

## CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL *OUTSOURCING* LABORAL\*

### CRITICAL CONSIDERATIONS ABOUT *OUTSOURCING* RESPONSIBILITY IN LABOR

**Dayse Coelho de Almeida\*\***

Docente de pregrado y posgrado en Derecho, Universidade Estácio de Sá,  
Río de Janeiro, Brasil

Fecha de recepción:  
10 de septiembre de 2012

Fecha de aprobación:  
31 de octubre de 2012

#### **Palabras clave:**

Derecho, empresa, fenómeno  
económico, subcontratación,  
responsabilidad laboral.

#### **Key words:**

*Law, company, economic phenomenon,  
outsourcing, job responsibility.*

#### **RESUMEN**

A partir de la década de 1970, después del final de años dorados, los niveles de desempleo aumentaban y la inflación hacía estragos significativos, aquel período tortuoso comenzó en 1973, con la crisis en la industria petrolera e incrementó considerablemente a comienzos de 1980.

Estos factores problemáticos provocaron el período postindustrial, marcado por una serie de modificaciones en la estructura jurídico laboral. Esta etapa se distinguió por factores como: la informatización, la robotización, la electrónica aplicada, la automatización de los procesos de producción. La búsqueda de la eficiencia y el bajo costo se materializa en los procesos de globalización, flexibilización laboral y precarización del empleo.

#### **ABSTRACT**

*Since the 70s, after the end of the golden years, extended unemployment levels and inflation raged generally nations, that tortuous period began in 1973, with the crisis in the oil industry and increased significantly in early 1980.*

*These factors mentioned provoke post-industrial period, marked by a series of changes in the legal and labor structure. This stage is characterized by the following factors: computerization, automation, applied electronics, automation of production processes. The search for efficiency and low cost, materializes in the processes of globalization, labor flexibility and job insecurity.*

\* Artículo de Revisión de Tema.

\*\* Doctoranda en Derecho Laboral, Universidad de Buenos Aires, UBA; Maestra en Derecho Laboral y Especialista en Derecho Público, Universidade Católica de Minas Gerais, PUC - MG; Especialista en Derecho Laboral y Procesal, Universidade Cândido Mendes, UCAM - RJ; Abogada y Consultora Jurídica, miembro de: la Asociación Brasileña de Abogados (ABA), la Oficina de Abogados del Estado de Sergipe (IASE,) y la Asociación Sergipana de Abogados Laborales (ASSAT).  
Correo electrónico: denisealmeida@yahoo.com.br ;  
profdaysecoelho@yahoo.com.br

## 1. Consideraciones iniciales

La globalización es un fenómeno económico, social y político, creador de una serie de cambios y reestructuraciones, en su aspecto económico, afecta las relaciones laborales de manera decisiva. La economía de los países es dependiente y conectada, por eso, las decisiones tanto políticas como 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 mundial.

Los países elaboran formas de entrar en el capitalismo globalizado, por ejemplo: la formación de bloques con propósito económico y sociointegrante, como el caso del Mercado Común del Sur, (Mercosur) y la Unión Europea, (UE). “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” (Neto, Ferreira & Cavalcante, 2011). Sin embargo, para los países periféricos como Brasil, y en general los fundadores del Mercosur, la inversión en tecnología no siempre es posible, debido a las grandes sumas de dinero necesarias, 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 éste, se ha basado la mancha de la limitación económica, dado que ninguna ley laboral implica beneficio económico directo o indirecto. Para aquellas naciones como Brasil, la solución a sus problemas de globalización, es simple, viable y rápida, ya que propenden a la relajación, reducción y supresión de los derechos, así como también, la precarización del trabajo, y demás dispositivos similares.

En el contexto de competitividad internacional, 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. “[...] *outsourcing* de la mano de obra [...] es esencialmente causador de desorden en el sistema de garantías y derechos previstos por el Derecho del Trabajo clásico” (Delgado, 2006).

La mencionada ofensiva, está presente 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, resultados de la relación profesional y del proceso evolutivo e histórico de la legislación laboral. La idea de tomar los derechos, a fin de preservar o incrementar 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 ésto” (Souto, 2007).

Las necesidades del mercado, ocasionan la creación de nuevas formas de trabajo y contratación de servicios, este es el caso del *outsourcing* (cooperativa, consorcio de los empleadores, el teletrabajo, aprendices, entre otros). Estas nuevas formas de estructuración o reestructuración de la producción, deben ser objeto de: análisis más profundo, discusión y crítica (Martins, 2007).

## 2. ¿Qué es *outsourcing*?

### 2.1 Definición de *outsourcing*

La Administración de Empresas es la ciencia que primero empleó 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” (Martins, 2007), cómo Américo Plá Rodríguez (1996), 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 sólo una explotación explican la proliferación de estos contratos o subcontratos (p. 259).

La idea de esta ciencia, es centralizar la gestión del negocio principal, dejando las actividades periféricas en manos de otra compañía; con ésto, el beneficio vendrá del alto enfoque en el producto final, eliminando de la gestión de negocios, las distracciones de las actividades de apoyo, que igualmente son indispensables 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” (Marques & Abud, 2011);

de acuerdo a lo anterior, es valedero afirmar que: “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 subcontratación” (Lima, 2010).

La gestión del empleo resultante de actividades de apoyo, es la responsabilidad de una empresa implemada, que asume el compromiso y supervisión del servicio; el comprador de este servicio -el prestatario-, centralizará toda su fuerza productiva en la actividad central.

Martínez, (2010) afirma que se trata 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 contractuales (p. 197).

La posibilidad de capacidad de empleo, se ha tratado mezquinamente con el tiempo y con el avance del *outsourcing*; Viana (1996), alerta que:

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 salarios (pp. 61-70).

## 2.2 Definición legal de *outsourcing*

La doctrina del trabajo (Delgado, 2005), 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* [justicia laboral] que sería pertinente. Por este fenómeno el trabajador es parte del proceso de producción del contratante de los servicios sin extensión de los vínculos *juslaborales*, que se conservan en una entidad establecida (p. 428).

Delgado (2003), conceptualiza *outsourcing* como: “instrumento facilitador para la viabilidad de la producción mundial, vinculada al paradigma de la eficiencia en los negocios”. En principio este concepto, no se desmonta de la existencia de empleo, éste se

mantiene con la empresa interviniente. Sin embargo, se debe prever que las empresas intervinientes son, en general, y casi en su totalidad, frágiles financieramente, su existencia se basa en obtener ganancias de los contratos de servicios suscritos.

Las empresas de *outsourcing* de servicios, no producen material, hacen caso omiso de las materias primas, su contexto de trabajo se caracteriza por depender de grandes empresas, para albergar a los trabajadores y, rara vez, tienen todos los bienes y muebles de oficina, donde los contratos se formalizan (Souto, 2011).

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 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 a minar las ganancias de los trabajadores, ya que considera de éstos, sólo el servicio, teniendo en cuenta que se siente, por supuesto, la utilidad para obtener este servicio al menor precio posible (Souto, 2011, p. 135).

Aún más, Pochmann (2011), afirma que:

En la periferia del capitalismo, el avance del *outsourcing* significó la disminución de las condiciones de trabajo. Ésto 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 obra.

Todavía hay aspectos negativos 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” (Neto, Ferreira & Cavalcante, 2011).

Souto (2009), informa que en Francia, la intermediación de mano de obra calificada se considera como tráfico, si la compañía que presta los servicios tiene lucro. Asimismo, la situación que también es intrigante, según el mismo autor, es la de España, ya que en esa nación la compañía prestadora, debe tener tanto patrimonio como medios compatibles y propios de contratación, inhibiendo la rentabilidad, de la simple explotación de mano de obra del *outsourcing*.

En América Latina, hubo un exceso permisivo a la subcontratación, hecho que generó consecuencias muy negativas, y la necesidad de restablecer tanto

derechos como garantías anteriores, otorgadas a los trabajadores.

En la relación jurídica, existen dos tipos de contrato de *outsourcing*, el primero, es de prestación de servicios (naturaleza civil) entre el prestatario (el contratista) y el proveedor de servicios o actor (contratado); el segundo, es 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 la subcontratación, así como también, la generación de demanda de una solución judicial al problema. Hasta hoy, no existe una norma específica sobre el *outsourcing*, y las tentativas de implementar la legislación no han tenido éxito.

### 3. Aspectos del *outsourcing*: tratamiento jurídico y caracterización legal e ilegal

#### 3.1 Tratamiento jurídico

A pesar que el *outsourcing* laboral se aplica en Brasil desde hace más de tres décadas, no existe una norma que lo regule. Como la legislación brasileña no prohíbe la forma de subcontratación del trabajo, las prácticas eran y siguen siendo demasiado amplias, indicando el abuso flagrante de los derechos. La primera legislación en Brasil, que describía el *outsourcing* fue el Decreto Ley 200/1967. Amauri Mascaro Nascimento (2011), presenta una breve historia legislativa, señalando las principales normas relativas a este tema:

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 número 8039, 1990, Art. 15, Sección (§) 1), los servicios de telecomunicaciones (Ley número 9.472, de 1997, Art. 94), la limpieza y conservación en el gobierno (Ley número 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 TST (p. 218).

La presión del capital, animó a cambiar esta restricción y, el Tribunal Superior del Trabajo (TST) con el fin de regular y organizar las muchas formas de subcontratación emergentes, emitió la Resolución 331.

#### 3.2 *Outsourcing*: legal e ilegal

Las posibilidades de *outsourcing* ilegal, son las que no están establecidas en las leyes y en el Resumen 331 del TST (Melo, 2011). El concepto jurídico del empleo debe ser protegido y valorado, la edición de las normas que permiten la subcontratación como actividad final, es abusiva y limitante de los derechos sociales fundamentales. La situación es más compleja y materialmente inconstitucional, cuando el proceso discursivo de formación de la norma, se desarrolla sin una amplia publicidad ni medios reales de participación popular efectiva.

El problema más común en la caracterización de la legalidad o ilegalidad del *outsourcing*, es la distinción entre el entorno de la actividad (legal) y la actividad final (ilegal). Esta última, se relaciona con el propósito de la empresa, el objetivo de la producción empresarial o la prestación de servicios; es una actividad esencial, sin ella, la propia empresa pierde su utilidad, puesto que es una acción que el ambiente de negocios requiere al concluir el proceso.

Es de importancia reconocer que, tanto actividades medianas como finales, son de alta relevancia en el ámbito empresarial, en relación a éstas: el Art. 581 § 2 explica que: “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 funcional” (*Presidência da República do Brasil*, 1943). De igual manera, Martínez (2010) explica que: “por actividad mediana se entiende como aquella que se presta meramente a ofrecer herramientas, a facilitar el logro de los fines contractuales sin interferir con ellos”. Por otro lado, Nascimento (2011), considera que: “las actividades medianas son aquellas que no coinciden con los fines de las actividades de la empresa contratista y finales son aquellas que coinciden.”

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 Art. 9 del *Código de Leis Trabalhistas* (CLT).

Es posible utilizar a través de un criterio analógico el Art. 581, párrafo 2 del CLT que proporciona una buena definición de la actividad final: “El Art. 581 [...] § 2 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”. La actividad final, podría ser subcontratada libremente, ninguna compañía contrataría a más empleados en forma directa, pues la mediación tiene numerosas ventajas, una de ellas, es la inexistencia de obligaciones laborales.

La búsqueda del pleno empleo -un principio constitucional- y, el principio de la continuidad de la relación laboral, estarían condenados al término, puesto que se podrían ser subcontratadas libremente 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, es una premisa bastante fantasiosa. Tal vez, algunas de estas compañías, 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. Una de las características de este vínculo laboral, es la alteridad que se enfrenta de manera constante a consecuencia de estas circunstancias.

A pesar de las alegaciones presentadas y, relevando el riesgo, algunos prevén otras posibilidades en la legislación, para la subcontratación de la actividad final, ejemplo de ello es el Inciso II del Art. 94 de la Ley 9.472/97, es decir, 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 desarrollo de las actividades conexas, accesorias o complementarias al servicio, así como la ejecución de los proyectos asociados.

Algunos imaginan en la citada disposición legal, el aval para subcontratar las actividades básicas de la industria de las telecomunicaciones. Sin embargo, el TST se ha manifestado a través de varias sentencias, de acuerdo con la equívoca interpretación

de la norma: la comprensión de la quinta terna y mayoritario de esta Corte es que el *outsourcing* de la actividad principal es ilegal (*Presidência da República do Brasil*, 1997); asimismo:

En virtud del Art. 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 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.

La interpretación de la jurisprudencia es que: “las actividades inherentes, accesorias o complementarias” se refieren a la actividad del mediador. Así se puede constatar, que hay una clara tendencia jurisprudencial, impulsada en la comprensión recrudescida, de que el núcleo de negocio del *outsourcing* es ilegal, salvo disposición normativa expresa e inequívoca en este sentido.

Del mismo modo, debe ser la comprensión del Código Sustantivo del Trabajo (CST) en el Art. 25, § 1 de la Ley 8.987/95 que se ocupa de los servicios telefónicos. El texto de esta ley, es semejante y casi idéntico al texto de la Ley de Telecomunicaciones. Esta similitud, hace creer que la interpretación del CST será el mismo que para la industria de las telecomunicaciones.

Existen otras posibilidades para el *outsourcing* de la actividad principal, entre las que se encuentran: el trabajo temporal, el contrato en la construcción civil (Art. 455 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, CLT) y en la industria automotriz; en esta última comúnmente existe:

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 (Cassar, 2011, p. 516).

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, cambiando lo dispuesto excepcionalmente en la regla.

#### 4. Responsabilidad en el *outsourcing*

Con el fin de corregir las distorsiones en el uso de las teorías de *outsourcing*, fueron surgiendo (responsabilidades laborales) para apoyar el compromiso de la empresa (cliente o prestataria), aunque no es la contratista o la empleadora de los trabajadores; hay muchas razones que justifican esta responsabilidad, incluyendo las metajurídicas -como las 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 examinadas (Silva, Krost & Severo, 2011, p. 66).

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

##### 4.1 Teoría de la despersonalización de la empresa y grupo económico

Los Arts. 10 y 448 de la CLT, trajeron la idea de que la compañía es el empleador y, que los cambios estructurales o de propiedad, no requieren cambios en el trabajador, quien conserva el derecho al mantenimiento de sus condiciones de trabajo y, tiene sus derechos adquiridos respetados; Martínez (2010) argumenta:

En base a cualquier de los dispositivos antes mencionados, las transformaciones no afectan a la existencia de la empresa, ni los derechos de sus contratistas. En este sentido hay una clara despersonalización de negocio, siendo mínimamente relevante para el contrato de empleo los cambios estructurales (cambio de socios, la conversión de la empresa de sociedad de responsabilidad limitada en un gestor, 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 trabajadores (p. 177).

En la legislación laboral, la protección del empleado, hiposuficiente en la relación jurídica laboral, no sólo reside en la parte de principios. El Art. 2 del *Código de Trabajo*, refuerza la idea de la despersonalización de la empresa, ésto indica que la empresa o la actividad económica desarrollada es del empleador.

Por lo tanto, la empresa prestataria o contratista que asume las instalaciones físicas de los empleados de otra (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 coordinación. Sobre esa base, la empresa cliente o prestataria, también será responsable de las obligaciones laborales de los empleados de la compañía mediadora, ya que ambos enriquecen la fuerza laboral de los trabajadores involucrados, como el Art. 2, § 2 de la Codificación de Leyes del Trabajo lo enuncia:

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 otras, 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 subordinadas (Brasil, 1943).

En el *outsourcing*, 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 e imponer la responsabilidad solidaria, con respecto a la contratación externa.

El *outsourcing* no es una manera fácil de aliviar el receptor de la mano de obra de los cargos laborales. 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 contratado (Camino, 2003, p. 240).

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

##### 4.2 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 CLT. 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, esta propuesta cumple con el:

[...] nuevo paradigma solidario, basado en la dignidad humana, cambió el eje de la responsabilidad 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, corresponde con la aspiración de nuestra sociedad en el sentido de que la indemnización, otorgada a la gente es la más completa posible (Silva, Krost & Severo, 2011, p. 66).

El tratamiento de la responsabilidad civil por el tercero, se establece en los Art. 932, III, 933 y 942 § único del Código Civil de 2002 (*Presidência da República do Brasil*, 2002) 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 las consecuencias de este acto, practicado por un tercero con quien mantiene una relación jurídica 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, teniendo el deber de supervisar y vigilar para que lo hagan con la debida seguridad, a fin de no causar daños a terceros (Melo, 2011, p. 152).

El autor explica que la Súmula 331 del TST, impuso responsabilidad subsidiaria por haberse basado en los Art. 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 Art. 932, 933 y 942, aplicando la responsabilidad objetiva y solidaria, en vista de la disposición legal expresa e inequívoca.

El contrato civil entre la empresa prestataria y la intermediaria, no debe ser causa de lesiones a terceros no relacionados con la contratación, es decir, 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 acuerdo de servicios, ya que debe asegurar que las actividades derivadas no son perjudiciales para los no participantes. La doc-

trina civilista, llama a estas obligaciones de culpa *in eligend* y culpa *in vigilando*, así como también, de conducta negligente (culpa).

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

Si el *outsourcing* del trabajo temporal, permite la posibilidad de aplicación de la culpa extracontractual, qué decir de la política de *outsourcing* común, que en un principio es indeterminada desde el punto de vista del empleado de la empresa de servicios. Es incomprensible la asignación de la responsabilidad de algo efímero y, posteriormente eliminarlo, si se desea algo duradero o permanente, ya que el sistema de justicia laboral brasileño tiene un efecto protector y garantista.

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*, puesto que, todos los actos legislativos anteriormente citados, contienen la predicción de la aplicación de la responsabilidad solidaria.

Por lo tanto, los servicios de los asegurados, en el caso del *outsourcing*, sólo si exonerará de la responsabilidad relativa a los trabajadores subcontratados, probando 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 preposición (Melo, 2011, p. 155).

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 compañía de *outsourcing* idónea, no habría ningún incumplimiento de las obligaciones de la mano de obra subcontratada.

La segunda, relacionada con el 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 parte -de cualquier naturaleza- desprotegida, especialmente las laborales y de seguridad social.

A menudo, la empresa prestataria de servicios, emplea el *outsourcing* sin ningún criterio, o utiliza sólo la cantidad cobrada por la empresa interviniente, ignorando, los impactos y consecuencias de este acto para los trabajadores contratados.

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 el *outsourcing* es legal, en el caso de incumplimiento por parte de la empresa de intermediación, tendrá la responsabilidad subsidiaria (Gagliano & Pamplona, 2004) el prestatario y el prestador del servicio. En el *outsourcing* ilegal, debido a la relación de trabajo con el prestatario de los servicios, se estructura un compromiso solidario entre la empresa y el mediador.

La ilicitud en el *outsourcing*, destruye el vínculo de empleo con la empresa mediadora, asimismo, establece una relación directa con la compañía prestataria o cliente, y además, conduce a la responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta que ésta, en el sistema jurídico brasileño, surge de la ley o la voluntad de las partes. La idea de esta posición radical, pierde fuerza en América Latina, este hecho lo explica Graciela Bensusán (2007):

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 desarrolla 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 (p. 42).

“En los países de América Latina, la mayoría de los instrumentos jurídicos que rigen las relaciones triangulares que requieren la empresa prestataria, tienen la responsabilidad solidaria para el empleado y deben responder por los derechos laborales” (Falvo, 2009). Hay un claro desequilibrio entre la posición esperada de responsabilidad adoptada en Brasil y la de Latinoamérica.

## CONCLUSIONES

A pesar del alcance de la protección constitucional de los derechos sociales, sin duda, el principal receptor se encuentra en desventaja económica, ya que la satisfacción de sus necesidades es un principio fundamental de la dignidad humana, así como también, una garantía de un mínimo existencial (Barcellos, 2002). Asimismo, “Los derechos sociales como derechos de segunda dimensión, son los que exigen del Gobierno un papel positivo, actuando como una aplicación de la igualdad social de los ineptos” (Tavares, 2010).

Las políticas públicas, comprenden los beneficios positivos del Estado provenientes de los poderes, cada uno de éstos, tiene el deber de poner en práctica en su área medidas de estímulo, de igual manera, la conservación y el debido cumplimiento del gobierno en relación a una situación de desventaja.

En el Art. 6 de la *Constitución*, se establecen cinco tipos de derechos sociales: laborales, de seguridad social, económicos, culturales, y públicos. En el texto legislativo, hay artículos relativos a estas tipologías, definiendo y delimitando los aspectos en que la política pública debe actuar.

En el Art. 7 de la *Constitución*, son tratados de manera detallada 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 historia jurídica nacional, creando otros más, en un carácter innovador (Tavares, 2010, p. 836).

A pesar de encontrar con facilidad en el marco jurídico y, en la administración, condiciones favorables que llevan el *outsourcing* a ser solución de todo problema, y en consecuencia, éxito de todo negocio, comenzaron a aparecer estudios sobre compañías que lo utilizaban, y no tuvieron resultados satisfactorios (Veiga, 2009). No se trata, de afirmar que él es la solución perfecta, a pesar de ser vector determinante para el éxito económico de una empresa (Silva, Krost & Severo, 2011).

Ley del Trabajo, que emerge en la etapa de la socialización del Derecho, en donde prevalece la función de creación de modelos socialmente apropiados. Esta rama particular del Derecho contiene 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 revela asentamiento de



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 esta 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” (p. 77).

Como fenómeno complejo, el *outsourcing* laboral debe ser analizado de acuerdo con los principios inspiradores de la *Constitución*, de otra manera, los dispositivos de protección constitucionales laborales son instrumentos incapaces de cumplir con su intención; desde un análisis paralelo, Pontes de Miranda (1989) afirma que:

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 algún bien público, que listo se elimine. Pero, sin cumplir, nada sabremos. No sabemos nada, nada podemos hacer que merezca crédito. No cumplirla es estrangularla al nacer (pp. 15-16).

El *Outsourcing* laboral, puede ser realizado dentro de los parámetros adecuados para la satisfacción de los derechos sociales laborales. La protección jurídica prevista en el texto constitucional y reforzado 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 él esten.

La interpretación sistemática de las normas tratadas, favorece la gravedad 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, ésto ayuda a evitar las ilícitudes, fraudes y no cumplimiento de las obligaciones de la mano de obra del *outsourcing*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barcellos, A. (2002) *Eficiência jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.
- Bensusán, G. (2007) La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación? En: Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA), Programa Laboral de Desarrollo (PLADES), Instituto Laboral Andino (ILA) (Comps.). *Cuadernos de integración andina. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas* (pp. 31-54). Lima, Perú: Consejo Consultivo Laboral Andino.
- Camino, C. (2003) *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre, Brasil: Síntese.
- Cassar, V. (2011) *Direito do trabalho* (5ta. ed.). Rio de Janeiro, Brasil: Impetus.
- Delgado, G. (2003) *Terceirização: Paradoxo do direito contemporâneo*. São Paulo, Brasil: LTr.
- Delgado, M. (2005) *Curso de direito do trabalho* (4ta. ed.). São Paulo, Brasil: LTr.
- Delgado, M. (2006) *Capitalismo, trabalho e emprego, entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo, Brasil: LTr.
- Falvo, J. (2009). Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA). Recuperado el 12 de octubre de 2011, de: [www.iela.ufsc.br](http://www.iela.ufsc.br).
- Gagliano, P. & Pamplona, R. (2004) *Curso de Direito Civil, Vol II*. (4ta. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Lima, J. (2010) A terceirização e os trabalhadores: Revisitando algumas questões. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, 13 (01). São Paulo, Brasil, pp. 17-23.
- Marques, F. & Abud, C. (2011) *Direito do trabalho, série leituras jurídicas provas e concursos*. (7ma. ed.) São Paulo, Brasil: Atlas.
- Martínez, L. (2010) *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Martins, S. (2007) *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. (8va. ed.) São Paulo, Brasil: Atlas.
- Melo, R. (2011) A necesaria revisão da Súmula 331 do TST diante del Nuevo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, 44(86), 152-155.
- Miranda, P. (1989) *Comentários à Constituição de 1967, com emenda nº 1 de 1969*, Tomo I. Rio de Janeiro, Brasil: Forense.
- Nascimento, A. (2011) *Iniciação ao Direito do Trabalho* (36 ava. ed.). São Paulo, Brasil: LTr.

- Neto, J., Ferreira, F. & Cavalcante, J. (2011) A terceirização na Administração Pública e Constitucionalidade do Art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*, 75(3), 276-281. Brasília, Brasil.
- Pochmann, M. (2011) "O papel da terceirização da mão de obra". *Revista Fórum*. Recuperado el 23 de octubre de 2011, de [http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id\\_artigo=543](http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543).
- Presidência da República do Brasil. (1943) *Decreto-Ley 5.452 de 1º de mayo de 1943. Aprova a "Consolidação das Leis do Trabalho"*. Brasília, Brasil. Presidência da República do Brasil. Recuperado el 19 de noviembre de 2011, de: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- Presidência da República do Brasil. (1997) *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*. Brasília, Brasil. Presidência da República do Brasil. Recuperado el 19 de noviembre de 2011, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm)
- Presidência da República do Brasil. (2002) *Ley 10.406 de 2002. Instituye el Código Civil*. Recuperado el 19 de noviembre de 2011, de: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- Rodríguez, A. (1996) *Princípios de direito do trabalho* (3ra. ed.). São Paulo, Brasil: LTr.
- Silva, A., Krost, O. & Severo, V. (2011) Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na "terceirização. *Revista LTr*, 75(1), 66-79. Brasília, Brasil.
- Souto, J. (2007) *Relação de Emprego & Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: LTr.
- Souto, J. (2009) Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (9), 159-174.
- Souto, J. (2011) Carta aberta aos "terceirizados" e à comunidade jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, 44(86), 135.
- Tavares, A. (2010) *Curso de Direito Constitucional* (8va ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Veiga, J. (2009) *Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras*. São Paulo, Brasil: Curso de Mestrado em Direito.
- Viana, M. (1996) Fraude à lei em tempos de crise. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 21, 61-70.