

CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL OUTSOURCING LABORAL

Dayse Coelho de Almeida¹

1 CONSIDERACIONES INICIALES



partir de la década de 70, del Siglo XX, después del final de los años dorados², los niveles de desempleo ampliaban e la inflación hacía estragos, en general, las naciones. Aquel período tortuoso comenzó en 1973, con la crisis en la industria petrolera e incrementó en los años 80. Estos factores mencionados provocaran el periodo pos-industrial, marcado por una serie de modificaciones en la estructura jurídico-laboral. Como bien caracteriza Julio Armando Grisolia³,

esta etapa se caracteriza por los siguientes factores: la informatización, la robotización, la electrónica aplicada, la automatización de los procesos de producción y la búsqueda de la eficiencia y el bajo costo. Se materializa en los procesos de

¹ Estudiante de doctorado en Derecho Laboral da Universidad de Buenos Aires (UBA / Argentina), Maestra en Derecho Laboral de la Faculdade Mineira de Direito de la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC / MG), Especialista en Derecho Público de la Universidade Católica de Minas Gerais (PUC / MG), Especialista en Derecho Laboral y Procesal de la Universidad Cándido Mendes (UCAM / RJ), profesora de estudios de pregrado y posgrado en Derecho, Facultad Estácio de Sergipe (Estácio / Fase) y da Faculdade Sergipana (faser), abogada y consultora jurídica, miembro de la Asociación Brasileña de Abogados (ABA), la Oficina de Abogados del Estado de Sergipe (IASE) y Asociación Sergipana de Abogados Laborales (Assat).

² Los treinta años transcurridos desde la posguerra fueron muy vigorosa y económicamente tratados por los historiadores como los años dorados.

³ GRISOLIA, Julio Armando. *Manual de derecho laboral*. 7º ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 839.

globalización, flexibilización laboral e precarización del empleo⁴.

La globalización es un fenómeno económico, social y político, fomentador de una serie de cambios y reestructuraciones. En su aspecto económico aféctalas relaciones laborales de manera decisiva. La economía de los países es dependiente y conectada, por eso, las decisiones político-económicas pueden significar el progreso o retroceso de un país. Hacer parte del comercio globalizado, antes de ser una cuestión ideológica, es una cuestión de supervivencia en el capitalismo global.

Los países elaboran formas de entrar en el capitalismo globalizado, por ejemplo la formación de bloques con propósito económico y socio integrante (como el MERCOSUR y la Unión Europea). "Como resultado de la integración de los países y la creación de mercados comunes, la competencia en el comercio mundial exige cada vez más calidad, productividad y costos más bajos."⁵ Sin embargo, para los países periféricos como Brasil, y en general los fundadores del Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR), la inversión en tecnología no siempre es posible, debido a las grandes sumas necesarias a tal fin, la fragilidad del comercio local y la ausencia de planificación estatal, con políticas públicas eficaces que fomenten el desarrollo.

Ante la imposibilidad de invertir en tecnología, el empleo es un factor relevante en el costo de producción, y sobre él se ha basad la mancha de la limitación económica⁶, dado que nin-

⁴ Esta etapa caracteriza-se pelos seguintes fatores: informatização, robotização, eletrônica aplicada, automatização dos processos produtivos e busca de eficiência e baixo custo. Os processos de globalização materializam-se em flexibilização do trabalho e precarização do emprego. (Tradução da articulista)

⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

⁶ El aspecto puramente económico del trabajador humano implica ofensa a la dignidad humana y saca el valor social del trabajo recomendado por el texto constitucio-

guna ley laboral implica beneficio económico directo o indirecto. Para los países periféricos como Brasil, la salida sigue siendo la más simple - la relajación de los derechos, la precarización del trabajo, la reducción de los derechos, la supresión de los derechos o dispositivos similares. Este es el discurso normal y se presenta como una solución viable y rápida.

En este contexto de competitividad internacional, esta efectivamente global, las nuevas formas de estructura productiva aparecen como opciones a la relación laboral tradicional contratada en virtud de las leyes laborales. El punto común entre las noticias que llegan de otros países es que representan un ataque contra el modelo tradicional de trabajo o incluso propuestas de su destrucción velada. "[...] outsourcing de la mano de obra [...] es esencialmente causadora de desorden en el sistema de garantías y derechos previstos por el Derecho del Trabajo clásico"⁷.

El punto de la cuestión es un ataque, velado e integrado contenido en el discurso del Ejército de Salvación a las garantías establecidas en favor de los empleados y los activos consolidados jurídicos y de protección, ambos consecuencias de la relación laboral y del proceso evolutivo-histórica de la legislación laboral. La idea de tomar los derechos a fin de preservar o aumentar el número de puestos de trabajo en una estructura jurídica protectora inferior, que “equivale, de hecho, a jugar un sistema que no funcionaba, sin que tenga que admitir expresamente esto.”⁸

nal. La mercantilización del trabajador o de su tratamiento como mero dato económico, está siendo abordado por los tratados internacionales de derechos humanos y las políticas y principios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) e internamente por las normas que limitan la explotación excesiva de los derechos y la institución de tales como la Constitución Federal (CF/88), las leyes dispersas y en especial la consolidación de las Leyes Laborales (CLT).

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006, p. 44.

⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego & direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 85.

Las necesidades del mercado ocasionan la creación de nuevas formas de trabajo y contratación de servicios, como el “outsourcing”, cooperativa, consorcio de los empleadores, el teletrabajo, aprendices, etc. Estas nuevas formas de estructuración o reestructuración de la producción deben ser objeto de un análisis más profundo, discusión y crítica⁹. De estas nuevas formas de representación destacamos el outsourcing.

2 DEFINICIÓN DE OUTSOURCING

La Administración de Empresas es la ciencia que primero trajo esta expresión, que incluye el mundo jurídico. "El outsourcing se deriva del latín tertius, que sería algo extraño en una relación entre dos personas. El tercer lugar es el intermediario, el interviniente." ¹⁰. Cómo Américo Plá Rodríguez¹¹ explica:

En la complejidad de la actividad económica moderna, a menudo una compañía encomienda la ejecución de una tarea, complementar y especializada, a otra empresa. Las razones de ahorro de costes, de mayor eficiencia en los servicios, de hacer pleno uso de los equipos técnicos excesivos para solo una explotación explican la proliferación de estos contratos o subcontratos. ¹²

La idea de la Administración de Empresas es centralizar

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

¹¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo, LTr, 1996, p. 259.

¹² Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações.

la gestión del negocio principal, dejando las actividades periféricas en las manos de otra compañía. Con esto, el gaño vendrá del altísimo enfoque en el producto final, eliminando de la gestión de negocios las distracciones que las actividades de apoyo que ofrecen, indispensables, también, para llegar a la meta final.

"El outsourcing es el fenómeno de la transferencia de la producción de bienes o servicios a otra empresa o persona, o es la descentralización de las actividades empresariales.¹³" "El outsourcing permite una mayor flexibilidad en el proceso de producción. Esta es la reorganización de la producción con el propósito de enfocar las actividades de otras empresas y la subcontratación¹⁴". La gestión del empleo resultante de actividades de apoyo es la responsabilidad de una empresa implicada, que asume toda la responsabilidad y supervisión del servicio, a priori. El comprador de este servicio, el prestatario, centralizará toda la fuerza productiva de la actividad central.

Luciano Martinez¹⁵ afirma se tratar de

un fenómeno de la organización del proceso de producción que se caracteriza por la contratación de una empresa de servicios para la gestión de las asociaciones [...] Tenga en cuenta que la empresa prestadora de los servicios se une a la sociedad de gestión por mera conveniencia, creando disturbios naturales en la identificación de las responsabilidades contractuales¹⁶.

¹³ MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. *Direito do trabalho*. Série leituras jurídicas provas e concursos. 7. ed., vol. 22. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

¹⁴ LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*. São Paulo, v. 13, n. 01, p. 17 a 23, 2010.

¹⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

¹⁶ [...] um fenômeno da organização do processo produtivo caracterizado pela contratação de uma empresa de serviços para gerenciar as parcerias [...] Note-se que a tomadora de serviços alia-se à empresa gestora por mera conveniência, criando

La posibilidad de capacidad de empleo ha sido mezquinado con el tiempo y con el avance de del outsourcing. Márcio Tulio Viana¹⁷ alerta:

[...] desde el punto de vista de las empresas, el outsourcing tiene sus ventajas: menores costos, aumentar las ganancias, la entrada rápida y sencilla de mano de obra, el aumento de la productividad con la concentración de fuerzas en el principal foco de la actividad. Sin embargo, advierte que, para los trabajadores, contiene una amplia gama de inconvenientes técnicos: la reducción de puestos de trabajo, el aumento de la carga de subordinación, la destrucción del sentimiento de clase, la degradación de la higiene y la seguridad y la reducción de los salarios¹⁸.

3 DEFINICIÓN LEGAL DE OUTSOURCING

La doctrina del trabajo¹⁹ estableció un concepto de outsourcing a partir del análisis de los elementos y características del fenómeno.

El outsourcing es el fenómeno en el cual se disocia la relación económica juslaboral que sería pertinente. Por este fenómeno el trabajador es parte

naturais turbações na identificação das responsabilidades contratuais.

¹⁷ VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Paraná, vol. 21, julho-dezembro 1996, p. 61 a 70.

¹⁸ [...] do ponto de vista das empresas, a terceirização apresenta vantagens: redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão-de-obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal de atividade. Contudo, adverte que, para os trabalhadores, comporta a técnica imensa gama de desvantagens: redução de postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução de valores salariais.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 428.

del proceso de producción del contratante de los servicios sin extensión del vínculo juslaborales, que se conservan en una entidad establecida²⁰.

Gabriela Neves Delgado conceptualiza outsourcing como " instrumento facilitador para la viabilidad de la producción mundial, vinculada al paradigma de la eficiencia en los negocios."²¹ Outsourcing, en principio, no se desmonta la existencia de empleo. Esto se queda mantenido con la empresa interviniente. Sin embargo, se debe prever que las empresas intervinientes en cuestión son, en general, y casi en su totalidad, frágiles financieramente. Su existencia se basa en obtener ganancias de los contratos de servicios suscritos. Empresas de outsourcing de servicios, de hecho, no producen material, hacen caso omiso de las materias primas, el medio ambiente de trabajo prescindir de grandes para albergar a los trabajadores y rara vez tienen todos los bienes y muebles de oficina, donde los contratos se formalizan.^{22 23}

Bueno, lo que se extrae en este contexto es la consecuencia lógica de la precariedad de las garantías de los trabajadores, porque hay la transferencia de la responsabilidad de una empresa económicamente sólida o una entidad pública para una empresa que no tiene necesariamente cualquier lastre

²⁰ Terceirização é o fenômeno no qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente

²¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2003, p. 136.

²² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta aberta aos "terceirizados" e à comunidade jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 135.

²³ POCHMANN, Márcio. "O papel da terceirização da mão de obra". *Revista Fórum*. Disponível em: [Http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543](http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543). Acesso em: 23 out. 2011.

económico y cuya actividad no es además de organizar la actividad de algunos trabajadores y pasar el valor que será pagado por la entidad contratante de los servicios, que, además, ni siquiera hace cuestión de saber si el importe pagado va o no minar las ganancias de los trabajadores, ya que considera éstos, sólo el servicio, teniendo en cuenta que se siente, por supuesto, la utilidad para obtener este servicio al menor precio posible²⁴.

En la periferia del capitalismo, sin embargo, el avance del outsourcing significó la disminución de las condiciones de trabajo. Esto es porque el sector público y empresas privadas terminaran con el expediente del outsourcing para imponer una fuerte reducción de los costos de mano de obra²⁵.

Todavía hay aspectos negativos tales como "la reducción de los derechos globales de los trabajadores, como la promoción, salarios, la fijación en la empresa y los beneficios derivados de los acuerdos y convenios colectivos."²⁶

Jorge Luiz Souto Maior informa que en Francia la intermediación de mano de obra calificada se considera, si la em-

²⁴ Pois bem, o que se extrai deste contexto é a conseqüente lógica da precarização das garantias dos trabalhadores, pois há a transferência da responsabilidade de uma empresa economicamente sólida ou de um ente público para uma empresa que não possui, necessariamente, nenhum lastro econômico e cuja atividade não vai além de organizar a atividade de alguns trabalhadores e lhes repassar o valor que lhe seja pago pelo ente contratante dos serviços, o qual, ademais, não faz mesmo questão de saber se o valor pago vai, ou não, fragilizar o ganho dos trabalhadores, pois que vislumbra destes apenas o serviço prestado, sendo certo que considera, por óbvio, a utilidade de obter esse serviço pelo menor preço possível.

²⁵ Na periferia do capitalismo, no entanto, o avanço da terceirização significou o rebaixamento das condições de trabalho. Isso porque o setor público e as empresas privadas terminaram utilizando-se do expediente da terceirização para impor forte redução do custo de mão de obra.

²⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.

presa que presta los servicios tiene lucro, como tráfico de mano de obra. La situación que también es intrigante, según el mismo autor, es la de España. En ese país la compañía prestadora debe tener patrimonio y medios compatibles y propios de contratación, inhibiendo la mera rentabilidad de la simple explotación de mano de obra del outsourcing²⁷. Como vemos, ni todos los países capitalistas e inseridos en la economía mundial con éxito tienen como estándar de relación jurídica el outsourcing.

En América Latina, en general, hubo un exceso permisivo del de la subcontratación permisivo con consecuencias muy negativas, lo que genera la necesidad de volver atrás y restablecer derechos anteriores y garantías otorgados a los trabajadores, según ha explicado Consuelo Iranzo y Jacqueline Richter:

En América Latina, la regulación jurídica de las relaciones triangulares ha pasado por tres etapas bien diferenciadas. La primera se caracterizó por profundizar las restricciones patronales en el uso de estas figuras y reforzar las responsabilidades tanto de quien contrataba al trabajador como de quien recibía el servicio. En casi todas las legislaciones se prohibieron las agencias lucrativas de colocación de trabajadores [...] En este período se construyó un Derecho del Trabajo de fuerte carácter protector. En la segunda etapa se abren las puertas para un uso ilimitado de esas figuras [...] Este es el período de la flexibilización laboral. El Derecho del Trabajo deja de tener como finalidad exclusiva la protección del trabajador para incorporar entre sus objetivos la productividad, competitividad y la generación de empleo. En la tercera fase que hemos de-

²⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabajo descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México, n. 09, p. 159 a 174, Julio-diciembre 2009, p. 165-166.

nominado de “tensión entre protección y flexibilización” se comienza a retroceder en la flexibilización y se recuperan espacios para la protección [...] Además las reformas vuelven a limitar las contrataciones temporales e por tiempo determinado con lo que también se trata de frenar la expansión de la externalización²⁸.

En la relación jurídica existen dos tipos de contrato de outsourcing. El primer contrato es de prestación de servicios (naturaleza civil) entre el prestatario (el contratista) y el proveedor de servicios o actor (contratado). El segundo contrato es un contrato de trabajo (naturaleza del trabajo) que media entre la empresa y los trabajadores y empleados.

En principio, la legislación laboral no se ocupó de regular el outsourcing porque la empresa ocupaba el papel de la intervención legal de empleador, preservando el vínculo de empleo. En teoría, los derechos laborales están garantizados. Con el tiempo, fueron apareciendo las desviaciones y fraudes a la legislación laboral propiciados por el outsourcing, la generación de demanda de una solución judicial al problema. Hasta hoy no existe una norma específica sobre el outsourcing, y las tratativas de implementar la legislación no han tenido éxito, desgraciadamente.

²⁸ Na América Latina, a regulamentação jurídica das relações trilaterais passou por três etapas distintas. A primeira das fases caracterizou-se pelo aprofundamento da restrição do uso pelos empregadores e a ampliação da responsabilização de quem contratava o trabalhador e de quem recebia os serviços. Em quase todas as legislações foram proibidas as empresas intervenientes. [...] Nesse período, o Direito do Trabalho assumiu um forte caráter protetivo. Numa segunda etapa, a terceirização foi ampliada. [...] Esse é o período da flexibilização trabalhista. O Direito do Trabalho abandona a concepção protetiva do trabalhador para incorporar como objetivos a produtividade, competitividade e geração de emprego. A terceira fase é marcada pela tensão entre a proteção e a flexibilização, quando a flexibilização retrocede e ganha espaço o retorno protetivo. Além disso, as reformas voltam a limitar contratações temporárias e trabalho por tempo determinado, além de refrear a externalização (forma de terceirização). (Traducción de la autora).

4 ASPECTOS DEL OUTSOURCING: TRATAMIENTO JURÍDICO Y CARACTERIZACIÓN LEGAL E ILEGAL

4.1 TRATAMIENTO JURÍDICO

A pesar del outsourcing laboral se aplicar en Brasil desde hace más de tres décadas no existe una norma que regula en general. "Como la legislación brasileña no prohíbe o regula la forma del outsourcing del trabajo, las prácticas eran demasiado ampliadas, mostrando el abuso flagrante de los derechos (modalidad de ato ilegal - El arte 187 CC)." La primera legislación en Brasil, que describía el outsourcing fue el Decreto Ley 200/1967. Amauri Mascaro Nascimento²⁹ presenta una breve historia legislativa, señalando las principales normas relativas a:

Hay leyes que permiten el outsourcing: el contrato (Código Civil, art 610.), La subcontratación (CLT, art 455.), La prestación de servicios (Código Civil, art 605.), Security Bank (Decreto-ley ns valores. 1212 y 1216, 1966, 1304, 1969), de vigilancia abierta y el transporte (Leyes ns. 7102, 1983, 8863, 1994 y 9017, 1995), el suministro de mano de obra (la Ley núm. 8039, 1990, art. 15, § 1), los servicios de telecomunicaciones (Ley núm. 9.472, de 1997, art. 94), la limpieza y conservación en el gobierno (Ley no. 5.645 , 1970 y el Decreto n. 2031, 1996) y las cooperativas (CLT, art. 442, § solamente). Los servicios médicos están autorizados por los precedentes. 282 de la TST³⁰.

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 218.

³⁰ Há leis que autorizam a terceirização: a empreitada (Código Civil, art. 610), a subempreitada (CLT, art. 455), a prestação de serviços (Código Civil, art. 605), a segurança bancária (Dec.-leis ns. 1.212 e 1.216, de 1966, e 1.304, de 1969), a vigilância ostensiva e o transporte de valores (Leis ns. 7.102, de 1983, 8.863, de 1994, e

La presión del capital animó a cambiar esta restricción y el Tribunal Superior del Trabajo con el fin de regular y organizar las muchas formas de outsourcing que han surgido, emitió la Resolución 331³¹.

4.2 OUTSOURCING: LEGAL E ILEGAL

Las posibilidades de outsourcing legal son las que no están establecidas en las leyes y en el Resumen 331 del TST. El concepto jurídico del empleo debe ser protegido y valorado, la edición de las normas que permiten el outsourcing como actividad final es tan abusiva y limitante de los derechos sociales fundamentales. La situación se vuelve aún más abusiva y materialmente inconstitucional, cuando el proceso discursivo de formación de la norma se lleva a cabo sin una amplia publicidad, sin medios reales de participación popular efectiva.

El problema más común en la caracterización de la legalidad o ilegalidad en el outsourcing, es la distinción entre el entorno de la actividad (outsourcing legal) y la actividad final (outsourcing ilegal).

La actividad final³² se conecta con el propósito de la empresa, el objetivo de la producción empresarial o la prestación de servicios. Es una actividad esencial, sin la cual la propia empresa pierde su utilidad. Es aquella actividad que si tomada el ambiente de negocios requiere el final de la actividad.

9.017, de 1995), o fornecimento de mão de obra (Lei n. 8.039, de 1990, art. 15, § 1º), os serviços de telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997, art. 94), os serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública (Lei n. 5.645, de 1970, e Decreto n. 2.031, de 1996) e as cooperativas (CLT, art. 442, § único). Os serviços médicos são permitidos pela Súmula n. 282, do TST.

³¹ Hay toda una historia de la evolución de la jurisprudencia hasta la edición de la súmula 331 del TST.

³² La actividad final se describe generalmente en el objeto del contrato social de la empresa. Sin embargo, la diversificación de los negocios y adecuación al mercado es posible que el contrato social esteba en desacuerdo con el negocio central, cuando se favorece el principio de primacía de la realidad de la cuestión.

"Arte 581 [...] § 2º - significa como actividad preponderante la que caracteriza la unidad de producto, el funcionamiento o la meta final para cuya consecución convergen todas las demás actividades, exclusivamente, en una conexión funcional³³". "Actividad mediana de se entiende como aquella que se presta meramente a ofrecer herramientas, a facilitar el logro de los fines contractuales sin interferir con ellos.³⁴" "Las actividades medianas son aquellas que no coinciden con los fines de las actividades de la empresa contratista y finales son aquellas que coinciden"³⁵.

Para el análisis de la actividad final el principio de primacía de la realidad debe ser ampliamente utilizado, ya que evita fraudes al marco normativo de protección, de conformidad con el artículo 9 del Código de Trabajo (CLT). Es posible utilizar a través de un criterio analógico el artículo 581, párrafo 2 del Código de Trabajo que proporciona una buena definición de la actividad final: "El arte 581 [...] § 2º - significa la actividad principal que caracteriza a la unidad de producto, el funcionamiento o la meta final para la consecución de la que convergen todas las demás actividades, exclusivamente, en una conexión funcional ". "Medio de la actividad se entiende como aquella que se presta a ofrecer más que herramientas para facilitar el logro de los fines contractuales sin interferir con ellos." "Las actividades-a través son aquellos que no coinciden con los extremos de las actividades del contratista y final son aquellos que partido".

Pocos autores se refieren a explicar por qué la resistencia al no permitir el outsourcing de la actividad principal. En caso

³³ BRASIL. Decreto-Ley 5.452 de 1º de mayo de 1943. Aprova a "Consolidação das Leis do Trabalho". Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 19 nov. 2011.

³⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 218.

de la actividad final podría ser subcontratada libremente, ninguna compañía contrataría a más empleados en forma directa, pues la mediación tiene numerosas ventajas, entre las que no existen, a priori, las obligaciones laborales.

La búsqueda del pleno empleo³⁶, un principio constitucional (artículo 170, VIII), y el principio de la continuidad de la relación laboral estarían condenados al término si se podrían ser libremente subcontratadas las actividades finales. El argumento de que las empresas de servicios tienen numerosos contratos y que los trabajadores dejarían sólo un contrato y caerían en otro, premisa venia, parece fantástica. Tal vez algunas de estas empresas, de hecho, tienen numerosos contratos de prestación de servicios. Sin embargo, el empleado siempre estaría sujeto a los riesgos de la actividad económica, sea el mantenimiento de los contratos de servicios de su empleador, o la oferta ganadora de licitación y la existencia de nuevos contratos. Y una de las características del vínculo laboral es la alteridad, que se enfrenta día y noche.

A pesar de las alegaciones presentadas, aliviando el riesgo, algunos prevén otras posibilidades de subcontratación de la actividad final en la legislación de manera extravagante, como se ha señalado en el inciso II del art. 94 de la Ley 9.472/97, la Ley General de Telecomunicaciones. Sin embargo, es indiscutible en la jurisprudencia y la doctrina juslaboral si sería constitucional. La siguiente disposición legal:

Artículo 94. En el desempeño de sus funciones, el concesionario podrá, sujeto a las condiciones y límites establecidos por la Agencia:

[...]

II - los contratos con terceros para el desarro-

³⁶ Sobre este principio hay un excelente artículo académico publicado en *Compedi*. SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. *Anais Compedi*. Disponible em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf> Acceso em 08 oct. 2011.

llo de las actividades conexas, accesorias o complementarias al servicio, así como la ejecución de los proyectos asociados³⁷.

Algunos imaginan en la citada disposición legal expresamente autorizado para subcontratar las actividades básicas de la industria de las telecomunicaciones. Sin embargo, el Tribunal Superior del Trabajo ha demostrado a través de varias sentencias de acuerdo con el mencionado entendimiento, de la siguiente manera:

OUTSOURCING ILEGAL. ACTIVIDADES FIN DE LA EMPRESA DE CONTRATACIÓN. La comprensión de la quinta turma y mayoritario de esta Corte es que el outsourcing de la actividad principal es ilegal. Revista de recursos no se conoce. [...]

Caso N ° TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Tribunal Superior del Trabajo. Clase de 5 °. Publicado en DEJT el 14/10/2011³⁸

FILIAL DE RIESGO. ENTIDAD PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. En virtud del artículo 71, § 1, de la Ley 8.666/93, la Administración Pública no responde por la deuda laboral sólo en caso de mero defecto de la empresa proveedora de servicios, lo que no excluye su responsabilidad en observar la presencia de la culpa, especialmente en la cara de incumplimiento de otras normas legales. Este entendimiento fue firmado por la Corte Suprema cuando el juicio de la ADC 16 de

³⁷ BRASIL. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 19 nov. 2011.

³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066*. Terceirização Ilícita. Atividade-Fim da Empresa Contratante. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 19 nov. 2011.

24.11.2010. En el caso de que el archivo, haya expediente expreso en cuanto a la culpabilidad de la entidad pública, dar lugar a la rendición de cuentas. Incidencia de la precedente N ° 331, IV y V. Revista de Apelación no se conoce. [...]

Caso No. RR-134200-TST-39.2009.5.04.0018. Grupo segundo. Relator Min Caputo Bastos. Publicado en DEJT el 16/09/2011.
39

La interpretación de la jurisprudencia sobre el empleo de dicho y referido dispositivo es que "las actividades inherentes, accesorias o complementarias" se refieren a la actividad del media. Así se puede ver que hay una clara tendencia jurisprudencial impulsado en la comprensión recrudescida de que el núcleo de negocio del outsourcing es ilegal, salvo disposición normativa expresa y inequívoca en este sentido.

Del mismo modo, debe ser la comprensión de la Corte Superior del Trabajo en el arte. 25, § 1 de la Ley 8.987/95 que se ocupa de los servicios telefónicos. Tomamos nota de que el texto de esta ley es semejante y casi idéntico al texto de la ley de telecomunicaciones. Esta identidad nos hace creer que la interpretación de la Corte Superior del Trabajo será el mismo que para la industria de las telecomunicaciones⁴⁰.

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo n° TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018*. Responsabilidade Subsidiária. Ente Público. Culpa *In Vigilando*. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011 Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 19 nov. 2011.

⁴⁰ La comprensión hermenéutica del TST es que las leyes 8.987/95 y 9.472/97 no contienen, en sus textos, autorización para outsourcing de las actividades principales. Sin embargo, los servicios públicos no aceptan este tipo de entendimiento y han utilizado todos los instrumentos jurídicos existentes para lograr su intención del libre outsourcing de sus actividades básicas. Como ejemplo, citan el procedimiento ante la Corte Suprema de Justicia de la ADC # 26 conducido por la Asociación Brasileña de Empresas Distribuidoras de Electricidad (ABRADEE), cuyo objetivo declarado es para ver declarado constitucional el artículo. 25, § 1 de la Ley General de Concesiones (Ley ° 8.987/1995). El objetivo claramente demostrado, es la de subcontratar las actividades principales, la venta de electricidad. La solicitud de una orden judi-

Existen otras posibilidades para el outsourcing de la actividad principal, tales como: el trabajo temporal, contrato en la construcción civil (artículo 455 de la CLT), la industria automotriz. Sobre el último ejemplo, la industria automotriz, es comúnmente⁴¹

la necesidad de contratar empresas especializadas para la colocación durante la producción y montaje de vehículos, radio, aire acondicionado, armaduras y otros accesorios. [...] Este outsourcing sólo puede ocurrir si no hay personalidad y la subordinación entre el trabajador y el tomador de los servicios.⁴²

A pesar de que existen predicciones del outsourcing de actividad principal, la interpretación debe ser restrictiva, ya que es la excepción. Entender de manera diferente implica subvertir el orden lógico, cambiado el dispuesto excepcionalmente en regla.

5 RESPONSABILIDAD EN EL OUTSOURCING

Con el fin de corregir las distorsiones en el uso de las teorías de outsourcing fueron surgiendo para apoyar la responsabilidad de la empresa cliente o prestataria, aunque no es la contratista o la empleadora de los trabajadores. Hay muchas

cial para evitar que las acciones civiles públicas fue rechazada por el Ministro Ricardo Lewandowski. También existe la queja N° 11256 del Tribunal Supremo que cuestiona si el Tribunal de Distrito de la 3ª Región (Ontario) viola la Súmula Vinculante N° 10 del STF para alejar la incidencia de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9.472/97) y considerar ilícita el outsourcing de la actividad de call center, sin analizar la constitucionalidad.

⁴¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 516.

⁴² a necessidade de contratação de empresas especializadas para a colocação, durante a produção e montagem dos veículos, de rádio, ar-condicionado, blindagem e demais acessórios. [...] Esta terceirização só pode ocorrer se não houver personalidade e subordinación entre o trabalhador e o tomador de serviços.

razones que justifican esta responsabilidad⁴³, incluyendo meta jurídicos como los sociales.

El examen de la responsabilidad del empleador depende de la adopción del paradigma de la solidaridad social que tomó la Constitución como un nuevo factor axiológico a la interpretación y la aplicación de la planificación. Es a partir de este nuevo paradigma, que las relaciones privadas deben ser examinados.⁴⁴

El nuevo paradigma solidaria implica el reconocimiento de los daños causados por defecto para el empleado de la empresa interviniente, a través del contrato de prestación de servicios que firmó con la empresa prestataria, que necesita ser reparado.

5.1 TEORÍA DE LA DESPERSONALIZACIÓN DE LA EMPRESA Y GRUPO ECONÓMICO

Los artículos 10 y 448 de la CLT trajeron la idea de que la empresa es el empleador y que los cambios estructurales o de propiedad no requieren cambios en el trabajador, que conserva el derecho al mantenimiento de sus condiciones de trabajo y tiene sus derechos adquiridos respetados. Luciano Martínez⁴⁵ explica:

Tenga en cuenta que, en base a cualquier de los dispositivos antes mencionados, las transformaciones no afectan a la existencia de la empresa, ni

⁴³ SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

⁴⁴ O exame da responsabilidade civil do empregador depende da adoção do paradigma da solidariedade social que a Constituição assumiu como novo fator axiológico para a interpretação e aplicação do ordenamento. É a partir desse novo paradigma, que as relações privadas devem ser examinadas.

⁴⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 177.

los derechos de sus contratistas. En este sentido hay una clara despersonalización de negocio, siendo mínimamente relevante para el para el contrato de empleo los cambios estructurales (cambio de socios, la conversión de la empresa de sociedad de responsabilidad limitada en un gestor de etc.) O los cambios de titularidad (venta, cesión, fusión, escisión, incorporación, etc.). Estas modificaciones pueden ser practicadas de acuerdo con las conveniencias del mercado, sin afectar en modo alguno los contratos de trabajo en curso o los derechos adquiridos por los trabajadores⁴⁶.

En la legislación laboral la protección del empleado, hipo suficiente en la relación jurídica laboral, no sólo reside en la parte de principios. El artículo 2 del Código de Trabajo refuerza la idea de la despersonalización de la empresa. Esto indica que la empresa o la actividad económica desarrollada es el empleador. Por lo tanto, la empresa prestataria o contratista que asume las instalaciones físicas de los empleados de otra empresa (proveedor de servicios) atrae hacia sí la condición jurídica de empleador.

Las empresas unidas (prestataria y proveedora) propician toda la gama de los mismos objetivos, en colaboración, a través de un vínculo de cooperación o coordinación⁴⁷. Sobre esa base,

⁴⁶ Observe-se que, com base em qualquer dos citados dispositivos, as transformações operadas não afetam a existência do empreendimento, tampouco os direitos de seus contratados. Nesse sentido há clara despersonalização empresarial, sendo mínimamente relevantes para o contrato de emprego as alterações estruturais (mudança de sócios, conversão de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em uma sociedade empresária etc.) ou as mudanças na propriedade (alienação, cessão, fusão, cisão, incorporação etc.). Essas modificações podem ser praticadas em atendimento às conveniências do mercado, sem que em nada afetem os contratos de emprego em curso ou os direitos adquiridos pelos empregados.

⁴⁷ Para la formación de un grupo económico rural se puede preservar la libertad empresarial. El artículo 3, § 2 de la Ley 5.889/73: "Cuando una o más empresas, aun teniendo cada una su propia personalidad jurídica, estuvieren bajo la dirección, control o gestión de otra, o cuando, aun manteniendo cada una su autonomía, integren grupo

la empresa cliente o prestataria también será responsable de las obligaciones laborales de los empleados de la empresa mediadora, ya que ambos enriquecen a la fuerza laboral de los trabajadores involucrados, como el artículo 2, § 2 de la Codificación de Leyes del Trabajo, en verbis :

El artículo 2 [...]

[...]

Siempre que una o más empresas, y aunque cada una de ellas como personas jurídicas, están bajo la dirección, control o gestión de otro, formando el grupo de actividades industriales, comerciales o de cualquier otra actividad económica, serán para fines de empleo, solidariamente responsables a la sociedad matriz y cada una de las subordinadas⁴⁸.

El concepto de grupo económico se extendió por la incidencia del arte. 3, § 2 de la Ley 5.889/73. Consonante la literalidad de ese dispositivo⁴⁹, hasta un vínculo de cooperación o colaboración para formar el grupo económico, en comparación con la posibilidad de preservar la autonomía de las empresas. En el outsourcing, precisamente, hay autonomía entre la prestataria y la parte coadyuvante, conectadas por un vínculo de cooperación o de colaboración. Por lo tanto, podría ser capaz de aplicar un dispositivo frente a la brecha normativa existente y imponer la responsabilidad solidaria con respecto a contratación externa.⁵⁰

económico o financiero rural, serán solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral. "(énfasis añadido). (BRASIL, 1973)

⁴⁸ BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprueba la Consolidação das Leis do Trabalho. Disponible em: <www.planalto.gov.br> Acceso en 19 nov. 2011.

⁴⁹ Cuando una o más empresas, aun teniendo cada una su propia personalidad jurídica, estuvieren bajo la dirección, control o gestión de otra, o cuando, *aun manteniendo cada una su autonomía*, integren grupo económico o financiero rural, serán solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral. "(énfasis añadido). (BRASIL, 1973)

⁵⁰ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003,

El outsourcing no es una manera fácil de aliviar el receptor de la mano de obra de los cargos laborales que se incautos, rápidamente proclaman. Por el contrario, tiene el inconveniente de eliminar el gestor de la facultad de mandar directamente a las actividades de apoyo de su empresa y le hacen responsable de cualquier incumplimiento por parte del tercer contratado⁵¹.

El outsourcing no podrá ser, por sí mismo, un argumento para que no sea reconocida la condición de grupo económico.

5.2 RESPONSABILIDAD POR ACTO DE TERCERO

Hay una brecha legal sobre la responsabilidad en el outsourcing, que atrae a la aplicación del art. 8 de la CLT⁵². Esta aplicación permite que se utilicen, por analogía, las disposiciones relativas a la responsabilidad del Código Civil de 2002, la consolidación de la legislación laboral y la legislación especial sobre la tercerización laboral. Y esta propuesta cumple con el⁵³

[...] nuevo paradigma solidario, basado en la dignidad humana, cambió el eje de la responsabili-

p. 240.

⁵¹ A terceirização não é meio fácil de eximir o beneficiário da força de trabalho dos encargos trabalhistas que, incautos, apressam-se em apregoar. Ao contrário, tem a desvantagem de retirar do empresário o poder de comandar diretamente as atividades de apoio de sua empresa e obrigá-lo a responder pela eventual inadimplência do terceiro contratado.

⁵² “Artículo 8 - Las autoridades administrativas y la Justicia del Trabajo, en ausencia de disposiciones legales o contractuales, decidirán, cuando proceda, por la ley, por analogía, por la equidad y otros principios y normas general del derecho, especialmente de la legislación laboral, y todavía, de acuerdo con las costumbres y tradiciones, derecho comparado, pero siempre de manera que ningún interés de clase o particular supera el interés público.” (Brasil, 1943).

⁵³ SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

dad civil, que dejó de considerar como su objetivo particular, la condena de un agente culpable, pero la reparación de la víctima dañada. Esta nueva perspectiva se corresponde con la aspiración de nuestra sociedad en el sentido de que la indemnización otorgada a la gente es la más completa posible⁵⁴.

El tratamiento de la responsabilidad civil por el tercero se establece en los artículos 932, III⁵⁵, 933⁵⁶ y 942⁵⁷ § único del Código Civil de 2002⁵⁸ y debe ser aplicado por analogía a la situación.

Raimundo Simão de Melo enfatiza que los dispositivos citados imponen responsabilidad solidaria pasiva y objetiva:

De la lectura e interpretación sistemática de estos dispositivos legales se deduce que alguien, aunque no directamente ha practicado actos perjudiciales para otra persona, puede tener que responder por la consecuencias de este acto, practicado por un tercero con quien mantiene una relación ju-

⁵⁴ [...] novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo da responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada. Essa nova perspectiva corresponde à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja mais abrangente possível.

⁵⁵ Arte. 932. También son responsables por daño civil: [...] III - el empleador o el director, por sus empleados, funcionarios y agentes en el desempeño de la labor que compiten, o debido a ella, (el subrayado es nuestro) (BRASIL, 2002)

⁵⁶ Arte. 933. 933. Las personas mencionadas en los puntos I a V del artículo anterior, aunque no hay culpa por su parte, responsable por los actos cometidos por terceros a que se refiere el mismo. (El subrayado es mío) (Brasil, 2002)

⁵⁷ Artículo 942. La propiedad responsable de la ofensa o violación del derecho de los demás están sujetos a la indemnización por los daños causados, y si el delito tiene más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación. Párrafo único. Son responsables solidarios de los autores o co-autores y de las personas designadas en el art. 932. (El subrayado es nuestro) (BRASIL, 2002)

⁵⁸ BRASIL. Ley 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Instituye el Código Civil. Disponible en: <www.planalto.gov.br>. Acceso en: 19 nov. 2011.

rídica establecida por ley o contrato, y esta responsabilidad entre el funcionario o agente y el principal objetivo (art. 933) y de la solidaridad (§ del art. 942).

Este es el caso de los *outsourcings* laborales, que están incluidas en las figuras del comitente (prestatario de servicios y el prepuesto (proveedor de servicios), este, que se encuentra bajo un contrato de preposición vinculante, ejerciendo una actividad bajo autoridad y en el interés de otros, bajo sus órdenes e instrucciones, tiendo el deber de supervisar y vigilar para que lo hagan con la debida seguridad, a fin de no causar daños a terceros⁵⁹.

El autor explica que la Súmula 331 del TST impuso responsabilidad subsidiaria por haber se basado en los artículos 1521 y 1523 del Código Civil de 1916, y el tribunal debe reformular su súmula y adaptarla al Código Civil de 2002, más precisamente, a los artículos 932, 933 y 942, aplicando la responsabilidad objetiva y solidaria⁶⁰ en vista de la disposición legal expresa e inequívoca.

El contrato civil entre la empresa prestataria y la empresa intermediaria no debe ser mote de lesiones a terceros no rela-

⁵⁹ MELO, Raimundo Simão de. A necesaria revisión da Súmula 331 do TST delante del Nuevo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 152.

⁶⁰ Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas conseqüências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (§ único do art. 942).

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a debida segurança, de modo a não causar danos a terceiros.

cionados con la contratación, o sea, los efectos del contrato de servicio se adjuntará a las partes. La empresa prestataria tiene el deber jurídico contractual de escoger la compañía intermediadora más sólida financieramente (idónea) para ejecutar el contrato de servicios, ya que debe asegurar que las actividades derivadas del contrato no son perjudiciales para los no participantes en el contrato. La doctrina civilista llama a estas obligaciones de culpa *in eligendo*⁶¹ y culpa *in vigilando*⁶² y también de conducta negligente⁶³ (culpa).

La elección responsable de la empresa mediadora y la vigilancia son derechos jurídicos de la empresa prestataria de los servicios, y el fracaso debe, inevitablemente, resultar responsabilidad principal a esta. La hipótesis genérica está legalmente prevista en el artículo 186 del Código Civil⁶⁴ responsabilidad indirecta o responsabilidad por el delito de otro. También hay disposición específica para la intermediación temporal - el artículo 16 de la Ley 6019 de 1974.

Si el outsourcing del trabajo temporal permite la posibilidad de aplicación de la culpa extracontractual, o que decir de la política de outsourcing común, al principio indeterminada de punto de vista del empleado de la empresa de servicios. No hay sentido en la asignación de la responsabilidad de algo efímero y eliminarlo si quieres algo duradero o permanente, ya que el sistema juslaboral brasileño tiene un efecto protector y garan-

⁶¹ Culpa *in eligendo* – modalidad en que el agente no tiene las necesarias cautelas para la escogida de una cosa y de una persona para efectuar una actividad. HORCAIO, van. *Dicionário Jurídico Referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 235.

⁶² Culpa *in vigilando* – modalidad en que el agente no fiscaliza una actividad, propia o de tercero, com a cautela necessária. HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 235.

⁶³ Negligencia – omisión de cautela a que una persona está obligada en face de las circunstancias en que es practicada el acto. HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 728.

⁶⁴ Del Código Civil el artículo 186, en verbis: "El que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar la ley y causar daño a otro, aunque sólo sea moral, comete un acto ilegal." (Brasil, 2002).

tista.

Así, por analogía, se pueden aplicar las disposiciones del Código Civil, la Consolidación de las Leyes del Trabajo y la Ley de Trabajo Temporal para el outsourcing, y todos los actos legislativos citados contienen la predicción de la aplicación de la responsabilidad solidaria.⁶⁵

Por lo tanto, los servicios de los asegurados, en el caso del outsourcing, sólo si exonerará de la responsabilidad relativa a los trabajadores subcontratados probar el caso fortuito o de fuerza mayor o que el evento se desarrolló sin una relación de causalidad con respecto a ella, es decir, que la conducta se haya cometido fuera de los límites de la preposición⁶⁶.

El incumplimiento de los presupuestos laborales por la empresa proveedora de mano de obra tiene dos raíces. La primera se basa en la ausencia de criterios serios para la elección del proveedor de servicios por la empresa prestataria. Si acaso fuera seleccionada una empresa de outsourcing idónea, no habría ningún incumplimiento de las obligaciones de la mano de obra subcontratada. La segunda raíz del incumplimiento de la empresa de outsourcing es la ausencia de fiscalización del servicio contratado por la empresa cliente o prestataria, ya que si la fiscalización hubiera sido bien hecha, no habría ninguna posibilidad de haber partes de cualquier naturaleza al aire libre, especialmente laborales y de seguridad social.

A menudo, la empresa prestataria de servicios utiliza el outsourcing sin ningún criterio o utilizando como tal sólo la

⁶⁵ MELO, Raimundo Simão de. A necesaria revisão da Súmula 331 do TST diante del Nuevo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região..* Belém, vol. 44, n. 86, jan/junho 2011, p. 155.

⁶⁶ Portanto, o tomador de serviços, no caso da terceirização, somente se exonerará da responsabilidade em relação aos trabalhadores terceirizados se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexo de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição.

cantidad cobrada por la empresa interviniente, ignorando los impactos y consecuencias de este acto para los trabajadores contratados. Es precisamente esta hipótesis, que se caracteriza culpa extracontractual. La empresa prestataria delante de la dicha culpa deberá responder, también, por los daños causados.

A pesar de los argumentos anteriores, la posición de la jurisprudencia del TST es que la responsabilidad será subsidiaria. La responsabilidad solidaria sólo será posible si no es el outsourcing ilegal. Según dijo, el outsourcing legal, habiendo un incumplimiento por parte de la empresa de intermediación, ocurrirá la responsabilidad subsidiaria⁶⁷ del prestatario y del prestador del servicio. En el outsourcing ilegal, por lo que se forma la relación de trabajo con el prestatario de los servicios, creando una responsabilidad solidaria⁶⁸ entre la empresa y el mediador.

La ilicitud en el outsourcing destruye el vínculo de empleo con la empresa mediadora y produce una relación de empleo directa con la empresa prestataria, o cliente. La ilicitud de del outsourcing conduce a la responsabilidad solidaria. La opción en el sistema jurídico brasileño, de la responsabilidad solidaria surge de la ley o la voluntad de las partes. La idea de esta posición radical pierde fuerza cuando la investigación de la legislación⁶⁹ en América Latina en general, como explica

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de Direito Civil*. Vol II, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75, *in verbis*: “nada mais do que uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados.”

⁶⁸ El artículo 264 del Código Civil. Hay solidaridad, cuando en la misma obligación compite más de un acreedor o deudor, cada uno derecho o la obligación, la totalidad de la deuda. (BRASIL, 2002)

⁶⁹ La legislación sobre la contratación externa en América Latina, en general, es muy protectora. Citamos como ejemplos de relevante legislativa de outsourcing: Argentina (Ley 30/2003, de artes 30 y 136 de la LCT (Ley de Contrato de Trabajo).), Paraguay (artículos 24-26 de la Ley 213/93) Uruguay (Ley 18.098 / 2007; 18.099/2007 Ley y la Ley 18.251/2008), Chile (Ley 20.123/2006 y el arte del Código del Trabajo de Chile 92) y Perú (Ley 27.626/2002; Ley 29.245/2008 y el Decreto Legislativo

Graciela Bensusán⁷⁰:

En cuanto a la responsabilidad solidaria de la empresa prestataria, algunos países siguen reglas más restrictivas y de protección de la clase obrera, cuando la actividad subcontratada por lo general se desarrollan en la empresa, como en Argentina, Panamá, Colombia y Venezuela. Incluso en el primer país mencionado, la jurisprudencia establece que desde 2002 que el trabajador puede escoger a quien demandar, y puede optar por la empresa prestataria, la empresa interviniente o ambas juntas. Esto se deriva del reconocimiento de la gran dificultad en la que se enfrenta el trabajador con la insolvencia de sus empleadores.⁷¹

"En los países América Latina, la mayoría de los instrumentos jurídicos que rigen las relaciones triangulares requiere la empresa prestataria tiene la responsabilidad solidaria para el empleado y debe responder por los derechos laborales"⁷². Hay un claro desequilibrio entre la posición esperada de responsabilidad adoptada en Brasil y la adoptada en América Latina.

1.038/2008).

⁷⁰ BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? *Cuadernos de integración andina*. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 42.

⁷¹ Em matéria de responsabilidade solidária da empresa tomadora, alguns países seguem regras mais restritivas e protetivas da classe trabalhadora quando a atividade terceirizada é normalmente desenvolvida na empresa, tal como ocorre na Argentina, Panamá, Colômbia e Venezuela. Inclusive, no primeiro país citado, a jurisprudência estabelece desde 2002 que o trabalhador pode escolher a quem processar, podendo optar pela empresa tomadora, a empresa interviniente ou ambas conjuntamente. Isto decorre do reconhecimento da grande dificuldade pela qual passa o trabalhador diante da insolvência de seus empregadores (Traducción de la autora)

⁷² FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. *Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA)*. Universidade Federal de Santa Catarina, nº 03, 2009. Disponível em: <www.iela.ufsc.br> Acesso em 12 out. 2011.

6 CONSIDERACIONES FINALES

A pesar del alcance de la protección constitucional de los derechos sociales, sin duda, en el principal receptor se encuentran en desventaja económica, ya que la satisfacción de sus necesidades es un principio fundamental de la dignidad humana⁷³, „una garantía de un mínimo existencial”⁷⁴.

“Los derechos sociales como derechos de segunda dimensión, recuerda, son las que exigen que el Gobierno un papel positivo, actuando como una aplicación de la igualdad social de los ineptos”⁷⁵.

Las políticas públicas, *latu sensu*, comprenden los beneficios positivos del Estado provenientes de de los poderes. Y cada uno de los poderes, tiene el deber de poner en práctica en su área medidas de estímulo, la conservación y el debido cumplimiento del Estado en relación a una situación de desventaja. En el artículo 6 de la Constitución se caracterizan por derechos sociales de cinco naturalezas distintas: laborales, de seguridad social, económicos, culturales y públicos. Y en el texto constitucional hay artículos relativos a estas cuestiones, definiendo y delimitando en cuales aspectos debe la política pública actuar y beneficiar una situación de desventaja.

En el arte. 7 de la Constitución, por excelencia, son meticulosamente tratados, los derechos laborales. “Se observa que, en el trato con los derechos de la obra social del individuo, la Constitución fue extremadamente generosa, tratando de monopolizar muchos de estos derechos laborales presentes en la his-

⁷³ “El hombre, y en general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como un medio para el uso arbitrario de esta o aquella voluntad. Por el contrario, en todas sus acciones, tanto las que se dirigen a sí mismo como en las que se dirigen a otros seres racionales, siempre debe ser considerado como un fin.” KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 68.

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231.

⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 827.

toria jurídica nacional, creando otros más, en un carácter innovador"⁷⁶.

A pesar de encontrar con facilidad los autores en el marco jurídico y en la administración que llevan el outsourcing a condición de solución de todo problema económico y esencial al desarrollo económico y al éxito del negocio, comenzaron a aparecer en los estudios de máster⁷⁷ sobre las empresas que utilizan el outsourcing y no tuvieron resultados satisfactorios. Llamada de primerización el movimiento en sentido de retrotraer el outsourcing para las contrataciones directas, el empleo en el trastorno bipolar tradicional. No se trata, pues, el outsourcing de la solución perfecta, ya sea vector determinante para el éxito económico de una empresa.⁷⁸

[...] Ley del Trabajo, que emerge en la etapa de la socialización del derecho prevalece la función de creación de modelos socialmente apropiados. Esta rama particular del derecho insiere reglas que no son aplicadas de forma espontánea por la comunidad, pero que a la luz de la solidaridad entre los hombres, deben ser respetados. [...] No rebela asentamiento do que se practicaba en el ritual social, sino más bien interviene para reducir drásticamente la práctica actual, convirtiendo, para el avance de la propia sociedad. [...] Lo que dio particularidad a es-

⁷⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 836.

⁷⁷ VEIGA JÚNIOR, Jorge. *Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras*. São Paulo, 2009. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Profesora Doctora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba. e LIMA NETO, Walmir Maia Rocha. *Quando a terceirização não funciona: a "primeirização" das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais*. Bahia, 2008. Dissertação (Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral. Universidade Federal da Bahia.

⁷⁸ SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na "terceirização". *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

ta rama del derecho es justamente la nueva manera que hizo la regulación de las relaciones laborales que [...] dio lugar a un cambio en la manera de concebir la igualdad de las personas, que "deja de ser un punto de partida para el derecho a convertirse en meta o aspiración del sistema jurídico"⁷⁹.

Como fenómeno complejo, como el outsourcing laboral, debe ser analizado de acuerdo con los principios inspiradores de nuestra Constitución, de otra manera de que los dispositivos de protección constitucionales laborales en instrumentos incapaces de cumplir con su intención. Como enseñó Pontes de Miranda:⁸⁰

No hay nada más peligroso que hacer la Constitución, sin la intención de cumplir. ¿O sólo si cumple en los principios y lo que se necesita, o si se entiende, deben completarse - lo que es peor (...) en el momento, acerca la Constitución, con razón o sin ella, está hecha, lo que se incumbe a nosotros, dirigentes, jueces e intérpretes, es hacerla. Sólo entonces sabremos para que sirvió y no sirvió, ni sirve. Si no sirvió a nada en algunos puntos, que se modifique, que se revise. Si algún punto no sirve a nada, que haga la reducción de esta pieza inútil. Si alguna desirve a algun bien público, que listo se

⁷⁹ [...] Direito do Trabalho, emergente na fase da socialização do direito, prepondera a função instituidora de modelos socialmente adequados. Esse ramo especial do Direito insere regras não aplicadas espontaneamente pela comunidade, mas que, à luz da solidariedade entre os homens, devem ser observadas. [...] Não revela assentamento do que se praticava no rito social, mas, pelo contrário, intervém drasticamente, para cercear a prática vigente, transformando-s, em prol do avanço da própria sociedade. [...] O que deu particularidade a esse ramo do Direito é justamente o modo novo com que fez a regulação das relações de trabalho que, [...] implicou uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas, a qual "deixa de ser um ponto de partida do direito, para se converter em meta ou aspiração da ordem jurídica.

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com emenda nº 1 de 1969*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15-16.

elimine. Pero, sin cumplir, nada sabremos. No sabemos nada, nada podamos hacer que merece crédito. No cumplirla es estrangular al nacer⁸¹.

Así que se esfuerza por la protección y respeto de los principios constitucionales, las normas, valorizando los derechos sociales fundamentales esculpidos por el poder legislativo originario con el fin de alcanzar los objetivos propuestos por la Constitución Federal y que se construya una sociedad justa e igualitaria.

Outsourcing laboral puede ser realizada dentro de los parámetros adecuados para la satisfacción de los derechos sociales laborales. La protección jurídica prevista en el texto constitucional y reforzada por las disposiciones de la CLT tornan imperativa la responsabilidad del prestatario de los servicios y del mediador por la explotación de la mano de obra, defecto de la empresa del outsourcing y otros desvíos e ilegalidades en el outsourcing.

La interpretación sistemática de las normas tratadas favorece el enrojecimiento de la responsabilidad en el outsourcing, así como la tendencia demostrada en América Latina para reforzar el contenido protector del contrato de trabajo delante de las tentativas de precariedad y flexibilidad. El resurgimiento de la responsabilidad genera como consecuencia la adecuación de las empresas proveedoras y mayor exactitud de los prestatarios de los servicios. Esto ayuda a evitar las ilicitudes, fraudes y no cumplimiento de las obligaciones de la mano de obra del outsourcing.

⁸¹ Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios e que se precisa, ou se entende, devam ser cumpridos - o que é pior (...) no momento, sobre a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos para que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se algum ponto a nada serve, que se corte este pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem cumprir, nada saberemos. Nada sabemos, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não cumpri-la é estrangular-la ao nascer



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Audiência Pública – Terceirização. *Site do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html. Acesso em 16 out. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? *Cuadernos de integración andina*. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, nº 20, Diciembre 2007.

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 12 out. 2011.

_____. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 12 out. 2011.

_____. Lei 5.889 de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Lei 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a

criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018*. Responsabilidade Subsidiária. Ente Público. Culpa *In Vigilando*. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011 Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 12 out. 2011.

_____. _____. *Processo nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066*. Terceirização Ilícita. Atividade-Fim da Empresa Contratante. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 12 out. 2011.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo*. São Paulo, LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. *Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA)*. Universidade Federal de Santa Catarina, nº 03, 2009. Disponível em:

- www.iela.ufsc.br. Acesso em 12 out. 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de direito civil*. Vol. 02, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRISOLIA, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral*. 7º ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.
- IRANZO, Consuelo & RICHTER, Jacqueline. La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social. *Cuadernos de integración andina*. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, nº 20, Diciembre 2007.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 276 a 281, março 2011.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003.
- LIMA NETO, Walmir Maia Rocha. *Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais*. Bahia, 2008. Dissertação (Curso de Mestrado Profissional em Administração). Orientador: Professor Doutor Sandro Cabral. Universidade Federal da Bahia.
- LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*. São Paulo, vol. 13, nº 01, p. 17 a 23, 2010.
- MARQUES, Fabíola & ABUD, Cláudia José. *Direito do Trabalho*. Série leituras jurídicas provas e concursos. 7. ed., vol. 22. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Pau-

- lo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, vol. 44, nº 86, jan/junho 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. *Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST. Inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- POCHMANN, Márcio. “O papel da terceirização da mão de obra”. *Revista Fórum*. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543>. Acesso em: 23 out. 2011.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo, LTr, 1996.
- SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. *Anais Conpedi*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf. Acesso em 08 out. 2011.
- SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar & SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e obje-

tiva da tomadora de serviços na “terceirização. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 75, nº 01, p. 66 a 79, jan. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego & direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, vol. 44, nº 86, jan/junho 2011.

_____. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México, nº 09, p. 159 a 174, Julio-diciembre 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VEIGA JÚNIOR, Jorge. *Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras*. São Paulo, 2009. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito). Orientadora: Professora Doutora Dorothee Susanne Rüdiger. Universidade Metodista de Piracicaba.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Paraná, vol. 21, p. 61 a 70, julho-dezembro 1996.