundo caso, suplir vacancias temporales, solo puede durar el término que dure la vacancia, esto significa que si se está haciendo un reemplazo por vacaciones, este será el término del suministro y no se podrá extender a no ser que se cambie la razón de la vacancia temporal, por ejemplo entre a reemplazar una licencia de maternidad etc. En el tercer caso, correspondiente al incremento de producción el término máximo es de seis meses prorrogables por otros seis meses:

a) Relaciones jurídicas. Entre la EST y el trabajador en misión existe un verdadero contrato de trabajo. Entre la EST y la empresa usuaria existe un contrato civil o administrativo. Entre el trabajador en misión y la empresa usuaria no existe ninguna relación jurídica. Esto es objeto de debate y controversias, porque la incorporarse a los procesos de la empresa usuaria es esta la que ejerce la subordinación sobre el trabajador, sin embargo, la ley permite esto bajo la ficción de la delegación. Esto significa que la EST en el marco del contrato comercial delega la facultad de subordinación en el contexto de la misión;

b) Régimen de responsabilidad. Por regla general, no existe ningún tipo de responsabilidad en la empresa usuaria sobre los derechos de los trabajadores en misión. La única excepción es cuando la usuaria incumple la obligación de informar al Ministerio del Trabajo el incumplimiento de la EST de remitirle la información de afiliaciones y cotizaciones a la seguridad social de los trabajadores en misión, dentro

de los diez primeros días del mes. En este caso se hace responsable solidariamente de los derechos derivados del sistema de seguridad social, pero para que esto se concrete la usuaria debe omitir denunciar tal omisión ante el Ministerio, si por el contrario denuncia se libra de la responsabilidad solidaria.

La mayor crítica a esta figura en Colombia es la utilización fuera de las tres hipótesis para las cuales ha sido creada. De igual forma, la extralimitación en la temporalidad definida para cada caso o la extralimitación en la subordinación delegada. En estos últimos dos casos, el análisis pasa a ser de simple intermediación. Esto es, cuando la EST permite que haya extralimitación en la subordinación o en la temporalidad, en realidad se comporta como un simple intermediario y por lo tanto no será el verdadero empleador, sino pasará a estructurarse la relación laboral con la empresa usuaria, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

### **3.2 Simple intermediación**

El art. 32 del Código Sustantivo de Trabajo regula quienes son representantes del empleador, y dentro de estos señaló que el intermediario lo es. Posteriormente, en el art. 35 se realizó una definición del simple intermediario como aquel que coordina las labores de los trabajadores de otro, por lo tanto, representa al verdadero empleador pero no lo sustituye. Esta labor de simple intermediación está regulada en Colombia y no está prohibida, el punto es que el intermediario debe declarar esta condición ante los trabajadores y revelar el nombre del verdadero empleador. Ahora bien, si el intermediario no revela su condición se expone a una responsabilidad solidaria sobre los derechos de los trabajadores.

A pesar de que esta situación está regulada en el art. 35 del Código Sustantivo de Trabajo y la consecuencia del ocultamiento de la calidad de simple intermediario es la responsabilidad solidaria, es claro que el propósito de engañar a los trabajadores en relación con la identificación de su verdadero empleador implica la ilegalidad misma de su utilización. En efecto, la simple intermediación con ocultamiento es una conducta sancionada administrativamente por el Ministerio del Trabajo.

Normalmente, la simple intermediación ilegal tiene como fachada una aparente tercerización, sin que en realidad exista el desprendimiento de un proceso en autonomía total, como lo exigiría una verdadera tercerización. Por ello es común observar cooperativas de trabajo asociado, sindicatos o empresas contratistas involucradas en situaciones de intermediación ilegal. De hecho, durante la década de los 2000, el uso para intermediación de las cooperativas de trabajo asociado fue exorbitante lo cual dio lugar a la producción de varias normas que intentaron frenar esta manipulación de la figura.

El decreto 4588 de 2006, la ley 1233 de 2008, la ley 1429 de 2010 expresamente traen una prohibición a las CTA de hacer intermediación laboral tanto como simples intermediarios como suministradores de personal.

Ahora bien, lo cierto es que para hacer simple intermediación cualquier figura sirve. Esto quiere decir que sea con CTA, sindicatos, o con EST, el que quiere engañar a los trabajadores podrá pasar de figura en figura haciendo lo mismo. La capacidad de nuestro Estado para hacer frente a esta indebida utilización de la intermediación es lo que puede garantizar que no se siga manipulando las diferentes figuras para obtener un fin ilegítimo.

## 4 CONCLUSIÓN

La gran dificultad del ordenamiento jurídico colombiano es la regulación de la tercerización e intermediación por figuras. Esto ha permitido que el régimen de responsabilidad sobre derechos laborales vaya de ningún tipo de responsabilidad hasta la responsabilidad solidaria del beneficiario, tan solo cambiando la figura con la que se terceriza.

Por otra parte, la falta de unificación normativa de los conceptos hace que las empresas se enfrenten a una gran inseguridad jurídica porque el Ministerio del Trabajo en ocasiones persigue la legítima tercerización confundiéndola con la simple intermediación.

Así las cosas, la necesidad de unificar la normatividad sobre la materia es apremiante en nuestro derecho para garantizar por una parte la seguridad jurídica que permita el ejercicio legítimo de la libertad de empresa, y por otra, la protección efectiva de los trabajadores en estos procesos.

De igual manera, se requiere fortalecer la capacidad del Estado de perseguir a aquellos que usan todas las figuras posibles para defraudar a los trabajadores.

## 5 REFERENCIAS

BASUALDO, Victoria; MORALES, Diego (Coord.). **La tercerización laboral: orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. **Descentralización productiva y ordenamiento laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas**. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

# LA TUTELA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES ANTE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

MONTOYA MEDINA, David\*

## 1 INTRODUCCIÓN

Aun cuando la condición de empresario y los derechos y obligaciones derivados de tal condición suelen corresponder al sujeto que, como tal, ha concertado el contrato de trabajo, existen fenómenos de cooperación empresarial en los que, dos o más sujetos pueden ostentar los derechos, obligaciones y responsabilidades propios de la condición de empleador.

Es el caso particular de las contrata y subcontratas de obras y servicios, institución para la cual la legislación laboral española diseña un conjunto de garantías legales para asegurar que el normal funcionamiento de este fenómeno de colaboración empresarial no perturbe determinados derechos de los trabajadores y de la propia Seguridad Social.

Como es sabido, la contrata y subcontrata constituye una técnica de organización de la actividad productiva en virtud de la cual una empresa, denominada empresa principal o comitente, encomienda a otra, denominada contratista, la realización de determinadas obras o servicios cuya ejecución precisa para el desarrollo de su actividad. Si, a su vez, la empresa contratista encomienda la ejecución de todo o parte del encargo a una tercera empresa subcontratista se estará ante una subcontrata. Como se ha dicho, el ordenamiento laboral se ocupa

---

\*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante (España). Árbitro del Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana (España).

de los efectos laborales de este tipo de negocios interempresariales para evitar que su concertación ponga en peligro la efectividad de los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social.

Pese a que la regulación jurídica-laboral de esta institución se halla actualmente dispersa en muy diversos preceptos y disposiciones legales<sup>1</sup>, el art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) constituye su principal precepto regulador. Este precepto afronta la regulación de esta institución jurídica a través de dos grandes intervenciones normativas. Por una parte, delimita jurídicamente la institución: esto es, establece un supuesto de hecho al que poder asociar determinadas consecuencias jurídicas. Por otra, diseña un conjunto de garantías para evitar que el funcionamiento de dicha institución en la práctica pueda comprometer la efectividad de los derechos de los trabajadores. Siendo ello así, conviene detener la atención en ambos extremos.

Conviene adelantar aquí que la legislación española no restringe la posibilidad de cualquier empresa de descentralizar o subcontratar todo o parte de su actividad productiva. Dicho derecho encuentra su amparo en el art. 38 de la Constitución Española que, al reconocer el derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado, faculta a cualquier empresa a diseñar libremente su organización productiva en la forma que mejor satisfaga su productividad en el mercado. Así pues, como regla general, toda empresa puede optar por prescindir de la subcontratación y contratar directamente a los trabajadores que precise o, en cambio, celebrar una contrata de obras o servicios para que una empresa contratista, especialista en el mercado, desarrolle para la empresa principal todo o parte de actividad productiva.

Con todo, como se va a ver aquí, existen ciertas limitaciones importantes por la vía de la cesión prohibida de trabajadores (art. 43 ET). La legislación española autoriza la concertación de lícitas

---

<sup>1</sup>Arts 42 y 43 del Real Decreto Legislativo 2/2015, **que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**, arts. 142.1, 168.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, **por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social**, art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, **de Prevención de Riesgos Laborales**, arts. 23.1 a), 23.2 y 42.3 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, **por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social**, Ley 32/2006, de 18 de octubre, **reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción**.

contratas en las que la empresa contratista con sus propios medios materiales y humanos realiza un concreto encargo, con un objeto bien delimitado, para la empresa principal. Lo que no autoriza la legislación española, por constituir una cesión ilegal de trabajadores, es que la empresa contratista no actúe como tal y se limite a ceder trabajadores a la empresa principal, sin intervenir en absoluto en la organización de su actividad laboral y limitando su actividad productiva, precisamente, a esa cesión de trabajadores.

También existen claras limitaciones a la subcontratación, más intensas que en el resto de sectores de la actividad, que vienen impuestas por su legislación reguladora (Ley 32/2006, de 18 de octubre, **reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción**) donde existen importantes condicionantes legales como la imposibilidad de subcontratar más allá de un tercer subcontratista o la obligación de los contratistas y subcontratistas de acreditar su idoneidad inscribiéndose en un registro público de empresas contratistas acreditadas, gestionado por la Administración.

En las siguientes páginas, la atención se focalizará en la regulación común de las repercusiones laborales de la subcontratación, contenida en el art. 42 ET. Como se ha señalado aquí, dicho precepto regula un concreto supuesto de hecho para el que instaura un conjunto de garantías jurídicas al objeto de que el funcionamiento del trabajo en régimen de subcontratación no ponga en peligro determinados derechos de los trabajadores.

## **2 EL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 42 ET: la contratación y subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal**

La regulación estatutaria se ocupa no de cualquier tipo de contrata, sino solamente de las contratas y subcontratas de obras y servicios “**correspondientes a la propia actividad**” del empresario principal. Ello quiere decir que solamente las contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario principal quedan sujetos al conjunto de garantías diseñadas en el art. 42 ET. Las contratas que no son de la propia actividad de la empresa principal, quedan fuera, por tanto, del ámbito aplicativo del art. 42 ET.

Conviene adelantar aquí que dichas contratadas (las no correspondientes a la propia actividad) cuentan con un régimen de garantías de segundo nivel que se traduce en una responsabilidad subsidiaria de la empresa principal que recae sobre cotizaciones de Seguridad Social impagadas por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata así como prestaciones de Seguridad Social de la que dichos empresarios hubiesen sido declarados responsables respecto de los trabajadores ocupados por dichas empresas durante la vigencia de la contrata (arts. 142.1, y 168.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, **por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social**).

Centrando, pues, la atención en el art. 42 ET y en su supuesto de hecho, y dado que las garantías que el mismo precepto diseña las circunscribe a las contratadas de la propia actividad de la empresa principal, debe resolverse una cuestión previa de crucial trascendencia práctica: ¿Qué se debe entender por “**propia actividad**” de la empresa principal?

- Se trata de una cuestión no pacífica que, desde hace mucho tiempo, lleva alimentando un intenso debate doctrinal y jurisprudencial. Ello se debe, principalmente, al hecho de que se está ante un concepto jurídico indeterminado, respecto del que el propio Tribunal Supremo ha invitado a su interpretación casuística, lo que ha tenido su reflejo en multitud de pronunciamientos, no siempre coincidentes, de la doctrina en suplicación.

Sea como fuere, parece haberse consolidado en la jurisprudencia un criterio de corte restrictivo<sup>2</sup>, según el cual constituyen la propia actividad de la empresa principal solamente las tareas que sean inherentes al ciclo productivo de la empresa principal (las constitutivas de su “*core business*”, si se prefiere). Por poner un ejemplo, pertenecerían a la propia actividad de una empresa de telefonía los trabajos de instalación y tendido de líneas telefónicas<sup>3</sup>.

Quedarían fuera, por tanto, las tareas accesorias o complementarias (limpieza, vigilancia, restauración, mantenimiento etc.)

---

<sup>2</sup>Criterio que parece haberse instalado en la jurisprudencia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1995, que no consideró de la propia actividad las tareas de vigilancia que la empresa contratista desarrollaba para una administración pública (Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

<sup>3</sup>Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 2002.

por muy necesarias o habituales que sean en el desarrollo de la actividad empresarial. Ello no obstante, la jurisprudencia ha matizado que este tipo de tareas sí pueden considerarse propia actividad cuando resulten “**absolutamente esenciales**” para la consecución de los fines de la empresa principal. Piénsese, por ejemplo, en el servicio de restauración de un Colegio Mayor Universitario<sup>4</sup>, o en el transporte sanitario urgente para un servicio público de salud<sup>5</sup>.

## **2.1 Las exclusiones del supuesto de hecho del art. 42 ET: obras contratadas por un cabeza de familia respecto de su vivienda habitual y obras contratadas no por razón de una actividad empresarial**

Por otra parte, téngase en cuenta que el art. 42 ET, además de exigir la concurrencia del presupuesto de la propia actividad, excluye de su supuesto de hecho dos supuestos:

1) las obras contratadas por un cabeza de familia para la construcción o reparación de su vivienda habitual. En estos casos, no se estaría ante una contrata en sentido técnico pues no hay duda de que el cabeza de familia no es empresario;

2) las obras o servicios cuya realización no se encomiende por razón de una actividad empresarial. Se refiere la norma a las obras o servicios encomendados por la empresa principal pero desprovistos de finalidad productiva. Es el caso, singularmente, de las obras de mantenimiento y reparación de los locales en el que la empresa principal desarrolla su actividad. Se trata, en todo caso, de una exclusión reconducible al requisito de la propia actividad, pues es evidente que una tarea encargada no por razón de la actividad empresarial del empresario principal no puede ser de su propia actividad.

## **2.2 Subcontratación y cesión ilegal de trabajadores: la “pseudo-contrata” y sus efectos legales**

Conforme al art. 43 ET, puede hablarse de dos tipos de cesión de trabajadores:

---

<sup>4</sup>Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1998.

<sup>5</sup>Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2008.

- por una parte, la denominada **cesión legal** de trabajadores: que es la efectuada a través de empresas de trabajo temporal, debidamente autorizadas en los términos previstos en su ley reguladora (Ley 14/1994). Junto a la cesión lícita de trabajadores, a través de ETTs, como es sabido nuestro ordenamiento jurídico contempla otros supuestos de cesión lícita como son, singularmente, la de los deportistas profesionales, altos directivos y la de los estibadores portuarios;

- por otra, la llamada **cesión ilegal** de trabajadores, esto es, la que tiene lugar fuera de los supuestos anteriores, es decir, la efectuada por un sujeto que no tenga la condición de ETT o, apurando los términos legales, la efectuada por una ETT que no se encuentre debidamente autorizada o para supuestos prohibidos por su ley reguladora.

Dicha distinción de regímenes jurídicos entre cesión legal y cesión prohibida se desprende del tenor literal del art. 43.1 ET:

**La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.**

Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico español, la cesión de trabajadores solamente puede efectuarse a través de empresas de trabajo temporal cuyo régimen jurídico viene regulado por la Ley 14/1994, de 11 de junio, **de Empresas de Trabajo Temporal**<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Junto a las empresas de trabajo temporal, hay otros supuestos excepcionales de cesión de trabajadores autorizada por la ley, como es el de los estibadores portuarios (cuya relación de trabajo está regulada **por el Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052)** y por el Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, **por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba**. También es el caso de los deportistas profesionales (cuya relación de trabajo se encuentra regulada por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, **por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales**).

Conviene detener ahora en la cesión ilegal de trabajadores pues, como se va a ver, en la práctica es relativamente frecuente que se incurra en esta figura prohibida a través de la concertación de una aparente subcontratación de actividades productivas. El marco jurídico de la cesión ilegal de trabajadores viene establecido en el art. 43 ET. Dicho precepto viene a prohibir la práctica de la llamada **“interposición en el contrato de trabajo”**, esto es, que entre el trabajador y el empleador que recibe su servicio, se sitúe o interponga un tercero, con claro perjuicio para aquél.

Los fenómenos de cesión prohibida pueden producirse abiertamente (no es lo habitual, pero existe jurisprudencia antigua que da cuenta de esta realidad) o con la cobertura formal de una aparente contrata o subcontrata de obras y servicios. Desde muy antiguo, la jurisprudencia viene suministrando criterios para deslindar lo que es una lícita contrata de un mero fenómeno de interposición ilícita en el contrato de trabajo o pseudocontrata. Dichos criterios vienen reconocidos por el vigente art. 43 ET. Son los tres siguientes:

- en primer lugar, el objeto de la contrata ha de ser una actividad específica y bien delimitada, que se pueda diferenciar de la actividad que desarrolla habitualmente la empresa principal. No se puede limitar a una **“mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”**;

- en segundo lugar, la empresa contratista ha de tener una entidad real. Debe contar, por tanto, con infraestructura material y organizativa propia e independiente para el desarrollo de su actividad, sin que baste el cumplimiento de requisitos formales como su constitución formal como sociedad, su inscripción en Hacienda o en la Seguridad Social. En otros términos, la empresa contratista ha de contar con oficinas y/o centros de trabajo, instrumentos de trabajo, organización de actividad y plantillas propias;

- en tercer lugar, la empresa contratista debe poner en juego esa infraestructura con la que cuenta al servicio de la ejecución de la contrata. Por una parte, debe aportar medios y utensilios de trabajo y, por otra, debe controlar, organizar y dirigir la actividad laboral de los trabajadores que emplee en la contrata. En otros términos, si la empresa contratista, pese a tener entidad real y contar con un objeto social específico, se limita a suministrar trabajadores a la empresa principal para que desarrollen servicios en sus centros de trabajo, bajo

la vigilancia y control de la propia empresa principal, se estará ante una cesión ilegal de trabajadores.

Desde luego, ello no quiere decir que la empresa principal no pueda desempeñar ciertas tareas de vigilancia y control de la actividad laboral desempeñada en sus centros de trabajo. De hecho es habitual que tenga que hacerlo a efectos de coordinar la producción entre sus propios trabajadores y los trabajadores de la empresa contratista. Téngase en cuenta que entre la empresa principal o comitente y la empresa contratista existe, por regla general, un contrato civil de ejecución de obra o de arrendamiento de servicios. Y en el marco de dicho contrato, la empresa principal o comitente ostenta el denominado poder de especificación, que le permite dar a la empresa contratista (y por ende, a sus propios trabajadores) las indicaciones que sean precisas para que la obra o servicio se desarrolle a su entera disposición. Lo que no puede ocurrir es que la empresa contratista abandone completamente sus facultades de vigilancia y control de la actividad laboral de sus trabajadores cediéndoselas a la empresa principal. En este caso emergería claramente la cesión ilegal de trabajadores y habría que estar a sus efectos legales.

En resumidas cuentas, si el objeto de la contrata no consiste en una actividad específica, que pueda diferenciarse de la desarrollada por la empresa principal, o bien la empresa contratista carece de infraestructura y medios suficientes para desarrollar su actividad o bien, disponiendo de los mismos, no los pone en juego para la ejecución del encargo, se estará ante una cesión ilegal de mano de obra, prohibida por el art. 43 ET.

### Efectos de la cesión ilegal de los trabajadores

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición legal de la cesión de trabajadores? El ordenamiento jurídico establece una batería de efectos sancionadores, estableciendo diversas responsabilidades de los empresarios participantes de la misma, que, en el caso de una supuesta contrata de obras o servicios (en realidad, una pseudocontrata) pesarían sobre la empresa comitente o principal y sobre la empresa contratista o, en su caso, subcontratista:

1) **Responsabilidad laboral:** contractualmente, cedente y cesionario responderán solidariamente por las obligaciones contraídas con los trabajadores (no sólo salariales) y con la Seguridad Social.

Además, el art. 43 ET reconoce a los trabajadores sometidos a la cesión prohibida una opción de fijeza. Los trabajadores cedidos podrán optar para la adquisición de la condición de fijos entre la empresa cedente y la cesionaria. No obstante, la jurisprudencia viene exigiendo para el ejercicio de dicho derecho de opción que la relación laboral siga vigente, no siendo posible si ésta se ha extinguido. Ello, desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de ambas empresas frente a los efectos de una eventual declaración de despido improcedente. Es decir, si durante la vigencia de la cesión ilegal el trabajador es objeto de un despido improcedente, el mismo puede accionar contra dicho despido acumulando la acción de declaración de existencia de cesión ilegal, con el objeto de que se declare por el juez que existe dicha cesión ilegal y, en consecuencia, se condene solidariamente a empresa contratista y principal a responder de las consecuencias legales del despido improcedente<sup>7</sup>.

Por lo demás, debe advertirse que el ejercicio de este derecho de opción cabe también cuando el cesionario es una Administración Pública<sup>8</sup>. Si bien, en tal caso, la jurisprudencia bien haciendo uso de la sutil distinción entre “**trabajador fijo**” y “**trabajador por tiempo indefinido**”, nacida de los supuestos de contratación temporal irregular, precisando que el trabajador sometido al tráfico prohibido únicamente podrá ostentar esta última condición<sup>9</sup>.

2) **Responsabilidad administrativa:** cedente y cesionario incurrir en infracción administrativa muy grave, sancionable con las correspondientes multas (art. 8.2 LISOS).

---

<sup>7</sup>Sentencia Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2017.

<sup>8</sup>Sobre el particular, cfr. la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2016, que contempla un supuesto de cesión de trabajadores que prestaban servicios para un conservatorio profesional de música creado por un patronato dependiente de una Diputación Provincial de Cuenca (Castilla la Mancha).

<sup>9</sup>Ostentar la condición de trabajador indefinido no fijo implica una especie de interinidad en la posición contractual del trabajador, de forma que su relación laboral en la Administración Pública solamente se mantendrá vigente hasta que ésta proceda a la cobertura definitiva del puesto de trabajo por el procedimiento de concurso o concurso-oposición reglamentariamente previsto.

3) **Responsabilidad penal:** cedente y cesionario pueden incurrir en el delito de **tráfico ilegal de mano de obra**, previsto en el art. 312 CP, que prevé penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses.

### **3 LAS GARANTÍAS LEGALES DEL ART. 42 ET: responsabilidades patrimoniales de las empresas participantes en la subcontratación y derechos de información de los trabajadores y de sus representantes legales**

En cuanto a las garantías legales, básicamente el art. 42 ET diseña unas garantías patrimoniales y unos derechos de información de los trabajadores y de sus representantes para evitar abusos en la subcontratación.

Hasta la fecha, en nuestro ordenamiento jurídico no existen garantías legales de paridad retributiva entre los trabajadores de las empresas principales y los trabajadores de las empresas contratistas. La ley vigente protege a los trabajadores de las empresas contratistas frente a los incumplimientos salariales y de Seguridad Social pero no frente al hecho de percibir un salario inferior pese a ocupar puesto idéntico o realizar idénticas funciones que otros trabajadores contratados directamente por la empresa principal.

Sin duda, ello conlleva que los desfases retributivos entre trabajadores de las empresas principales y contratistas sea un problema común y actual del trabajo en contratas en España. Dicho problema se produce por el hecho de que los trabajadores de las empresas contratistas vienen rigiéndose por un convenio colectivo propio (el convenio colectivo de su empresa contratista), diferente del convenio colectivo por el que se rigen los trabajadores de la empresa principal. La reforma laboral de 2012 ha acentuado esta problemática instaurando la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa frente al de sector establecida en el art. 84.2 ET.

#### **3.1 Las garantías patrimoniales**

Las garantías patrimoniales viene representadas por la responsabilidad solidaria de los empresarios participantes en la contrata

por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata. De la redacción del art. 42 ET se extrae una delimitación subjetiva, objetiva y temporal de esta responsabilidad. También el precepto regula un supuesto de exoneración parcial de responsabilidad:

1) la jurisprudencia viene entendiendo que, subjetivamente, dicha responsabilidad solidaria alcanza al empresario principal, al contratista y al resto de subcontratistas que les pudieran suceder en la cadena descentralizadora;

2) objetivamente, la responsabilidad solidaria comprende las obligaciones salariales de los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores que hayan sido insatisfechas y las obligaciones referidas a la Seguridad Social de estos mismos empresarios. Todo apunta a que se ha de efectuar una interpretación estricta de las primeras y entender que sólo responde el empresario principal por obligaciones estrictamente salariales. Y una interpretación amplia de las segundas, comprendiendo toda obligación que tenga una conexión funcional con la Seguridad Social: no sólo cuotas impagadas, sino también prestaciones de las que sea responsable el empresario contratista o subcontratista, recargos de prestaciones, incluso, mejoras voluntarias de la acción protectora. Sin embargo, la jurisprudencia viene excluyendo estas últimas del ámbito objetivo de la responsabilidad empresarial;

3) temporalmente, la responsabilidad se circunscribe a las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata o subcontrata. Desde luego, no alcanza a las obligaciones nacidas con anterioridad a la concertación de la contrata, ni tras su finalización. Además, la responsabilidad solidaria del empresario principal podrá ser exigida durante el año siguiente a la terminación del encargo, de tratarse de obligaciones salariales, y durante los tres siguientes si se trata de obligaciones de Seguridad Social;

4) por lo que respecta a la posible exoneración parcial por parte del empresario principal, el art. 42.1 ET arbitra un mecanismo (**la solicitud de certificación negativa de descubiertos**) que permite a dicho empresario exonerarse de la responsabilidad solidaria correspondiente a las obligaciones de Seguridad Social.

En esencia, se trata de un mecanismo que pretende sanear el mercado de contratas compeliendo al empresario a no contratar con

contratistas morosos con la Seguridad Social. La regla en esencia permite al empresario principal interesarse por la solvencia del contratista con el que pretende formalizar la contrata, solicitando a la Tesorería General de la Seguridad Social una certificación negativa de deudas referida al mismo. Si la certificación es positiva y, pese a ello, el empresario principal contrata, no se verá exonerado de responsabilidad. Si la certificación no es emitida en el plazo de 30 días, el empresario principal queda exonerado por disponerlo así el art. 42 ET. Si, en cambio, es negativa, nada dice la norma. Habrá que entender, no obstante, que también procede la exoneración dada la finalidad antes atribuida al precepto de saneamiento del mercado de contratas.

### **3.2 Derechos de información de los trabajadores y de sus representantes legales en los supuestos de subcontratación**

Completan el cuadro de garantías legales los derechos de información que el art. 42 ET insta para los trabajadores y sus representantes legales en los supuestos de subcontratación de actividades productivas.

En primer lugar, el art. 42 ET impone determinadas obligaciones informativas que pesan sobre el empresario principal y el contratista. Estos deben informar a sus representantes de los trabajadores, antes de la celebración de la contrata, de extremos tales como la identificación del otro empresario participante de la contrata, las condiciones de ejecución de la misma (objeto, lugar y duración), el número de trabajadores del contratista que serán ocupados en el centro de trabajo del principal, y las medidas de coordinación previstas en materia de prevención de riesgos laborales. A tal efecto, cuando la empresa principal y la contratista compartan un mismo centro de trabajo, la principal deberá tener en el mismo un libro-registro con dicha información a disposición de los representantes de los trabajadores.

En segundo lugar, para a los trabajadores y a la Tesorería General de la Seguridad Social el ejercicio de la responsabilidad solidaria frente a la empresa principal, a la empresa contratista se le impone la obligación de comunicar a ambos la identidad de esta última.

El fundamento de la instauración legal del conjunto de estos derechos de información parece residir en cierta desconfianza

del legislador hacia el fenómeno descentralizador. Se pretende evitar que el recurso a esta técnica de organización productiva pueda resultar lesiva a los derechos e intereses de los trabajadores tanto de la empresa principal como de contratistas y subcontratistas.

Téngase en cuenta que estos trabajadores están expuestos a riesgos distintos a las típicas insolvencias patrimoniales. Riesgos como el de la utilización de la contrata con fines antijurídicos (para ocultar una cesión ilegal o un esquirolaje), una deficiente política de prevención frente a los riesgos laborales (que puede resultar particularmente visible con ocasión de una subcontratación), las ostensibles diferencias retributivas entre el personal de las empresas principales y el de las auxiliares, o, incluso, el recurso a la subcontratación en perjuicio del empleo estable en la empresa.

El incumplimiento de dichos deberes de información determina la responsabilidad administrativa de los empresarios incumplidores que incurrir en infracción administrativa de carácter grave (art. 7.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, **por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social**).

# APONTAMENTOS SOBRE CONTRATO DE TRABALHO SUBORDINADO E TERCEIRIZAÇÃO NA ITÁLIA

**NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves\***

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

As recentes alterações legislativas promovidas pelo legislador brasileiro no tocante à regulamentação legal da flexibilização produtiva por intermédio da terceirização de atividades empresariais, considerada legítima segundo recente interpretação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, tem sido alvo de amplos debates e considerações por parte dos juristas que se dedicam ao estudo do direito do trabalho.

A fim de contribuir para o debate trazemos à luz alguns apontamentos a respeito da formação do contrato de trabalho subordinado e da utilização da terceirização de atividades empresariais no modelo italiano, ilustrando ambas figuras do ponto de vista legal e do ponto de vista jurisprudencial. O estudo do direito italiano ganha relevância em razão da solução jurídica adotada por aquele país quando a situação de terceirização é utilizada apenas para mascarar uma real relação de emprego, transformando-se, na prática, em mera intermediação de mão de obra, figura vetada tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico italiano. Da mesma

---

\*Juíza do Trabalho, titular da 2ª Vara do Trabalho de Franca, SP, TRT da 15ª Região. Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista - FCHS, Unesp, SP. Professora Assistente no Departamento de Direito Privado, de Processo do Civil e do Trabalho da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - FCHS, Unesp, SP. Licenciatura em Filosofia pela PUC de Belo Horizonte, MG. Doutoranda em Direito do Trabalho pela Università Sapienza em Roma, Itália.

forma, a responsabilidade das empresas terceirizantes e terceirizadas, incluindo aqui as subcontratadas no modelo italiano parecem indicar solução mais apropriada que a encontrada pelo legislador brasileiro, ao menos no que diz respeito à possibilidade de acionamento judicial da empresa contratante, pouco importando se legítima ou não a terceirização.

Importante ressaltar que o legislador italiano não se preocupa em diferenciar o tipo de atividade que entra na escolha empresarial da descentralização produtiva, em homenagem à livre iniciativa. Exatamente por isso atribui maior responsabilidade à empresa terceirizante quanto aos valores devidos aos trabalhadores, a título de retribuição e encargos previdenciários ou securitários, considerando que no modelo italiano são versadas contribuições para dois sistemas distintos, o de previdência, a cargo do **INPS** (Istituto Nazionale di Previdenza Sociale), e o de securitário relativo a infortúnios do trabalho, a cargo do **INAIL** (Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro). Para os demais valores devidos aos trabalhadores (excluídos valores devidos a título de retribuição e tais contribuições), o legislador prevê limitação da responsabilidade, bem como exíguo prazo prescricional, que se justifica em razão da própria limitação da responsabilidade.

Releva notar também a solução italiana relativa ao procedimento jurisdicional a fim de questionamento, em juízo, do contrato de terceirização quando ausentes os requisitos legais de validade do mesmo. As normas processuais, recentemente alteradas, visam garantir maior eficácia do provimento jurisdicional, garantindo-se ao trabalhador que o litígio se desenvolva em face do efetivo beneficiário do objeto do contrato, nas hipóteses de ausência de quitação de retribuição e/ou contribuições previdenciárias ou securitárias.

## **2 CONTRATO DE TRABALHO SUBORDINADO**

Riccardo Del Punta esclarece que o direito do trabalho, desde sua origem, e até os dias atuais, nunca foi o direito de todos os trabalhadores, sem adjetivos, mas é e continua sendo o direito dos

trabalhadores subordinados, permanecendo este o componente mais consistente da massa de trabalhadores<sup>1</sup>.

O art. 2094 do Código Civil Italiano define a figura do empregado subordinado como sendo:

[...] aquele que se obriga, mediante retribuição, a colaborar na empresa, prestando o próprio trabalho intelectual ou manual à dependência e sob a direção do empreendedor.

Tal dispositivo legal, segundo Giuseppe Santoro-Passarelli, exprime dois conceitos diversos, mas coligados entre si. A expressão “**sob a direção**” indica que o empreendedor tem o poder de determinar como se constitui o contrato de trabalho desde sua formação e, durante seu curso, pode alterar unilateralmente a modalidade de execução da prestação laborativa (subordinação técnica) a fim de que a colaboração do trabalhador “**à dependência**” do mesmo empreendedor seja idônea a satisfazer o interesse deste último (subordinação funcional)<sup>2</sup>.

O trabalhador subordinado, assim, se obriga a colaborar na empresa, o que quer dizer colaborar com o empreendimento objetivando a realização de seu objetivo empresarial e não significa colaboração pessoal com a figura do empreendedor. Contudo, o traço característico da subordinação não é a colaboração (que também existe no caso do trabalho autônomo conhecido como colaboração coordenada e continuativa - *co.co.co*), mas tem como característica essencial a heterodireção da atividade laborativa, eis que a mesma permanece a cargo do empregador, e é exercida através de ordens que o empregado tem a obrigação de respeitar (chamada heterodeterminação da prestação)<sup>3</sup>.

Essa subordinação, de acordo com Del Punta, circunscreve-se no exercício do poder diretivo do empregador, que prescreve ao trabalhador “que coisa deve fazer, como deve fazer, onde e quando fazê-la” (DEL PUNTA, 2016, p. 361).

---

<sup>1</sup>DEL PUNTA, Riccardo. **Diritto del lavoro**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2016, p. 355.

<sup>2</sup>SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Diritto dei lavori e dell'occupazione**. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 215.

<sup>3</sup>SANDULLI, Pasquale; VALLEBONA, Antonio; PETRUCCI, Fabio (Coord.). **Elementos de direito do trabalho italiano e brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 49.

Santoro-Passarelli faz referência a uma ampliação da noção de subordinação, representada pelo conceito da subordinação atenuada, não mais caracterizada apenas por esta heterodireção da relação de trabalho, mas pela mera coordenação da atividade. Tal noção ganhou evidência a partir da disposição do art. 2º da Lei n. 81 de 2015, que determina a aplicação da disciplina do trabalho subordinado às relações de colaboração organizadas pelo contratante, em princípio autônomas, quando caiba ao contratante (tomador dos serviços) definir tempo e local de trabalho<sup>4</sup>.

O trabalho deve ser prestado mediante retribuição, que o distingue do trabalho gratuito, a exemplo do voluntário, regulado pelo legislador italiano pela Lei n. 266, de 11 de agosto de 1991.

Por outro lado, o trabalho autônomo se diferencia do trabalho subordinado, eis que aquele é desenvolvido sem vínculo de subordinação frente ao contratante, conforme estabelecido no art. 2222 do Código Civil, bem como não se confunde com o trabalho empresarial, eis que neste o envolvido organiza o trabalho de outros, ao passo que o autônomo desenvolve atividade prevalentemente por si só (art. 2083 do Código Civil c/c art. 2222 do Código Civil).

Já o trabalho parassubordinado permanece na linha divisória entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, e é representado por uma colaboração coordenada e continuativa (*co.co.co*) sem vínculo de subordinação, com prevalência da prestação laborativa pessoal.

É importante ressaltar que a jurisprudência italiana possui papel de relevo ao definir quais são os indícios de existência do trabalho subordinado, já que, normalmente, a heterodireção raramente é manifesta e os elementos em cada caso concreto que o juiz precisa analisar são comumente heterogêneos. A interpretação normalmente leva em consideração o comportamento contratual das partes, para além da definição contratual da relação estipulada entre as partes, mas, principalmente, deve analisar as obrigações assumidas pelo trabalhador. Os elementos normalmente analisados pela jurisprudência são os seguintes<sup>5</sup>, com relação ao trabalhador:

---

<sup>4</sup>SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Diritto dei lavori e dell'occupazione**. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 218 e 472.

<sup>5</sup>DEL PUNTA, Riccardo. **Diritto del lavoro**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2016, p. 368.

a) se é sujeito a prescrições restritas acerca dos conteúdos e quanto à modalidade temporal do trabalho a ser desenvolvido, bem como a constante fiscalização do trabalho a ser desenvolvido;

b) se não pode se negar a desenvolver a prestação laborativa, quando solicitada, e se deve justificar eventual falta ao trabalho (por exemplo, no caso de doença);

c) se está sujeito às normas organizativas e disciplinares válidas para os empregados subordinados, e

d) se é tratado, em geral, do mesmo modo com o qual são tratados os empregados subordinados com os quais trabalha.

Outros critérios, de aplicação subsidiária, são os relativos: à inserção estável do trabalhador na organização da empresa (por exemplo, a inclusão no organograma e na lista *mailing* da empresa, a constante convocação às reuniões internas, posse de cartões de visita empresarial, livre acesso à estrutura empresarial etc.); à continuidade da prestação laborativa; a praticar um horário de trabalho regular no curso do contrato; à utilização de instrumentos de trabalho de propriedade da empresa; ao recebimento de pagamento à base do tempo do trabalho desenvolvido, o que leva a crer que não existe um risco econômico pelo prestador, e à exclusividade do trabalho, sendo, ao contrário, um indício de inexistência de subordinação quando o trabalhador desenvolve, ao mesmo tempo, outras atividades laborais, sobretudo como profissional liberal ou empreendedor<sup>6</sup>.

Desta feita, e deste panorama geral, é importante frisar que também no modelo italiano a noção de subordinação jurídica no contrato de trabalho tem recebido novos contornos. Ainda que a heterodireção da prestação laborativa seja um importante indício da subordinação, aliada ao poder de controle e de coordenação, tal qual previsto no art. 2094 do Código Civil, a recente Lei n. 81 de 2015 trouxe a possibilidade de identificação do traço característico da subordinação nos contratos de prestação de serviços coordenados pelo contratante (em princípio autônomos), quando o contratante (tomador de serviços) vier a definir local e tempo no qual o trabalho deverá ser desenvolvido.

---

<sup>6</sup>DEL PUNTA, Riccardo. **Diritto del lavoro**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2016, p. 369.

### 3 CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO: legislação e na jurisprudência

O contrato de terceirização ou exteriorização da atividade produtiva, denominado *contratto d'appalto* no modelo italiano, possui uso frequente com a finalidade de conjugar flexibilização produtiva e redução dos custos fixos empresariais.

O legislador italiano, segundo o auditor fiscal do trabalho italiano Vitantonio Lippolis<sup>7</sup>, enxerga com suspeição o contrato de terceirização, sobretudo nas hipóteses em que exista o trabalho intensivo, ou seja, quando o contrato implique um constante e contínuo empenho de mão de obra. Segundo o autor as empresas buscam na flexibilidade produtiva o instrumento para adaptar, entre outros, a própria estrutura às mutáveis exigências do mercado e às situações de imprevisto. A procura por tal flexibilidade, com o objetivo de reduzir os custos fixos empresariais, leva os empreendedores à procura de novos modelos de organização do trabalho, os quais acabam por exteriorizar uma fatia cada vez maior do ciclo produtivo (*outsourcing*).

No âmbito do ordenamento jurídico italiano, explica o auditor fiscal, a exteriorização da atividade produtiva é regulamentada segundo diversos modelos contratuais, mas, sem dúvida o modelo contratual de maior utilização é o contrato de terceirização.

A maior suspeita do legislador quanto a esse tipo de contrato reside no fato de que tal instituto, que tem como característica típica o mecanismo de interposição, acaba se prestando à utilização com a finalidade de fugir à disciplina legislativa e contratual vigente, o que leva à dispersão da responsabilidade e à potencial disparidade de tratamento entre os dependentes do contratante e da terceirizada, e conseqüentemente gera maior dificuldade para a correta imputação do contrato de trabalho e das obrigações que dele decorrem<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>LIPPOLIS, Vitantonio. **Contratto di appalto e *outsourcing* tra vantaggi e sanzioni per le aziende**. 30 magg. 2018. Disponível em: <<http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2018/05/30/contratto-appalto-outsourcing-vantaggi-sanzioni-aziende>>. Acesso em: 25 set. 2018. Tradução livre.

<sup>8</sup>*Idem*.

A definição do genuíno contrato de terceirização deve levar em consideração a normativa vigente, bem como a jurisprudência a respeito.

O contrato de terceirização vem definido no art. 1655 do Código Civil Italiano, que define o contrato de terceirização como:

[...] o contrato através do qual uma parte assume, organizando os meios necessários e gerindo os riscos da atividade, a execução de uma obra ou de um serviço mediante pagamento em dinheiro.

Tal definição foi atualizada a partir das disposições do Decreto Legislativo n. 276/2003, que no seu art. 29, § 1º, estabelece que:

O contrato de terceirização, estipulado e regulamentado nos termos do art. 1655 do Código Civil, distingue-se da contratação de trabalho temporário em razão da organização dos meios necessários por parte da empresa terceirizada, que pode também derivar, no que diz respeito às exigências da obra ou do serviço contratado, do exercício do poder organizativo e diretivo dos trabalhadores contratados, além da assunção, pelo mesmo, dos riscos empresariais.

Neste sentido, a legislação italiana estabelece que no contrato de terceirização a organização dos meios para execução da obra ou dos serviços contratados fica a cargo da empresa terceirizada (contratada), que também deve exercer o poder organizativo e diretivo no que diz respeito aos trabalhadores que exercem o trabalho contratado via terceirização, assumindo, por consequência, os riscos da empresa.

A Circular do Ministério do Trabalho Italiano n. 5/2011<sup>9</sup>, para frisar a linha divisória entre o contrato de terceirização e a contratação de trabalho temporário indica que o contrato de terceirização tem por objeto um “fazer”, já que a empresa terceirizada fornece ao

---

<sup>9</sup>Circular na íntegra disponível em: <[http://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2011/20110211\\_Circ\\_5.pdf](http://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2011/20110211_Circ_5.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2018. Tradução livre.

contratante (terceirizante) uma obra ou um serviço a ser executado através de mão de obra contratada pela própria empresa, que também organiza os meios para execução do contrato e assume diretamente os riscos do empreendimento. Já na contratação de trabalho temporário, o contrato tem por objeto um “**dar**”, eis que a empresa de trabalho temporário se limita a fornecer a um terceiro uma força de trabalho que será utilizada por este segundo suas necessidades, adaptando-a ao seu próprio sistema organizativo.

A mesma circular indica que os elementos que qualificam como legítimo um contrato de terceirização são: a persecução de um resultado, que deve ser individualizado no contrato de construção de uma obra (como exemplo pode-se pensar na construção de um edifício) ou na prestação de um serviço (como exemplo pode-se pensar em serviço de limpeza); a organização dos meios para execução do contrato por parte do terceirizado (bens instrumentais: capital, máquinas ou equipamentos; bens imateriais: *know-how*, competências técnicas ou grande conhecimento profissional); os riscos do empreendimento devem ficar a cargo da empresa terceirizada, sendo que são indícios de sua existência o exercício habitual de uma atividade empresarial, o desenvolvimento de uma comprovada atividade produtiva e a existência de vários contratos de terceirização para diferentes contratantes; o exercício efetivo dos poderes de heterodireção com relação aos trabalhadores diretamente pela empresa terceirizada, e, por fim, a comprovada existência de especialização e conhecimento relativo ao setor onde a obra ou o serviço é prestado<sup>10</sup>.

O contrato de terceirização, assim, pode ser considerado lícito quando a empresa terceirizada não seja apenas uma intermediária, mas uma verdadeira empreendedora que, como tal, possua uma organização produtiva própria e que assuma os riscos da obra ou do serviço contratado, com a especialização desejada para execução do objeto do

---

<sup>10</sup>Segundo indícios indicados na Circular n. 5, de 11 de fevereiro de 2011, do Ministério do Trabalho da Itália, indicada na nota 3. No mesmo sentido: “A interposição ilícita de mão e obra ocorre todas as vezes em que o terceirizado coloque à disposição do terceirizante uma mera prestação laborativa, reservando-se o papel de efetuar apenas a gestão administrativa do contrato de trabalho, mas sem um efetivo exercício dos poderes diretivos com relação aos trabalhadores e sem uma concreta organização da prestação laborativa que seja dirigida a um resultado produtivo autônomo” (Ministero del Lavoro, nota 22 ottobre 2009, n. 77). Tradução livre.

contrato. A terceirização pode simular uma interposição ilícita de mão de obra quando o pseudoterceirizado se limita a colocar à disposição do pseudoterceirizante a mera prestação laborativa dos seus empregados<sup>11</sup>.

Quando ausentes os elementos que autorizem o reconhecimento válido do contrato de terceirização, restaria caracterizada a hipótese da contratação temporária abusiva a cargo do pseudoterceirizado e uma utilização ilícita do pseudoterceirizante.

Neste sentido, eis alguns julgados a respeito de contratos ilícitos de terceirização, a fim de dimensionar o posicionamento da jurisprudência italiana:

Existe um contrato fictício de terceirização (a chamada ‘terceirização de mão de obra’), que mascara uma interposição ilícita de mão de obra, quando o pseudoterceirizado se limita a colocar à disposição do pseudoterceirizante a mera prestação laborativa dos próprios empregados, que acabam por ser dependentes efetivos deste último, que direciona o trabalho e exerce, sobre os trabalhadores, os típicos poderes que pertencem ao empregador. Então, à luz da tutela do Decreto Legislativo n. 276/2003, e da disposição explícita do art. 1655 do Código Civil, é possível encontrar uma espécie de interposição ilícita ou uma terceirização ‘não genuína’, ante a falta de autonomia organizativa funcional e gerencial dos riscos da empresa por parte do suposto terceirizado. (Trib. Teramo, 31 gennaio 2017, n. 24).

Para o fim de estabelecer se existe uma hipótese de legítima terceirização de mão de obra, deve ser verificado se o contratado, assumindo para si os riscos econômicos da atividade objeto da terceirização, atue em condições de real autonomia organizativa e de gestão a respeito da empresa terceirizante, se tenha uma própria organização empresarial e se, ao final, os trabalhadores empregados sejam dirigidos pelo terceirizado e trabalhem sob sua dependência. (Corte d’Appello Salerno, sez. lav., 6 aprile 2016).

---

<sup>11</sup>Vitantonio Lippolis, *op. cit.*

No entanto, é necessário pontuar que existem algumas exceções que fazem referência a situações particulares nas quais tais indícios podem ser minorados, dependendo do tipo de serviço ou obra objeto da terceirização. Por exemplo, a jurisprudência admite a existência de terceirização do tipo *labour intensive*, na qual podem não existir os meios ou instrumentos da parte do terceirizado (por exemplo, a contratação da construção de um *software*, construção de um arquivo virtual ou limpeza de condomínio, entre outros). Nestes casos a jurisprudência define que são elementos suficientes para caracterizar a terceirização legítima a assunção dos riscos pela empresa terceirizada e a organização dos meios se configura apenas pelo efetivo exercício do poder organizativo e diretivo com relação aos trabalhadores em si. Desta feita, a utilização de instrumentos de propriedade do terceirizante não constitui, por si só, elemento decisivo para a qualificação de terceirização ilegítima<sup>12</sup>.

A Corte de Cassação italiana, analisando a situação relativa à legitimidade ou não do contrato de terceirização, também já se manifestou entendendo compatível com a terceirização uma certa forma de controle e direção dos trabalhadores por parte da empresa terceirizante, mas limitado à persecução do resultado esperado em razão do objeto contratado:

O exercício de um certo poder de controle por parte do terceirizante é compatível com um regular contrato de terceirização e, neste sentido, pode ser considerada legítima por parte do contratante a definição da modalidade temporal e técnica da execução do serviço ou da obra objeto da terceirização, que devem ser respeitadas pelo terceirizado, com a consequência que não pode ser considerado suficiente, para a finalidade de configuração de uma terceirização fraudulenta, a circunstância que o pessoal do terceirizante emane ordens aos auxiliares do terceirizado, sendo necessário verificar se tais ordens caracterizam-se como aquelas relacionadas ao poder diretivo do empregador, enquanto inerentes à modalidade de desenvolvimento da prestação laborativa,

---

<sup>12</sup>Decisão: Tribunale di Milano, 5 maggio 2010. Tradução livre.

ou se são apenas resultado de tal prestação, e, neste caso, estão inseridas dentro da modalidade de um genuíno contrato de terceirização. (Cass. 6 giugno 2011, sentenza n. 12201 - tradução livre).

No que diz respeito aos meios e instrumentos de trabalho, quando estes são disponibilizados pelo terceirizante tal fato não caracteriza, por si só, fraude dentro do contrato de terceirização, nas hipóteses nas quais seja verificável que a organização do trabalho permanece a cargo do terceirizado, como, por exemplo, no caso de gestão de serviços de logística ou transporte de material perigoso. A Circular do Ministério do Trabalho n. 5 de 2011, já mencionada, estabelece que é necessário analisar todas as circunstâncias concretas da terceirização, notadamente a natureza e as características da obra ou do serviço contratado, eis que podem ser considerados legítimos contratos de terceirização quando os meios materiais sejam disponibilizados, integralmente, pelo terceirizante. No entanto, deve permanecer a cargo do terceirizado a responsabilidade pela utilização dos mesmos, a fim de que não haja inversão dos riscos da atividade econômica, que devem permanecer, sempre, a cargo da empresa terceirizada.

A Corte de Cassação italiana, na sentença n. 23.495 em 19 de novembro de 2010 manifestou-se reconhecendo que a legitimidade da terceirização deve ser colocada em discussão quando a utilização, por parte do terceirizado, de máquinas e equipamentos fornecidos pelo terceirizante seja de tal relevância a tornar marginal e acessória qualquer contribuição do terceirizado para consecução da finalidade contratual.

O trabalhador atingido pela ilicitude pode propor ação diretamente em juízo pleiteando o reconhecimento da relação de trabalho subordinado diretamente com o pseudoterceirizante, conforme disposto no art. 29, § 3º, *bis*, do Decreto Legislativo n. 276/2003, sendo que o prazo para propositura da ação é de 60 dias diretamente ao imputado, por qualquer meio escrito, ou de 180 dias para propositura de procedimento judicial.

Caso reconhecida a existência de contrato de trabalho diretamente com o terceirizante, os efeitos da decisão operam *ex tunc*, ou seja, desde o efetivo início do contrato de terceirização reconhecido como ilegítimo. Os pagamentos relativos à retribuição pelo trabalho

prestado e contributivos efetuados pelo terceirizado podem ser compensados até o limite dos valores pagos, em razão daqueles que sejam devidos pelo terceirizante, conforme atualmente previsto pelo art. 38, § 3º, do Decreto Legislativo n. 81/2008. Existe, contudo, uma decisão da Corte de Cassação de 2010 que indicava que tal disposição legal (anteriormente disciplinada pelo Decreto Legislativo n. 276 de 2003) não se aplicaria para os contributos devidos ao ente de previdência (INPS). A lei estabelece, contudo, que os atos de gestão do contrato de trabalho levados a efeito pelo contratado são imputáveis diretamente ao terceirizante.

A lei prevê, a cargo do pseudoterceirizante e do pseudoterceirizado, uma sanção administrativa de 50 Euros para cada trabalhador contratado, para cada dia trabalhado de modo irregular (Decreto Legislativo n. 276/2003, art. 18, § 5º, *bis*), não podendo a multa ser inferior a 5.000 Euros ou superior a 50.000 Euros, na forma do art. 13 do Decreto Legislativo n. 124/2004.

Caso seja observado que a contratação tenha sido efetivada para exploração de mão de obra em idade inferior à legalmente autorizada para o trabalho (trabalho infantil), no âmbito de uma terceirização ilícita, o legislador previu o agravamento da sanção, prevendo uma pena de detenção de até 18 meses e a multa no valor de até 300 Euros por cada dia de trabalho e para cada trabalhador ilicitamente empregado em tais condições. Neste caso não se aplica a prescrição.

No que diz respeito à retribuição dos trabalhadores, no contrato de trabalho temporário existe a garantia de igual tratamento econômico entre os trabalhadores empregados da empresa de trabalho temporário e daqueles que, no local de trabalho, desenvolvam as mesmas atividades e são contratados pela empresa contratante.

A Lei n. 1369 de 1960, em seu art. 3º, previa a paridade de tratamento retributivo dos trabalhadores empregados da empresa terceirizante e da empresa terceirizada. No entanto, tal paridade desapareceu no atual texto legal (Decreto Legislativo n. 276/2003). Segundo a normativa atual, no caso de terceirização, o tratamento remuneratório mínimo dos trabalhadores é remetido à autonomia privada coletiva, que pode prever, ainda que para funções iguais, diferenças salariais substanciais entre empregados da empresa terceirizante e da empresa terceirizada. Não resta garantida, pela lei vigente, qualquer paridade

de remuneração entre o trabalhador empregado da terceirizante e o trabalhador que presta os mesmos serviços através de uma empresa terceirizada.

Quanto à responsabilidade que pode ser imputada às empresas (terceirizante e terceirizada) e o vínculo que se estabelece entre elas, o ordenamento jurídico italiano possui duas fontes autônomas.

A primeira está no art. 1676 do Código Civil Italiano, que garante aos trabalhadores contratados pela empresa terceirizada o direito de propor ação judicial direta contra o terceirizante para receber o que lhe é devido, até o limite do débito que o terceirizante possui com o terceirizado ao tempo da propositura da ação judicial.

A propositura de tal ação judicial fica subordinada aos seguintes pressupostos: que o trabalhador seja titular de um crédito em relação ao terceirizado e que este não o tenha quitado; que o trabalhador seja um empregado do terceirizado; o crédito deve ser relativo às funções que o trabalhador desempenhava para execução da obra ou do serviço objeto do contrato de terceirização; a exigibilidade do crédito pressupõe um débito do terceirizante para com o terceirizado, e o débito do terceirizante com relação ao terceirizado deve existir no momento da propositura da ação.

A segunda norma está prevista no art. 29 do Decreto Legislativo n. 276/2003, e prevê que o terceirizante é solidariamente responsável com o terceirizado, bem como com qualquer eventual subcontratante, até o limite de dois anos da cessação do contrato de terceirização, a pagar ao trabalhador o tratamento remuneratório devido, incluídas as verbas devidas pela rescisão contratual, as contribuições previdenciárias e eventuais prêmios devidos em razão de seguridade, em relação ao período de execução do contrato de terceirização, restando excluídas apenas as sanções civis, pelas quais responde apenas o responsável pelo inadimplemento.

A utilização da ação judicial nos termos deste dispositivo legal pressupõe que o terceirizante ou subcontratado, no tocante ao objeto do contrato de terceirização reste inadimplente com as obrigações retributivas/contributivas em relação ao trabalhador. É importante sublinhar que o art. 9º do Decreto Legislativo n. 76, de 28 de junho de 2013, convertido na Lei n. 99, de 9 de agosto de 2013, estende tal regime de responsabilidade com relação aos valores devidos

pela prestação do serviço e obrigações previdenciárias e de seguridade também com relação aos trabalhadores que laborem através de um contrato de trabalho autônomo.

No tocante aos aspectos processuais, houve alteração na legislação vigente com o Decreto Legislativo n. 25, de 17 de março de 2017.

A lei anterior, n. 92 de 2012, previa que o terceirizante deveria ser trazido a juízo juntamente com o terceirizado e outros subcontratados, e, em razão disso, não era possível propor a ação apenas diretamente contra o terceirizante. Além disso, referida lei havia previsto, a favor do terceirizante, o benefício da preventiva excussão do patrimônio do terceirizado ou subcontratado, requerimento que deveria ser formulado na defesa como primeira exceção. Apenas em caso de ação nos termos do art. 1676 do Código Civil é que essa exceção de excussão não poderia ser alegada.

A atual normativa, trazida pelo Decreto Lei n. 25, de 17 de março de 2017, eliminou a obrigação do empregado de trazer a juízo o terceirizante juntamente ao terceirizado e eventuais subcontratados. O trabalhador, desde então, pode agir em juízo apenas e somente em desfavor do terceirizante, retirando-se da lei o benefício da preventiva excussão do patrimônio do terceirizado. No entanto, permanece a possibilidade do terceirizante agir em juízo via ação regressiva em desfavor do terceirizado com relação ao valor pago.

Outra situação que sofreu alteração com o Decreto Lei n. 25, de 17 de março de 2017, refere-se ao fato de que, pela lei anterior, a Lei n. 92/2012, havia a possibilidade de que os contratos coletivos nacionais de trabalho derrogassem o regime de solidariedade, através da individualização de “métodos e procedimentos de controle e verificação da regularidade dos contratos de terceirização”. Já com o atual Decreto Legislativo, foi eliminada a possibilidade de derroga do regime de solidariedade via previsão nos contratos coletivos nacionais de trabalho.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A descentralização das atividades produtivas, por intermédio da utilização da terceirização das atividades empresariais, não

encontra limites objetivos no modelo italiano. Tal significa que qualquer atividade empresarial pode ser objeto de descentralização, desde que observe os requisitos exigíveis para legitimidade de tal contratação.

A legitimidade da utilização da terceirização exige, dentre outros requisitos indicados pela jurisprudência, à luz da análise de cada caso individualizado, que o trabalhador permaneça sob a coordenação e direção direta da empresa contratada (terceirizada), que por seu lado deve possuir organização produtiva própria e assumir integralmente os riscos do objeto contratual, sendo necessário, ao final, que detenha a especialização que justifique a contratação de uma terceira empresa para realização de parte do objeto social da contratante.

Neste sentido, a característica da subordinação do empregado encontra um indicativo legal, à luz da definição contida no Código Civil Italiano (art. 2094) que, contudo, precisa ser integrada com a interpretação judicial das situações individuais levadas ao poder judiciário.

A garantia de tutela dos direitos dos trabalhadores encontra respaldo em duas normas legais que, como vimos, distinguem o direito ao tratamento retributivo e contributivo do contrato de trabalho, que recebe maior tutela, e as demais verbas, com tutela limitada ao crédito que a empresa terceirizante possui com a empresa terceirizada, bem como um prazo prescricional extremamente reduzido, com relação àquele.

Além disso, a tutela garantida pela lei envolve sanções administrativas de relevo, com o objetivo de dissuadir a utilização fraudulenta do instituto.

É sabido que a atual organização produtiva exige soluções que possam autorizar a flexibilização produtiva e, dentre elas, a descentralização das atividades empresariais, há muito, tem se mostrado atrativa com a finalidade de redução dos custos de produção, que deveria estar aliada à maior especialização das empresas terceirizadas.

Contudo, o grande desafio, também presente no modelo jurídico italiano, permanece sendo o de garantir uma sinergia ideal entre o mundo produtivo, de bens ou serviços, à luz da livre iniciativa, e a tutela que deve ser garantida ao trabalhador subordinado, evitando-se que por detrás de tais iniciativas contratuais reste apenas a fraude traduzida pela utilização de mera intermediação de mão de obra.

## 5 REFERÊNCIAS

CARINCI, Franco; LUNARDON, Fiorella; BROLLO, Marina; CAMPANELLA, Piera. **Diritto del lavoro**. V. 2. Il rapporto di lavoro subordinato. 9. ed. Torino: Utet Giuridica, 2016.

DEL PUNTA, Riccardo. **Diritto del lavoro**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2016.

ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Roma. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>>.

ITALIA. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Roma. Disponível em: <<http://www.lavoro.gov.it/>>.

LIPPOLIS, Vitantonio. **Contratto di appalto e *outsourcing* tra vantaggi e sanzioni per le aziende**. 30 magg. 2018. Disponível em: <<http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2018/05/30/contratto-appalto-outsourcing-vantaggi-sanzioni-aziende>>. Acesso em: 25 set. 2018. Tradução livre.

SANDULLI, Pasquale; VALLEBONA, Antonio; PETRUCCI, Fabio (Coord.). **Elementos de direito do trabalho italiano e brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Diritto dei lavori e dell'occupazione**. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017.

# TERCERIZACIÓN LABORAL EN MÉXICO. SUBCONTRATACIÓN LABORAL

MEZA MORA, Luis Raúl\*

## 1 ANTECEDENTES

La figura de la subcontratación fue regulada en México mediante la reforma a la Ley Federal del Trabajo que cobró vigencia a partir del 1° de diciembre del 2012.

Es importante para el entendimiento de lo tratado en este documento, situar en el aspecto legislativo al Derecho del Trabajo Mexicano y para tal efecto se aclara que la a nivel Constitucional se regula en el art. 123 en sus dos apartados, al “A” en cuanto a las relaciones privadas y el “B” en las relaciones públicas de trabajo de la Federación y, el art. 115 contiene las disposiciones de la regulación de los servidores públicos de los Estados y Municipios. Respecto de la Ley reglamentaria del art. 123 apartado A de la Constitución se tiene únicamente como regulación meramente laboral a la Ley Federal del Trabajo que aplica a todas las relaciones individuales y colectivas de trabajo, en su ámbito privado.

La Constitución de la República, sin hacer un reconocimiento específico, ya contemplaba la figura del “Contratista” (así denominado quien presta un servicio con sus trabajadores) en el art. 123 apartado A, fracción XIV, refiriéndose esta disposición a efectos de seguridad y salud en el trabajo mediante el siguiente texto:

### **Título Sexto**

### **Del Trabajo y de la Previsión Social**

**Art. 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán

---

\*Abogado, Guadalajara, Estado de Jalisco, México.

la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

**A.** Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

[...]

**XIV.** Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

La Ley Federal del Trabajo reformada en el 2012 introdujo la figura de la Subcontratación, pero, previo a su vigencia, se reconocían dos figuras y una sanción, como figuras diversas a la tradicional formulación binaria de la relación obrero patronal. En este sentido se contemplaba y contempla en el art. 13 la figura del **intermediario** que se única y exclusivamente debe intervenir en la contratación de los trabajadores para un patrón, figura que se vio quebrantada por las malas prácticas y, la figura del art. 15 denominada **prestación de servicios** que en resumen dispone que cuando exista la utilización del esfuerzo humano en una relación entre empresas (físicas o morales), la empresa que “preste” el servicio debe tener la propiedad de los bienes **suficientes** y **necesarios** para prestar dicho servicio ó, (importante esta separación) no ser exclusivo el servicio de una empresa para la otra, con la sanción de ser considerados **patrones solidarios** al incumplir con cualquiera de estas disposiciones.

La reforma a la legislación secundaria, Ley Federal del Trabajo, ingresó los arts. 15A, 15B, 15C y 15D, como reguladores de la figura que en México asumimos como “*Outsourcing*” denominándose “Régimen de Subcontratación”, siendo el texto vigente hasta la fecha el siguiente:

**Art. 15-A.** El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

- a) no podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo;
- b) deberá justificarse por su carácter especializado;
- c) no podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

**Art. 15-B.** El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

**Art. 15-C.** La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última. Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

**Art. 15-D.** No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con

el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el art. 1004-C y siguientes de esta Ley.

Dicho Régimen de Subcontratación fue tildado de inconstitucional por diversos sectores y grupos representativos, en su mayoría de la clase obrera, acudiendo los mismos al juicio de Amparo, como único medio existente en México para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda declarar la Inconstitucionalidad de alguna reforma legislativa. El resultado de las acciones de constitucionalidad mediante los juicios de amparo fue que el Poder Judicial de la Federación declaró constitucional la figura del Régimen de subcontratación, señalando que esta figura no desampara al trabajador y que, incluso, atribuye mayores requisitos a las partes “Patrón”, esto es “Contratista” y “Contratante” que los que la propia Ley le atribuye a un patrón entendido en su figura convencional. Los criterios emitidos más representativos son los siguientes:

Época: Décima Época

Registro: 2009830

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 2a. LXXXIV/2015 (10a.)

Página: 1201

**SUBCONTRATACIÓN LABORAL. EL ART. 15-A DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.**

El señalado precepto, al definir el régimen de subcontratación como aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas, no viola el principio de seguridad jurídica por el hecho de que se otorgue al patrón

contratante la facultad de fijar las tareas del contratista y supervisar ese trabajo. Lo anterior, en virtud de que el legislador no elimina de la esfera jurídica del contratista el derecho de supervisar y asignar las tareas a sus empleados, pues las seguirá teniendo conforme a la relación laboral que rige entre él y sus trabajadores, ni está defraudando expectativas legítimas que a aquél se le hubiesen creado (derecho que previamente había adquirido); sólo se trata de una medida legislativa razonable, emitida y regulada, principalmente, en beneficio y protección de los derechos de los trabajadores.

Amparo en revisión 244/2015. *Outplacement* y Suministro de Personal, S. A. de C. V. 24 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

Amparo en revisión 206/2015. Seconsa División *Outsourcing*, S. A. de C. V. 5 de agosto de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2009831

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 2a. LXXXIII/2015 (10a.)

Página: 1202

**SUBCONTRATACIÓN LABORAL. LOS ARTS. 15-A, 15-B, 15-C Y 15-D DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO NO VIOLAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO.**

Los artículos citados, que regulan el régimen de subcontratación laboral, no violan el derecho a la libertad de trabajo, sino que son acordes con el art. 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues contienen una regulación especial para efectos de que, tanto empresas contratistas como contratantes desarrollen su actividad productiva, sólo que al hacerlo y por la situación de vulnerabilidad en la que queda la clase trabajadora en una relación bajo el régimen de subcontratación, deberán cumplir con un mínimo de condiciones que permitan que su actividad se realice con la debida protección de los derechos laborales de los trabajadores.

Amparo en revisión 244/2015. *Outplacement* y Suministro de Personal, S. A. de C. V. 24 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

Amparo en revisión 206/2015. Seconsa División *Outsourcing*, S. A. de C. V. 5 de agosto de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época

Registro: 2009832

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 2a. LXXXII/2015 (10a.)

Página: 1203

**SUBCONTRATACIÓN LABORAL. LOS ARTS. 15-A, 15-B, 15-C Y 15-D DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO QUE REGULAN**

**ESE RÉGIMEN, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.**

Dichos preceptos, adicionados por el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, que regulan el régimen de subcontratación laboral, no violan el principio de seguridad jurídica, pues tal regulación persigue un fin constitucionalmente legítimo, relacionado con la protección del derecho al trabajo de los empleados, que se materializa con el pago oportuno de sus salarios y demás prestaciones de seguridad social a las que tienen derecho, protegiéndolos ante el eventual incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la contratista. Esta medida permite que el trabajador, ubicado dentro de una relación de subcontratación, no quede desprotegido respecto de su derecho a obtener un salario digno y a la seguridad social, ya que para proteger sus derechos, el legislador, en los arts. 15-B y 15-C invocados, estableció como condición para el usuario de los servicios contratados bajo este régimen, la verificación permanente de que la empresa contratista cumple con las disposiciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo.

Amparo en revisión 244/2015. *Outplacement* y Suministro de Personal, S. A. de C. V. 24 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

Amparo en revisión 206/2015. Seconsa División *Outsourcing*, S. A. de C. V. 5 de agosto de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

## Aclaración respecto del tipo de servicios

En la Ley Federal del Trabajo como regulación única mexicana solo se contempla, en la relación de prestación de servicios la de **ejecución de una obra o prestación de un servicio** sin que se contemple, como desgraciadamente en la inmensa mayoría de este tipo de servicios ocurre, el “servicios de personal” consistente en contratar trabajadores para que la empresa “Contratista” aparente “cumplir” con la inscripción al régimen de seguridad social y el pago de salarios y prestaciones, con la intención de, generalmente dos fines, A) deslindarse de las responsabilidades obrero patronales y B) evadir el pago de la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas (PTU) que en México es del 10% de las utilidades del patrón.

## 2 ACTUALIDAD Y PREOCUPACIONES

El Régimen de Subcontratación tiene a bien regular las figuras de A) **contratante** como la empresa que supervisa las actividades de los trabajadores del contratista, siempre y de forma lógica sin subordinar al trabajador, B) **contratista** como la empresas que con medios propios (como lo dispone el art. 15 ya citado) y con sus trabajadores “prestan servicios” o “ejecutan una obra” en favor del Contratante (sigue sin ser válido el aparentar ser patrón mediante el cumplimiento de pago) y la C) **consideración de ser patrón**, siendo esta la sanción más grave y trascendente que pueda existir en la Ley ya que, no obliga a ambas partes a cumplir de forma solidaria los derechos laborales y de seguridad social (inscripciones y pagos de cuotas al Estado), sino que, para el caso de incumplir con los requisitos de Ley que más adelante cito, a la empresa Contratante se le considerará patrón, esto es deberá pagar de forma independiente y, nuevamente, salarios, aportaciones de seguridad social, impuestos y, sobre todo PTU.

### 2.1 Requisitos

El Legislador, aunque de forma deficiente, impuso requisitos a la figura del Régimen de Subcontratación, siendo estos los establecidos en los incisos “a”, “b” y “c” del art. 15A y en los diversos 15B y 15C.

## 2.2 Actividades principales o “*Core Business*”

No queda clara ni se establece de forma literal en la legislación si la empresa Contratante puede recibir un servicio por parte de una Contratista que constituya el llevar a cabo su objeto social y actividad económica preponderante, existen diversos criterios pero, la Ley no es clara. Los que están en contra de que si se pueda efectuar esta contratación señalan que la disposición de que las actividades deban ser “Especializadas” lleva a definir que no deben ser de las “ordinarias” pero no hay disposición clara y menos literal al respecto además de que, tampoco existe disposición alguna que obligue a las empresas a “tener” trabajadores.

Por tanto, bajo el principio de legalidad que impera en México de que lo que no me está prohibido me está permitido, no hay obligación de tener trabajadores por ninguna empresa en el país.

## 2.3 Totalidad o no de actividades

La disposición contiene a su vez defectos, al señalar que las actividades no podrán abarcar la totalidad de las que desarrollen los trabajadores al servicio del Contratante, haciendo énfasis “al servicio” y no trabajadores “del” Contratante en el centro de trabajo, pero esta disposición debe entenderse en la relación del Contratante con el “Contratista” sin que abarque a una diversidad de contratistas que tenga la empresa receptora de los servicios.

## 2.4 Actividades iguales o similares. Igualdad Sustantiva

Lo que en efecto impide la Ley, es que los trabajadores subcontratados realicen actividades que ya realizan otros propios o subcontratados por el Contratante, esto lo supongo para evitar el pago de prestaciones diversas a trabajadores que con su esfuerzo prestan las mismas actividades. Recordando que en México la negociación colectiva se lleva a cabo por empresa y solo en muy pocas actividades, se genera por Industria.

Bajo este principio, en caso de incumplirse con esta obligación, los trabajadores de todas las empresas “Contratistas” se considerarán trabajadores de la “Contratante” acarreando la

consecuencia de que “a Trabajo igual salario igual” contemplada en el art. 86 de la Ley Federal del Trabajo.

## **2.5 Igualdad de derechos entre trabajadores subcontratados y no subcontratados**

La deficiencia legislativa que ocurre en el clausulado genera que no exista disposición expresa alguna que regule los derechos de los trabajadores subcontratados de los no subcontratados o de los subcontratados que son parte de diversas empresas Contratistas. Este hecho genera diversas posturas y argumentos por el sector empresarial, obrero e incluso el gobierno sin que exista una definición en los Tribunales, por lo menos, hasta esta fecha.

## **2.6 Subordinación efectiva**

En la figura de Subcontratación, de acuerdo con el § 1º del art. 15A de la Ley, el Contratante sólo está facultado a “supervisar” las actividades de los trabajadores subcontratados, para el caso de que ejerza facultades de control o de órdenes a los trabajadores, se considerará que existe el elemento de la subordinación y, como consecuencia se configurará una relación obrero patronal.

## **2.7 Formalidad en la contratación**

La Ley exige que la relación que se genera entre Contratista y Contratante sea siempre por escrito.

## **2.8 Seguridad y Salud en el trabajo**

El Contratante debe observar que el Contratista cumple con la normatividad en la materia así como con el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo.

## **2.9 Pago de cuotas de Seguridad Social**

El Contratante debe observar que el Contratista cumple con los pagos de seguridad social ante el Instituto Mexicano del Seguro

Social que otorga atención médica y en especie, así como el Instituto encargado de otorgar vivienda y a su vez que se aporte para el retiro o jubilación de los trabajadores.

## 2.10 Sanción por fraude a la Ley

Se estableció que para el caso de ser detectada la implementación de la Subcontratación laboral, para el efecto de disminuir derechos de los trabajadores se aplicará la sanción de:

**Art. 1004-C.** A quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos del art. 15-D de esta Ley, se le impondrá multa por el equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo general.

Con la salvedad de que actualmente ya no se utiliza el “salario mínimo” como medida sino la Unidad de Medida y Actualización UMA que equivale a 84 pesos (aprox 5 USA Dlls).

## 3 IMPLICACIONES FISCALES

En un tema paralelo pero es posiblemente el que más auge tiene en el país es que, en resumen, si la autoridad fiscal advierte que existe un Régimen de Subcontratación fraudulento, no le permite hacer a la Contratante deducibles los pagos de las facturas a la Contratista dado que el gasto verdaderamente fue una nómina encubierta y dicha actividad puede ameritar incluso la privación de la libertad cuando, tras una auditoría, se determina que fue una “Operación simulada”. El criterio emitido por la Suprema corte de Justicia de la Nación al respecto, en el que se otorgan facultades a la Autoridad Fiscal para valorar los hechos a la luz de la Ley Laboral dice:

Época: Décima Época  
Registro: 2012122  
Instancia: Plenos de Circuito  
Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 32, Julio de 2016, Tomo II

Materia(s): Administrativa

Tesis: PC.III.A. J/18 A (10a.)

Página: 1581

**PRESTACIÓN DE SERVICIOS INDEPENDIENTES. PARA DETERMINAR SI LA SUBCONTRATACIÓN DE PERSONAL ACTUALIZA O NO EL SUPUESTO EXCLUYENTE DE ESA FIGURA, GRAVADA POR EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, PREVISTO EN EL PENÚLTIMO PÁRRAFO DEL ART. 14 DE LA LEY RELATIVA, ES NECESARIO ACUDIR AL NUMERAL 15-A DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencialmente que el principio de aplicación estricta de las leyes fiscales, contenido en el art. 5° del Código Fiscal de la Federación, no impide que el intérprete acuda a los diversos métodos que permiten conocer la verdadera intención del legislador, cuando de su análisis literal se genere incertidumbre sobre su significado; ni tampoco constituye un obstáculo para que la ley tributaria se aplique en congruencia con otras que guarden relación con el tema y formen parte del contexto normativo en el que aquélla se encuentra inmerso, siempre que no exista prohibición expresa. De ahí que, como el concepto de ‘subordinación’ previsto en el art. 14, penúltimo párrafo, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, que establece que no se considera prestación de servicios independientes la que realiza una persona de manera subordinada mediante el pago de una remuneración, circunstancia que excluye el pago del impuesto relativo, se encuentra estrechamente vinculado con la definición de relación laboral contenida en la Ley Federal del Trabajo, se concluye que para dilucidar en cada caso concreto si la subcontratación de personal encuadra o no en ese supuesto, no sólo resulta permisible, sino incluso necesario, acudir el art. 15-A de la Ley Federal del Trabajo, ya que éste fija ciertas condicionantes sin las cuales ese tipo de contratos implica la existencia

de una verdadera subordinación del trabajador hacia el contratante, lo cual no puede desconocerse para efectos fiscales, porque podría dar lugar a que una relación laboral quedara comprendida en la actividad de prestación de servicios independientes gravada por el impuesto al valor agregado, con la consiguiente posibilidad de que el contratante acredite el impuesto trasladado por el contratista, pese a que aquella norma lo excluye en forma expresa, siempre y cuando la prestación cumpla con los tres requisitos que señala el numeral aludido de la ley laboral, es decir, que ese tipo de trabajos cumpla con las condiciones de que: **a) no podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo; b) deberá justificarse por su carácter especializado; y c) no podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. Así, corresponde a la contribuyente acreditar que la contratación de los servicios independientes o subcontratación que refiere el dispositivo 15-A mencionado, se actualizó para poder acreditar la devolución del impuesto que solicita.**

PLENO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Contradicción de tesis 13/2015. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Cuarto, ambos en Materia Administrativa del Tercer Circuito. 18 de abril de 2016. Unanimidad de cinco votos de los Magistrados José Manuel Mojica Hernández, presidente interino por autorización expresa del art. 14 del Acuerdo General 8/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito, Rogelio Camarena Cortés, Filemón Haro Solís, Jorge Humberto Benítez Pimienta y Juan Bonilla Pizano, en suplencia por ausencia del Magistrado Roberto Charcas León. Ponente: Rogelio Camarena Cortés. Secretario: José Guadalupe Castañeda Ramos.

Criterios contendientes:

El sustentado por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, al resolver el amparo directo 238/2015, y el diverso

sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, al resolver la revisión fiscal 76/2015 y el amparo directo 215/2015.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de julio de 2016 a las 10:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 1º de agosto de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Siendo estas las consideraciones en materia de la Tercerización Laboral, conocida en México como Régimen de Subcontratación.



---

ESCOLA JUDICIAL

---

TRT 15ª Região

Seção de Pesquisa e Publicações  
Jurídicas