



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y TRABAJO SOCIAL**

**Subcontratación y precarización del trabajo.
Un estudio comparativo de la norma laboral brasileña y española.**

BRUNA MARIA JACQUES FREIRE DE ALBUQUERQUE

SALAMANCA, OCTUBRE DE 2011.

Memoria presentada para la obtención del Grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, elaborada por Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque, bajo la dirección de Prof. Dr. Jesús Baz Rodríguez y Prof. Dr. Enrique Cabero Morán, en el marco del Programa de Doctorado “Pasado y Presente de los Derechos Humanos”

Salamanca, Octubre de 2011.

Doctoranda Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque

Director Prof. Dr. Jesús Baz Rodríguez

Director Prof. Dr. Enrique Cabero Morán

Agradecimientos:

A Dios, a Mírcio Fernando Freire de Albuquerque y a Marluce Jacques de Albuquerque, padres amados a quienes agradezco todo lo que soy hoy, el cariño, apoyo, participación y dedicación en todos los momentos de mi vida; y también a mis queridas y amadas Tarciana, Vívian y Brendha, que afortunadamente hago parte de esta familia.

A Elison Dantas por su existencia, amor y dedicación dados en el día a día; a En Vivo y a la Iglesia de la Purísima, y en especial a Fructuoso Mangas Ramos por la espiritualidad y enseñanza del amor de Dios en todas sus palabras, y a Sophie Bentley por largas y placenteras reflexiones sobre la divinidad del Señor.

A los Profesores Dr. Jesús Baz Rodríguez y Dr. Enrique Cabero Morán, por mi profunda admiración a la inteligencia y profesionalidad de ambos, y en agradecimiento a sus apoyos en el desarrollo de este estudio. Al Dr. Manuel Carlos Palomeque López, al Dr. Rafael Sastre Ibarreche, al Dr. Percy Alarcón Bravo de Rueda, a la Dra. Esther Martínez Quinteiro, a la Dra. Encarnación Pérez Álvarez, al Dr. Francisco de Queiroz Cavalcanti y demás profesores que me han transmitido conocimientos y enriquecido a mi persona a lo largo de estos estudios en Salamanca.

A todas las personas, amigos y compañeros, del pasado y del presente, que de alguna forma han contribuido en el aprendizaje y enseñanza mutua en el arte de construir nuestras propias historias, y en especial a mis queridas amigas, a Luciana Campos y a Ana Maria Paiva; y en memoria a Amparo Caridade y a Vânia Maria Freire de Albuquerque, y a mis queridas abuelas Maria Bandeira y Nair Albuquerque.

Esta tal subcontratación

“La alarma suena, ¡hora de levantarse, trabajador! Hay una labor a cumplir...

Su mente cansada sin comprender las discrepancias del mundo, reniega a entender cuál es la diferencia de su trabajo con el del compañero de al lado.

**¿Será más digno su trabajo o su persona?
¿Por qué la diferencia de sueldos y beneficios si desempeña tal cual hace el compañero a su lado?**

Sin entender por qué le sucede a él esta tal “subcontratación”, tan escuchada tendencia del mundo globalizado, percibe que ya se agotó sus segundos de pensamientos, ¡hay que levantarse!

Se levanta porque también es una pieza del puzle que hace girar el mundo; mundo de divisiones, segregaciones, distinciones y también de contradicciones y paradojas. Al final, hay una labor a cumplir...

Y las mismas indagaciones vuelven a su cabeza al acostarse, pero le dan aliento las noches en que consigue pensar que todavía puede haber esperanza.

Esperanza de una ciudadanía real ejercida; de la dignidad humana de una sociedad igualitaria; de una justicia cumplida”.

Marsha F. Valois

❖ Subcontratación y precarización del trabajo.
Un estudio comparativo de la norma laboral brasileña y española.

Abreviaturas más utilizadas	V
Introducción	IX



CAPITULO I

El fenómeno de la subcontratación: efectos de la globalización, caracterización, conceptos, origen histórico y supuestos más frecuentes de las contratas y subcontratas

1. La globalización y las contratas y subcontratas	03
2. Contratación y subcontratación: conceptos y aspectos generales	46
2.1 Nomenclatura de tercerización y denominación de triangulación	46
2.2 Definiciones de subcontratación	65
2.3 Histórico, características, clasificación, fundamentos y finalidades de la subcontratación	88
3. Supuestos más frecuentes de subcontratación	142

CAPITULO II

Aspectos críticos de la subcontratación. Ventajas y desventajas del uso de las contratas y subcontratas.

4. Los aspectos críticos de las contratas y subcontratas	183
5. La subcontratación lícita y la cesión ilegal de mano de obra en el mercado de trabajo	195
5.1 Actividades auxiliares y propia actividad de la empresa	222
5.2 Cooperativas de trabajo asociado y subcontratación	231

5.2.1 El uso de las cooperativas para la subcontratación	232
5.2.1.1 Cooperativas de trabajo asociado y subcontratación	238
5.2.1.2 Cooperativas de trabajadores agrarios y subcontratación	247
5.2.1.3 Pseudocooperativas y fraude a la ley	251
5.2.1.4 Actualidad, análisis y críticas de las cooperativas de trabajo asociado y subcontratación	255
5.3 Problemas y singularidades de la subcontratación en las Administraciones Públicas	266
5.3.1 La generalización del uso de la subcontratación por las Administraciones Públicas	279
5.3.2 La contratación con empresas contratistas. Diferenciación de contratos administrativos, concesiones y permisos	286
5.3.2.1 Subcontratación con cooperativas por parte de la Administración Pública	301
5.4 Implantación y cautelas para un adecuado uso de la subcontratación	307
5.5 Ventajas y desventajas del uso de la subcontratación para las empresas	313



CAPITULO III

Las contrata y subcontratas desde la perspectiva de los derechos fundamentales: la calidad del empleo y la precarización laboral, la libre iniciativa de las empresas en el mercado y el medio ambiente laboral.

6. Los derechos sociales y la subcontratación	327
7. Incidencia de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales del trabajador en la calidad del empleo y la subcontratación	337
7.1 El principio de la igualdad, de la no discriminación, de la dignidad humana y otros principios en la subcontratación	351
7.2 La discriminación del trabajo femenino en la subcontratación	368

7.3 La formación profesional como derecho y su relación con la subcontratación en el contexto de las exigencias del mercado globalizado	401
8. El principio de la libertad de empresa y la subcontratación	411
9. Debilidad sindical en las contratas y subcontratas	426
10. La prevención de riesgos laborales en la subcontratación	449
10.1 La subcontratación y el medio ambiente laboral	455
10.2 Accidente del trabajo y subcontratación. La prevención de los riesgos laborales en las contratas y subcontratas	461
10.3 La Ley 32/2006: nuevas soluciones en relación con la Subcontratación en el sector de la construcción en España	480



CAPITULO IV

Procedimientos de vigilancia y control de la subcontratación. Las responsabilidades en materia de contratas.

11. Procedimientos para la vigilancia y el control de la subcontratación	497
11.1 Actuación de los órganos judiciales en las contratas y subcontratas	498
11.2 Actuación de la Fiscalía Laboral en la subcontratación	500
11.3 Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las organizaciones sindicales en las contratas y subcontratas	506
12. La subcontratación en el orden jurisdiccional social	516
12.1 La subcontratación en la relación procesal	526
12.2 Principales efectos de la formación del litisconsorcio pasivo entre la empresa contratante y la contratista	531
12.3 La subcontratación y la intervención de tercero en el proceso de conocimiento del trabajo	535
13. Responsabilidades en materia de contratas y subcontratas	543

13.1 La solidaridad y la subsidiariedad en las contratas y subcontratas	545
13.2 Responsabilidad de la Seguridad Social y subcontratación	564
13.3 Responsabilidades de la Administración Pública con la subcontratación y vinculación con los empleados de la contratista	577
Propuestas	589
Conclusiones	599
Bibliografía	619

AA. VV.	Autores variados
ACI	Alianza de Cooperativas Internacional
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGU	Advocacia Geral da União
AMCE	Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo
ANATEL	Agencia Nacional de Telecomunicaciones
ANPT	Asociación Nacional de los Procuradores del Trabajo
CAT	Comunicado de Accidente del Trabajo
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CC.OO.	Comisiones Obreras
CCB	Código Civil Brasileño
CCE	Código Civil Español
CCO	Código Comercial (Brasil)
CCOO	Confederación Sindical de Comisiones Obreras
CE	Constitución Española de 1978
CEF	Caixa Econômica Federal
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	Confederación Empresarial de la Provincia de Huesca
CF/88	Constituição Federal da República Brasileira de 1988
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CNPJ	Cadastro Nacional de Persona Jurídica
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CPB	Código Penal Brasileño
CPE	Código Penal Español
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
CUT	Central Única de los Trabajadores
DF	Distrito Federal (Brasil)
DNER	Departamento Nacional de Estradas e Rodagem
DOU	Diario Oficial de la Unión
DRT	Delegacia Regional do Trabalho
EC	Enmienda Constitucional
EPC	Equipos de Protección Colectiva
EPI	Equipos Protección Individual
ET	Estatuto de los Trabajadores (España)
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
FAT	Fundo de Amparo al Trabajador
FETICO	Federación de Trabajadores Independientes de Comercio
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FORUMAT	Fórum de Protección al Medio Ambiente del Trabajo
FUNAI	Fundação Nacional do Índio (Brasil)
IAPAS	Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBM	International Business Machines
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INEM	Instituto Nacional de Empleo (España)

INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IR	Imposto de Renda de Pessoa Física
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
JT	Justiça do Trabalho
LC	Ley de Cooperativas en España
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil en España
LER/DORT	Lesión por Esfuerzo Repetitivo/Distúrbios Osteomusculares Relac. al Trabajo
LETA	Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo
LGSS	Ley General de Seguridad Social (España)
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil (Brasil)
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (España)
LOI	Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	Ley de Procedimiento Laboral en España
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales (España)
LSC	Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción
MPT	Ministerio Público del Trabajo (Brasil)
MST	Movimiento Nacional de los Trabajadores Sin Techo
MTb	Ministério do Trabalho Brasileiro
NR	Norma Regulamentadora
OAB	Orden de los Abogados de Brasil
OCB	Organización de Cooperativas Brasileñas
OGMO	Organización Oficial de Mano de Obra
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Pasep	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PCMSO	Plano de Control Médico y Salud Ocupacional
PIS	Programa de Integração Social
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PPP's	Parcerías público-privadas en Brasil
PYMEs	Pequeñas y Medianas Empresas
RDLMCE	Real Decreto Ley para la Mejora del Crecimiento y del Empleo
RENFE	Red Nacional de Ferrocarriles Españoles
RSR	Repouso Semanal Remunerado
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SEMAF	Sindicato Español de Maquinistas y Ayudantes Ferroviarios
SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR	Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SENAT	Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte
SEPLA	Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas
SESC	Serviço Social do Comercio
SESCOOP	Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo
SESI	Serviço Social da indústria
SESMET	Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de São Vicente - São Paulo
SEST	Serviço Nacional de Transporte
SINPAT	Sistema Interno para la Prevención de Accidentes del Trabajo
SSMT	Secretaría de Seguridad y Medicina del Trabajo (Brasil)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)

STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
STS UD	Sentencia del Tribunal Supremo Unificación de Doctrina (España)
SUS	Sistema Único de Saúde (Brasil)
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCU	Tribunal de Contas da União (Brasil)
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TS	Tribunal Supremo (España)
TST	Tribunal Superior do Trabalho (Brasil)
UGT	Unión General de Trabajadores
UTE	Unión Temporal de Empresas (España)
13º	Salário Gratificações Natalinas (Brasil)

"Que ninguém se engane, só se consegue a simplicidade através de muito trabalho."

Clarice Lispector



El trabajo es un acto social de supervivencia, que se convierte en relaciones sociales. Se ha observado que el trabajo es también utilizado para las organizaciones sociales y para hacer una distinción de clases. En la antigüedad, por ejemplo, se observaban separaciones de ciertos trabajos y profesiones; unos trabajaban en el campo, otros en servicios del hogar o en el ejército y los que estaban al servicio de Dios, que muchas veces se mezclaban con los gobernantes que tenían como función organizar, crear leyes y sancionar a la población; con la finalidad de garantizar un buen funcionamiento social y la paz común.

Otras estructuras como las corporaciones de oficios, servidumbres, esclavitud, proletariados, fueron vistas en la historia y vivenciadas en algunos casos hasta hoy. El trabajo por cuenta ajena, hasta entonces lo más típico después de la revolución industrial, en conjunto con nuevas formas de contrataciones actuales, hacen que la finalidad del trabajo no alcance el nivel de bienestar social tan discutido y valorado por varios países desarrollados y en vías de desarrollo; transgrediendo, por lo tanto, uno de los derechos humanos primordiales como es el del derecho al trabajo digno. Éste implica subjetivamente otros derechos fundamentales como los de educación, salud, calidad de empleo, calidad de vida y relaciones familiares, dignidad humana, principios de igualdad y oportunidades, entre otros.

La liberalización del mercado debido a la globalización, hace que exista la problemática de cómo equilibrar la libertad de empresa del libre mercado, con la calidad del empleo y protección de los derechos laborales. En vista de que la globalización ha modificado sustancialmente las relaciones de trabajo, no se puede dejar de mencionar el factor de la descentralización productiva por la que las empresas intentan adecuarse a las nuevas exigencias del mercado económico globalizado. El modelo "fordista" de organización de empresas que presupone la relación del trabajo mediante la subordinación directa del empleado a la empresa viene siendo sustituido muchas veces por el modelo "toyotista", en el cual pasa a ser parte esencial en la estructura organizacional de las empresas a nivel mundial. Consiste en una mayor flexibilidad dentro de la propia empresa, sustituyendo la gran cantidad de trabajadores polivalentes, por menores cantidades de trabajadores especializados, el

crecimiento de la demanda de trabajo es suprimido por otra empresa que provee servicios o piezas *just in time*.

La idea central es la visión conjunta, las empresas ya no consiguen campo para desarrollarse, ahora tienen que cambiar la estrategia, por eso viene el fenómeno de las contrataciones y subcontrataciones, objeto principal de este estudio. Se percibe que la tendencia actual es la mezcla de empresas, ya no se sabe lo que es de la empresa y lo que es externo. Ha cambiado radicalmente el concepto de ésta y de mercado, las transacciones internacionales son más complejas, y no necesariamente, las empresas más pequeñas son las más débiles, pensamiento antiguo del patrón utilizado por las leyes de los países como manera de proteger, dando mayor apoyo al desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

De esta forma, la empresa principal se encuentra con empresas satélites en su entorno, las cuales le ofrecen sus servicios para suplir las necesidades empresariales de la primera. En Brasil uno de los fenómenos más frecuentes de la descentralización productiva es el de contratas y subcontratas. La subcontratación solamente es permitida en las actividades auxiliares, diferentemente en España que es en la propia actividad. Se percibe la tendencia de despersonalización de la responsabilidad laboral y de la Seguridad Social del empleador para con sus empleados, pasando tal responsabilidad a un tercero que es la empresa contratista.

Las relaciones laborales en esta nueva organización sufren acentuados cambios que repercuten en el ordenamiento jurídico laboral brasileño que a su vez ya no sufre las necesidades sociales exigidas, y el creciente mal uso de las contratas y subcontratas hace que haya una precarización del trabajo humano, como también se notan los cambios en las instituciones consolidadas por el tiempo, como es el caso de los sindicatos y un crecimiento en los riesgos y en los accidentes laborales. Durante los años 70 y 80 los sindicatos brasileños se encontraban dentro de las fábricas, mientras que, a partir de los años 90, siendo intensificado en la primera década del siglo XXI, la tendencia es que los trabajadores vayan saliendo de las fábricas; esta es la economía posfabril.

El mercado consumidor se encuentra saturado, el *boom* de la dos décadas pasadas ya no surte su efecto en la economía actual, los países intentan desarrollar sus economías pero ya no tienen hacia donde expandirse, la competencia crece y las empresas tienden a adecuarse a las exigencias del mercado mundial. De manera que éstas ven la solución en minimizar los costes y maximizar los lucros junto con los avances tecnológicos. La tecnología de la información, principalmente, hace que las empresas trabajen en sintonía, en

complementariedad, compartiendo códigos, y consecuentemente, necesitando menos cantidad de trabajadores; siendo la tendencia actual, debido a los avances referidos, la especialización de los empleados para atender las necesidades empresariales. Lo que no se puede permitir es que con esta nueva estructura organizacional de las empresas la concepción de humanización del trabajo sea cambiada por la valoración del trabajo realizado.

Lo que se puede percibir es que la legislación laboral brasileña ya no es compatible con las necesidades actuales presentadas por ambas partes interesadas, por lo tanto pasa a ser una norma fuera de la realidad social y considerada ineficaz. Lo que hay es una legislación que trata superficialmente de la tercerización¹, en la cual básicamente se refiere a empresas de trabajo temporal, de forma que se encuentra la regularización de las contrataciones y subcontratas deficitaria. De esta manera, se percibe la disminución de la seguridad laboral para los trabajadores de manera general. Tampoco hay una legislación que se refiera a la responsabilidad entre las empresas principal y auxiliar para con los empleados de ésta, siendo adoptada la responsabilidad subsidiaria, conforme será visto en el Enunciado 331 TST. Tal precepto legal facilita el infinito encadenamiento de las subcontrataciones, y consecuentemente la debilitación en el momento de reivindicación con los derechos de los trabajadores, visto que hay empresas “fantasmas” creadas con la pura intención de burlar las normativas laborales.

De lo que se deduce que hay una necesidad de cambios en la legislación brasileña, pues la necesidad de flexibilización es inevitable y tampoco puede ser vista como algo completamente dañino para la sociedad y en especial para los trabajadores; simplemente dependiendo de cómo sea hecha y la postura que tome los Poderes Públicos brasileños. Es notoria la necesidad de una nueva reglamentación acerca del tema que trate más detenidamente de las contrataciones y subcontratas, que pongan un equilibrio entre la necesidad de fomento de las empresas y la protección de los derechos básicos de los trabajadores. Solamente de esta manera se puede garantizar una mejor efectividad de los derechos humanos fundamentales y asegurar la calidad de vida del trabajador y de su familia, a través

¹ Importante resaltar, con finalidad de evitar erróneas interpretaciones a cerca del tema, la nomenclatura “Tercerización” es la utilización de un tercero en una relación jurídica, y en el ámbito laboral sustituye el modelo clásico de contratación directa de un empleado por el empleador, para la conocida utilización de una empresa que hace las veces de una intermediaria entre la empresa principal y la mano de obra necesaria a ésta. La tercerización es conocida también como triangulación en la contratación laboral, siendo mejor analizada en el decorrer de este estudio; no confundiéndose, en absoluto, con el significado textual de sector terciario, así nombrado en España, como el sector de prestaciones de productos y servicios, para diferenciar del sector primario (agricultura y pecuaria) y del secundario (industrias). A pesar de que tampoco se puede negar que la flexibilización trae consecuencias en el sector terciario, en vista a su crecimiento en las últimas décadas, donde se encuentra las prestaciones de servicios, por lo tanto se puede hacer una referencia analítica-discursiva del mayor uso de relaciones contractuales triangularizadas y este sector.

de la consolidación del concepto de trabajo digno, ejerciendo la ciudadanía consciente, para que efectivamente exista un bienestar social real.

La metodología utilizada en este estudio fue la analítica-descriptiva de las cuestiones relacionadas con el derecho laboral individual y la subcontratación. La tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos. En el primer capítulo será analizada la correlación de la globalización con la subcontratación. Serán vistos, al principio, los cambios causados por la descentralización productiva y la flexibilización de las reglas jurídicas laborales en general, que fueron aspectos importantes venidos con la globalización, entre otros como la TIC, “flexeguridad” y la “subseguridad”. El abordaje más acentuado, que será visto en todo el estudio, es lo relativo a la dualidad de la calidad de vida y del bienestar social del trabajador - en concreto todos los que implícita o explícitamente están relacionados con la subcontratación – versus la precariedad laboral venida con el fenómeno mundial de la subcontratación. Todos los temas interrelacionados no tienen la pretensión de examinar todo lo relacionado con las contrataciones y subcontratas, sino solamente tratar de los puntos esenciales para los estudios entre el caso brasileño y español que pueda; principalmente en los casos en los que este último pueda contribuir para un avance en la legislación brasileña acerca de la subcontratación. Nunca olvidando que el derecho comparado tiene que estar siempre atento a los contextos sociales, políticos y económicos, dentro de otros factores, de cada país.

También serán vistos en el primer capítulo los conceptos (nomenclaturas y denominaciones) y aspectos generales de caracterización de una subcontratación. Punto interesante para hacer una distinción más detallada de tercerización, subcontratación y ETT en Brasil, donde la primera denominación se parece más con el concepto de descentralización productiva que utiliza la triangulación como nueva forma de minimizar los costes de una empresa, y consecuentemente maximizar los lucros de ésta. Igualmente serán vistos los efectos causados por la nueva tendencia de la economía mundial, en la que se percibe una desresponsabilización de la empresa principal hacia sus trabajadores, como ya se había mencionado, prefiriendo cambiarlos por empresas contratistas; dispensando las responsabilidades laborales, de Seguridad Social y fiscales que podrían suceder. Exigencia del mercado laboral debido a la tal fragmentación y exteriorización del ciclo productivo ora mencionada, que determina que los trabajadores deben ser especializados, flexibles y polivalentes a la vez, para poder persistir en su puesto de trabajo.

Finaliza tal capítulo con el análisis de los supuestos más frecuentes de subcontratación en ambos países. Al principio el enfoque será en la legislación brasileña, una vez que en España se encuentra el tema de la subcontratación más definido y reglamentado; a pesar de que ambos países, cada uno en su caso, tienen ciertas polémicas en algunos momentos al considerarlos o no a ciertos contratos como formas de subcontratación. Serán vistas cuestiones como empreitada, prestación de servicios, aparcería, contratos mercantiles, franquicia y autónomos, entre otros. En relación al autónomo, no es que sea necesariamente discutido un tipo de contrato específico para ellos, sino más bien, una forma frecuentemente utilizada por la subcontratación no solamente en Brasil y España, sino como fenómeno global actual. La legislación española define muy bien este instituto y las formas de utilización, inclusive en el sector de la construcción, siendo de esta forma una garantía más para frenar la cesión ilegal de mano de obra, visto que no se puede negar que ésta es uno de los puntos críticos de la subcontratación.

En el segundo capítulo el enfoque se dirigirá más a los aspectos críticos y las repercusiones de la subcontratación tanto en Brasil como en España. Serán analizados temas como saber diferenciar una cesión lícita de trabajadores de una ilícita. La diferenciación también pasa por comprender bien las definiciones de actividades auxiliares y de la propia actividad de la empresa. Allí se encuentra una gran diferencia entre las legislaciones brasileña y española sobre la subcontratación. Como se había mencionado, mientras que en Brasil solo se permite la subcontratación en las actividades auxiliares, diferentemente en España se permite en las dos, a pesar de que el énfasis del art. 42 ET es a las contrataciones relacionadas con la propia actividad de la contratante, pero que no por eso no se consideren los otros tipos de subcontratación. De esta manera, la licitud de las contrataciones va variando de acuerdo con los países. Tal hecho es muy importante para poder frenar la conocida cesión ilegal de mano de obra, en la cual muchas veces se ven disfrazada de supuestos contrataciones y subcontratas con autónomos, empresas ficticias, cooperativas o en la Administración Pública.

Las dos últimas serán analizadas más detenidamente visto que, infelizmente se percibe en Brasil – más que en España – la utilización de las cooperativas de trabajo asociado y las de trabajadores agrarios como forma de fraude a la ley. Es decir, un instituto que al principio fue creado para dar más oportunidades a determinados grupos que juntos tendrían más posibilidades de vender su fuerza de trabajo o resultado de estos, pasa a ser utilizados como forma de enmascarar derechos laborales y de Seguridad Social de pseudocooperativistas; que en realidad son trabajadores con dependencia y subordinación a la empresa contratante.

En relación a la Administración Pública – la primera que debería dar ejemplo a la sociedad de cómo hacer correctamente las cosas – utiliza cada vez más la subcontratación. Hay ciertas reglas tanto de Brasil como de España que la diferencia de una empresa privada, inclusive la forma de contratación de personal es distinta: por un lado la regula por el código laboral y la otra a través de las normas de derecho administrativo. De esta forma, no se puede incorporar trabajadores al cuadro de funcionarios de la Administración Pública, aunque haya ocurrido alguna irregularidad entre ésta y la empresa contratista. Igualmente prevalece a la hora de subcontratar reglas licitatorias para garantizar los principios de la igualdad y de la legalidad. Serán estudiados casos de problemas y singularidades de la subcontratación en las Administraciones Públicas, dentro de los cuales serán analizadas: la generalización del uso de la subcontratación por las Administraciones Públicas y la contratación con empresas contratistas; la diferenciación de contratos administrativos, concesiones y permisos; y la subcontratación con cooperativas por parte de la Administración Pública.

Otro tema importante para ser discutido es el de la implantación y cautelas en el uso adecuado de la subcontratación. En este punto el objetivo propuesto es dar una orientación general de lo que debe ser visto para que logre éxito una subcontratación. Serán vistas, en general, las reglas referentes a cómo elegir una empresa contratista: que esté al día con los pagos a los trabajadores y a la Seguridad Social; que tenga bien preparados a sus trabajadores para el desempeño correcto de su función; que deje que la empresa contratista tenga el poder de dirección siempre; que no intervenga en el pago del salario o en órdenes directas de la contratante hacia el trabajador de la contratista; entre otros ejemplos que serán analizados.

Para finalizar el segundo capítulo serán vistas las ventajas y desventajas del uso de la subcontratación. Como ya se había mencionado en el primer capítulo – y que también servirá de base para la discusión de la precarización laboral del tercer capítulo – la nueva tendencia marcada por las exigencias del mercado global y las consecuencias causadas por éstas hacen que las empresas recurran más el uso de la subcontratación. Dentro de las ventajas apuntadas, y futuramente analizadas, están algunas como es el caso de la simplificación organizacional de la estructura de la empresa, ahorrar costes de la empresa manteniendo la productividad (sustituyendo costes fijos por variables), reducción del coste de mano de obra, entre otras. En contrapartida, también se pueden mencionar, de manera sucinta, las desventajas de la subcontratación; inclusive si no es hecha de forma responsable y bien estudiada por parte de

la empresa contratante, que sería el riesgo de no obtener una calidad esperada o ser responsabilizado judicialmente en determinados casos.

El tercer capítulo empieza con un recorrido breve de los derechos sociales y su relación con la subcontratación. Serán mencionados los principales dispositivos del derecho fundamental que de alguna forma esté relacionado con el fenómeno de contrata y subcontratas; sirviendo como una base jurídica a los demás siguientes temas a ser tratados. Siendo uno de los objetivos el análisis sobre la precarización laboral, que ha sido generada por la subcontratación, sea a nivel de derechos fundamentales, de incumplimiento de principios fundamentales del Derecho del Trabajo; o también de la discriminación entre trabajadores; de la debilidad sindical; o de la seguridad y salud laboral, para las que la formación y la información juegan un papel crucial en el momento actual.

Se estudiarán en primer lugar aquellos principios que orientan el Derecho del Trabajo que estén relacionados con la subcontratación, como es el caso de lo que siempre hay que tener en cuenta al subcontratar, como que no se esté infringiendo el principio de la dignidad de la persona del trabajador, el de la igualdad, entre otros que se encuentran intrínsecamente vinculados al concepto de ciudadanía. También es tema de estudio la discriminación de la mujer en la subcontratación, principalmente en Brasil donde se perciben la preocupación y por tal motivo varios estudios fueron hechos por la doctrina brasileña. Infelizmente todavía se encuentra discriminación tanto en la empleabilidad cuanto en lo relacionado a la remuneración. Sin contar que el embarazo y la lactancia son temas tenidos en cuenta a la hora de preferir la contratación de un trabajador masculino, por lo que se percibe que son desvaloradas en sus trabajos y subcontratadas. Esto sucede principalmente en los trabajos históricamente considerados como femeninos, como es el caso de limpieza y cocina. Igualmente es lamentable que trabajos como la vigilancia sean considerados típicamente masculinos por cuestión de necesidades de fuerza física. Otro tema, importante a ser estudiado, es el de la formación profesional como derecho y su relación con la subcontratación en el contexto de las exigencias del mercado globalizado; principalmente para la mejor adecuación del trabajador subcontratado a los días actuales, no solo como trabajador, sino como ciudadano actuante.

La complejidad que ocasiona la subcontratación en el medio laboral también se encuentra respaldada en el derecho de libertad de empresa, del que se puede decir que es el principio base de las empresas para utilizar las contrata y subcontratas. Basado en este

derecho, las empresas comentan su necesidad para no quedarse en desfase o entrar en quiebra, o sencillamente para adecuarse al nuevo concepto de economía global. Lo ideal pretendido, que será objeto de estudio, sería conseguir un equilibrio entre los principios de la protección a los derechos de los trabajadores y el principio de la libre iniciativa de las empresas.



Otra cuestión importante para ser analizada en este capítulo es la relacionada con las repercusiones causadas por la subcontratación al sindicalismo brasileño y español. Se percibe que son sistemas bastantes distintos, y que será analizado lo que es pertinente a la repercusión general de la subcontratación en el derecho individual laboral, como ya se ha mencionado. La disgregación del sindicalismo debida a la subcontratación es un hecho innegable visto que hay un deterioro del trabajo y que el sindicalismo fue diseñado para un sistema fordista y no para el sistema actual exigido por el mercado económico actual. De esta manera, los trabajadores salen de las grandes empresas y se concentran en números menores en varias empresas, lo que dificulta la articulación sindical de defender sus derechos presionando a la otra parte por su fuerza de cantidad de trabajadores como antes sucedía. Los sindicatos con menos fuerza de actuación consiguen menores derechos para sus afiliados, incluso hay casos en los que dentro de una misma empresa existen trabajadores de plantilla y subcontratados que trabajan juntos y tienen derechos diferentes. Una de las cuestiones principales entre otras – y de importante análisis para la legislación brasileña – es el estudio de cómo hacer para que el sindicalismo se adapte a esta nueva realidad del mercado mundial, para que siga defendiendo el derecho de sus afiliados y de los trabajadores en su conjunto. Serán vistas varias teorías presentadas hasta entonces y otras nuevas que se derivan de ellas.

El último punto del tercer capítulo es un tema de profunda importancia: la Prevención de Riesgos Laborales en la subcontratación y desde una perspectiva de los derechos fundamentales. Tanto el ser humano, y obviamente el trabajador, como también el ambiente de trabajo, forman parte del medio ambiente que ha de ser debidamente preservado. Infelizmente se percibe que con la subcontratación vino también el aumento de los accidentes laborales, aunque algunos autores siguen con la teoría de la disminución de tales accidentes. Lo más acertado sería decir que hubo trabajadores que fueron trasladados de las empresas contratantes para las innumerables contratistas. Una gran parte de los accidentes laborales ocurridos debidos a la subcontratación se producen por la falta de conocimiento profesional y, por lo tanto, por no tener capacidad de operatividad debida, por parte de los trabajadores

subcontratados, para las diversas actividades exigidas por la contratante. Asimismo no se puede olvidar la existencia de la alta rotación de los trabajadores en la empresa contratista.

Finaliza este capítulo sobre la prevención de los riesgos laborales con el estudio de la Ley 32/2006, que fue promulgada por el parlamento español para dar una nueva solución principalmente a la cadena de subcontratación que se multiplicaba dificultando la protección de los derechos de los trabajadores subcontratados. Se percibe que tal encadenamiento es nocivo, según los datos expuestos, por haber muchos casos de accidentes de trabajo. Como regla general, la Ley 32/2006 limita el encadenamiento a tres subcontrataciones, como también especifica definiciones conceptuales de los que actúan en el sector de la construcción. Todas estas son novedades implantadas para el sector de la construcción únicamente, que a pesar de algunas críticas por parte de la doctrina de España, es un ejemplo a ser seguido por Brasil.

A partir de entonces, después de analizar aspectos generales y singularidades de la subcontratación, el capítulo cuarto se dedicará a cuestiones específicas y concretas como es el caso de los procedimientos de vigilancia y control de la subcontratación, de los procesos judiciales y de las responsabilidades en materia de contratos. Se dará un mayor énfasis a la parte brasileña que a la española, dado que hay mayores problemáticas y críticas para ser puestas de relieve en estos temas jurídico-legales en Brasil. Estos temas concretos son tan importantes como los demás, y a pesar de ser cuestiones particulares, son vistos en el cotidiano de la subcontratación tanto por la fiscalización como también en el momento de impetración de una demanda judicial, en el cual se utiliza el derecho procesal para tal. Estos son puntos importantes porque uno de los temas fundamentales es la efectivación de los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social que es conseguido por la responsabilización de los sujetos debidamente especificados.

En relación a los procedimientos de vigilancia y control – asuntos destacados inclusive como forma de prevenir futuros accidentes laborales y burlas a los derechos laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores – serán vistos los tres principales órganos actuantes en el cotidiano de la vida del trabajador y su papel de actuación en los casos pertinentes a la subcontratación. Básicamente son: los órganos jurisdiccionales, la Fiscalía especializada en asuntos laborales y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (conocida en Brasil como técnicos y fiscales laborales). También será vista, aunque no esté intrínsecamente relacionada con estos órganos, pero por ser una gran parte de las normativas que rigen estos a la hora de

actuar en sus funciones, la Instrucción Normativa 3/97 en Brasil y, comparativamente, la parte del art. 42 ET en lo que le corresponde al tema en España.

En relación con los procesos judiciales específicos y la subcontratación, serán analizados como instrumentos esenciales para conseguir la tutela judicial efectiva, utilizándose como forma subsidiaria, caso de que se necesite, el Derecho Procesal civil. Serán estudiadas desde la legislación brasileña y desde la española, cuestiones como el litisconsorcio pasivo entre la contratante y la contratista y la intervención de tercero en el proceso de conocimiento del trabajo.

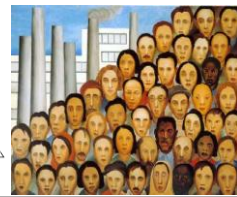
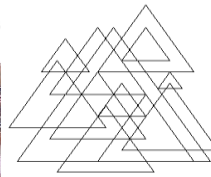
Posteriormente, y volviendo a un tema de derecho sustantivo, serán estudiadas las responsabilidades en materia de subcontratas, visto que es una de las claves para que sean respetados y cumplidos los derechos salariales del trabajador y de la Seguridad Social por parte del contratante y del contratista; principalmente cuando surge el problema de la dificultad de pagar las retribuciones los sujetos participantes y responsables en una cadena de subcontratación. La legislación española determina como responsabilidad solidaria la garantía de tales derechos, mientras que infelizmente la brasileña se ha decantado por la responsabilidad subsidiaria, por lo que sería uno de los motivos de mayor dificultad para tutelar tales derechos de los trabajadores subcontratistas. Tampoco puede dejarse de mencionar como problema la falta de seriedad existente por parte de las empresas.

Obviamente hay excepciones y particularidades en ambos regímenes legislativos laborales en relación a la responsabilidad que serán analizados también. Igualmente serán vistas cuestiones como la responsabilidad civil y la responsabilidad por hecho de tercero; y responsabilidades de la Administración Pública con la subcontratación y vinculación con los empleados de la contratista, principalmente en Brasil después de los cambios recientes hecho al Enunciado 331 TST. Se finalizará el estudio de la tesis doctoral con unas propuestas y relatando la bibliografía estudiada a lo largo del mismo.

En esta tesis doctoral no hay ninguna pretensión de agotar el estudio sobre estos temas. Se trata de hacer únicamente un análisis reflexivo de lo relacionado con la subcontratación y la precarización laboral. Tampoco pretende analizar todo el contenido legislativo y jurisprudencial de la subcontratación en España, sino solamente lo que sea relevante a la comparación con la legislación brasileña correspondiente; para que se pueda hacer un estudio comparado efectivo, y plantear nuevas alternativas para solucionar conflictos

generados por la subcontratación en Brasil. La finalidad de este estudio, y su mayor énfasis, es presentar propuestas, como acaba de ser comentado – después del análisis comparativo entre ambos regímenes jurídicos - para una mejor reglamentación de las contrataciones y subcontratas en Brasil, haciendo un minucioso análisis de los aspectos legales y sociales como consecuencia de éstas en lo cotidiano brasileño. Lo que acarrea observar la historia, las causas de surgimiento, principalmente los factores políticos y económicos mundiales que las ocasionaron.

Como también se observa el objetivo de caracterizar la subcontratación, enseñando sus finalidades, para que se pueda comprender su mecanismo dentro de la sociedad mundial actual, y cómo ésta reacciona al nuevo modelo de organización interna de una empresa y nuevas formas de relaciones entre empresas; todo con el objetivo de la adecuación a las exigencias del mercado globalizado que se encuentra en los días actuales. Solamente de esta manera se puede garantizar la preservación de los derechos básicos y fundamentales de los trabajadores, sin perjuicio de los cambios organizativos hechos por la empresa. Todo para que haya una mejor adaptación de la sociedad brasileña a las exigencias económicas y políticas internacionales.



CAPITULO I

EL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN: EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN, CARACTERIZACIÓN, CONCEPTOS, ORIGEN HISTÓRICO Y SUPUESTOS MÁS FRECUENTES DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.

1. La globalización y las contratas y subcontratas

“Só a participação cidadã é capaz de mudar o país.”

Betinho

3

Puede afirmarse que, en principio, la finalidad teórica de la globalización resulta de gran valía para el desarrollo mundial¹. Con la aproximación humana, al menos en esto debería consistir la eliminación de las barreras territoriales, junto con la idea de la facilidad tecnológica en la búsqueda de la igualdad de oportunidades para todos, se observa que el intercambio de culturas enriquecería a todos los pueblos, a diferencia de lo que se produce en la realidad.

Deviene un hecho innegable, con todo, que la globalización está intrínsecamente relacionada con la descentralización productiva, y por lo tanto, con la subcontratación. Este primer punto que ha de ser analizado conducirá básicamente a remarcar la interrelación de la globalización y las contratas y subcontratas. El estudio seguirá una metodología de carácter analítico-descriptivo y de conclusión mediata, por la que se parte de una premisa mayor (la globalización, la descentralización productiva y la triangulación) para llegar a la menor (la subcontratación). Como se puede percibir: “Las relaciones entre las empresas, en particular las dedicadas a prestar servicios, se han transformado a la luz de las presiones competitivas que se derivan de una serie de factores como la globalización, el avance de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC), la liberalización de ciertos mercados y el avance del mercado interior europeo”².

Es pertinente también mencionar otra relación intrínseca que es la de la descentralización productiva con la libertad de empresa: “la descentralización productiva como opción empresarial tiene su arranque en la libertad de empresa reconocida constitucionalmente, es algo que no debería ser objeto de mayor ilustración, por obvio. Si la Constitución Española (art. 38) reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía

¹En este sentido: “(...) O desmoronamento do sistema empresarial tradicional frente ao avanço das novas tecnologias. Na era da valorização do conhecimento, as atividades que não representarem a essência da organização serão subcontratadas, além disso, o trabalho será levado às pessoas, conforme as distinções de especialização e qualidade. Ora, tudo isso é favorecido nas relações de trabalho com a Terceirização, pois nela o mérito de cada profissão passa a ser medido pela sua qualificação, pelo domínio intelectual que tem de sua especialidade, quando colocado em prática”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág. 23.

²RUBALCABA BERMEJO, Luis; DI MEGLIO, Gisela & VAN WELSUN, Desirée, Deslocalización y offshoring de servicios a empresas, Papeles de economía española N. 120, 2009, pág. 224.

de mercado, es claro que esta libertad no se puede limitar sólo al momento de constitución de las empresas sino que se extiende también a decidir sobre sus objetivos y a dotarla de una estructura organizativa para defender sus productividad y situarla en condiciones de competir en un mercado libre”³.

La problemática está en el mal uso o desequilibrio entre los objetivos empresariales y los derechos de los trabajadores. Infelizmente, con el objetivo siempre de ganancia, el ser humano aprovecha este recurso capitalista para incrementar sus riquezas personales, generando muchas veces la pobreza de otras naciones, donde también se percibe asociada la miseria, la falta de valores y un buen conocimiento de la ciudadanía⁴ y de sus propios derechos como tal. Inclusive para que no sigan aumentando las desigualdades sociales en el mundo, es necesaria que sea planteada una globalización más humanitaria⁵, donde se perciba una conciencia universal⁶.

³ AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 26.

⁴ Interesante exponer la teoría de la indivisibilidad de los derechos fundamentales de José Luiz Quadros de Magalhães, relacionado en sentido amplio a la condición de ejercicio efectivo de la ciudadanía: “A teoria da indivisibilidade afirma justamente a condição dos direitos sociais e econômicos como pressupostos de exercício das liberdades políticas e individuais. É como afirmamos que, para termos liberdade de locomoção, temos de ter acesso ao transporte, ou que, para que tenhamos liberdade de expressão ou de liberdade de formação da consciência política, filosófica e religiosa, temos de ter, no mínimo, direitos à educação. Esta teoria significa a superação da hipocrisia liberal, ou a compreensão de que a liberdade e a vida existem simplesmente porque o Estado não atenta contra elas. Desta forma, o direito à vida, pela teoria da indivisibilidade, implica vida digna, conceito histórico que implica hoje, pelo menos, acesso à liberdade, à saúde, à educação, ao trabalho, à justa remuneração, e à participação no destino do Estado e na construção de seu próprio futuro”. NEVES DELGADO, Gabriela, As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 32.

⁵ En este sentido: “Os direitos humanos de quarta geração resultariam da globalização da Economia e dos direitos fundamentais, bem como da universalização desses últimos no plano institucional, com vistas à (re)fundação do Estado Social e à composição de uma trincheira de direitos antagônicos à globalização neoliberal. Essa classe inclui, p. ex., o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Há, ainda, quem vislumbre aqui os novos direitos de biogenética (e.g., o direito à não-intervenção genética in vivo e a proibição da clonagem reprodutiva) e outros direitos cogitados no final do século XX, rebentos da era tecnológica”. GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, en AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, n. 121, LTr, São Paulo, 2005, pág. 66. Es importante mencionar también: “El desarrollo consiste en transformar las sociedades, mejorar las vidas de los pobres, permitir que todos tengan la oportunidad de salir adelante y acceder a la salud y la educación. No es fácil cambiar el modo de hacer las cosas. Las burocracias, igual que las personas, incurrir en malas costumbres, y la adaptación para el cambio puede ser dolorosa. Pero las instituciones internacionales deben acometer esos cambios quizá arduos que les permitirán desempeñar el papel que deberían cumplir para lograr que la globalización funcione, y no solo que funcione para los ricos y los países industrializados sino también para los pobres y las naciones en desarrollo. El mundo desarrollado debe poner de su parte para reformar las instituciones internacionales que gobiernan la globalización. Hemos montado dichas instituciones y debemos trabajar para repararlas. Si vamos a abordar las legítimas preocupaciones de quienes han expresado su malestar con la globalización, si vamos a hacer que la globalización funcione para los miles de millones de personas para las que aún no ha funcionado, si vamos a lograr una globalización de rostro humano, entonces debemos alzar nuestras voces. No podemos, ni debemos, quedarnos al margen”. ACOSTA, Alberto, Las migraciones en la globalización, en AA.VV., Documentación Social, Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada, n. 135, Cáritas Española editores, Madrid, 2004, págs. 311-312.

⁶ Al respecto: “Tais opiniões ajudam a formar o que se chama “pensamento único”. É a globalização da economia mundial direcionada pela escola econômica neoliberal. Milton Santos afirma, em sua obra irretocável “Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal”, que há: “uma dupla tirania, a do dinheiro e a da informação, intimamente relacionadas. Ambas, juntas, fornecem as bases do sistema ideológico que legitima as ações mais características da época e, ao mesmo tempo, buscam conformar, segundo um novo ethos, relações sociais e interpessoais, influenciando o caráter das pessoas”. MATOS GONÇALVES, Antônio Fabrício de, Reestruturação produtiva, globalização e neoliberalismo: reflexos no modelo brasileiro e suas conseqüências na legislação trabalhista, en AA.VV., Direito do trabalho. Evolução, crise, perspectivas, LTr, São Paulo, 2004, pág. 215.

Un aspecto importante es cómo el fenómeno de la globalización, con fuertes reflejos en la economía del país, aumenta la competitividad de los productos extranjeros, sobre todo con la gradual apertura de las fronteras, lo que ocasiona la reducción de los costes del sector productivo nacional, imprescindible para mantener la competitividad estimulada en el nuevo modelo de economía abierta. En este sentido, “Las organizaciones productivas se van a ver obligadas a buscar nuevas fórmulas estratégicas que les asegurasen no sólo la adaptación a las nuevas condiciones impuestas por el mercado para su propia supervivencia sino también la posibilidad de continuar con la producción de sus bienes o servicios en términos competitivos”⁷.

Desgraciadamente la globalización refleja, en este momento, la utilización del trabajo como forma de dominación de unos sobre otros. No se reconoce el valor debido al trabajo y principalmente al ser humano que lo realiza, como se puede percibir que “em pouco tempo, os trabalhadores passaram a arcar com os riscos do livre mercado, em especial nos setores industriais que demandavam intensa mão-de-obra, mesmo que pouco qualificada. Se nos países desenvolvidos ocorreram incessantes cortes no número de empregados, nos países em desenvolvimento a exploração predatória do trabalho intensificou-se. Essa concorrência em nível mundial vem mostrando seu lado perverso nos crescentes índices de desemprego e na instabilidade de mercados nacionais frente ao fenômeno da volatilização do capital. Tornou-se incessante a alocação de recursos para onde a viabilidade mercadológica apontasse. A modernidade logística e os baixos custos de transporte permitiram às empresas transnacionais desmembrar etapas de produção por todos os continentes. Possibilitou-se a transferência da produção de um bem de um país para o outro, em dias. A disputa entre os Estados foi acirrada para garantir as condições necessárias de atração do capital. Tarifas foram reduzidas ao máximo, quando não suprimidas, os salários achatados, seguidos pela negociabilidade dos direitos trabalhistas. Além da degradação do meio ambiente, também os valores da sociedade estão sendo desestruturados, até mais rapidamente”⁸.

En este sentido es pertinente mencionar a Cantard, que cita la preocupación de órganos internacionales en relación a la precarización laboral en virtud de los cambios

⁷ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 34.

⁸ MEDEIROS PROVINCIALI, Igor Augusto de; ÁVILA SERRA, Leticia & HOMSSI BORGES, Luciano, Terceirização e mercado de trabalho brasileiro, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs.120-121.

oriundos de la globalización: “Regulación internacional”. Ante el avance de la globalización de la economía, se propone la globalización de las normas del Derecho del Trabajo. En este sentido, la misión de la Organización Internacional del Trabajo es central, está fuera de dudas que el ámbito de aplicación de las relaciones laborales implica un desafío que va más allá de las fronteras nacionales, siendo un fenómeno que afecta a los distintos países del mundo. En el informe de este año, sometido a la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, se destaca que la acción internacional de la OIT debe comprender básicamente tres elementos: el acopio e intercambio de informaciones, la cooperación técnica, asistencia y orientación a los Estados miembros y la adopción de instrumentos a los que debe agregarse su disponibilidad en calidad de foro para el diálogo internacional”⁹.

Interesante también resulta observar, a lo largo de la historia social, los dos movimientos que se repiten constantemente, unas veces las protecciones y garantías a los trabajadores se destacan más en el modelo intervencionista estatal, otras veces en cambio, aparecen con menos importancia en los regímenes liberales¹⁰; lo que hay en común entre los dos modelos es que son dirigidos por factores políticos, aunque la repercusión sea dada de forma distinta, pues depende de cómo se procede en un país y la relación del factor político con los demás factores¹¹. Este movimiento de ida y vuelta es denominado de ciclotomía social, en el cual la sociedad se organiza y los que tienen el poder intentan explotar al máximo la parte más débil económicamente hasta donde ella pueda soportar; cuando ocurre el agotamiento, ésta inicia una revolución, aspira por una nueva sociedad, la consigue y,

⁹ CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 142.

¹⁰ En relación a esto, es válido mencionar: “Los fundamentos económicos los encontramos en la Escuela Económica Liberal, de Hayek y Friedman, que sostienen que hay que ir a la individualización de la relación de trabajo hasta el límite de lo políticamente posible, porque lo contrario es ir contra el juego de la oferta y la demanda, y consecuentemente el Estado no debe intervenir en las relaciones individuales, “de forma tal que cada trabajador negocie libre e individualmente con el empleador su fuerza de trabajo”. (...) Aunque, como bien señala Oscar Ermida Uriate, “allí donde fueron aplicadas, la desregulación y la flexibilización no habrían generado empleo y más bien habrían deteriorado la calidad del empleo existente” fundamento tecnológico productivo: el cambio tecnológico y el cambio del modelo de producción; lo que Tófler ha dado en llamar “La empresa flexible”, como contrapartida del fordismo, habilita un cambio en los sistemas productivos y en la organización del trabajo, este argumento, si bien más sólido que el anterior “frecuentemente provoca la sustitución de mano de obra por tecnología” lo que provoca también mayor desempleo. Además de los fundamentos teóricos se señalan, los culturales y sociales “la posmodernidad exalta el individualismo y menosprecia la solidaridad y los valores colectivos”, lo que se retroalimenta con la desocupación y la debilidad sindical”. CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 135.

¹¹ El autor y catedrático Palomeque López, dictando sus clases doctorales, en el ejercicio de su cátedra en las clases del doctorado en derecho laboral, explica cómo se encuentra el factor político en el derecho del Trabajo, defiende que aquel está principalmente evidente en la función compensadora. Da ejemplos en los dos modelos estatales: el primero en la democracia cuando encontramos el Estado más liberal, produciéndose la función compensadora principalmente a través de las negociaciones colectivas. En el segundo, en régimen dictatorial donde el Estado tiene una característica más intervencionista también influye en la función compensadora del Derecho del Trabajo, ofreciendo y garantizando más derechos a los trabajadores y evitando las negociaciones colectivas.

enseguida, unos sobrepasan a otros y, de pronto, todo vuelve a empezar, el mismo tipo de explotación.

La naturaleza del Derecho del Trabajo¹², en muchos de los países en vías de desarrollo, es proteccionista, debido al modelo patrón de estado intervencionista, fruto de la disputa mundial entre los dos sistemas existentes: el capitalismo y el socialismo, y de resquicios de los regímenes autoritarios. Y por ser el Derecho una ciencia social, es creado por la sociedad y volcado a la misma en la medida en que ésta lo necesite, el Derecho tendrá que acompañarla, so pena de perder su razón de existir.

Igualmente algunos autores, como es el caso de Barrena, creen que las modificaciones de la era industrial para la era de la información contribuyen para el fin del trabajo, una vez que menciona que la sociedad camina hacia las empresas virtuales. En este sentido: “Ya tenemos fábricas en las que prácticamente no hay trabajadores, y esto supone un cambio tremendo en la naturaleza del trabajo. Pero es sólo el principio. Podríamos suponer que si alguien pierde un puesto de trabajo en una fábrica, podrá ser reciclado para trabajar en el mundo de los servicios, en un trabajo de cuello blanco. Pero ahora, la mayor parte de las empresas de servicios del mundo están comenzando a rediseñar sus organigramas para acomodarse a las nuevas tecnologías. (...) Por lo tanto dentro de la industria estamos asistiendo a un cambio hacia fábricas casi sin trabajadores, y en los servicios hacia las empresas virtuales”¹³. A pesar de que haya una corriente minoritaria que cree que el Derecho del Trabajo está con sus días contados, se puede percibir que al revés, el Gobierno Federal brasileño, con la creación de la Enmienda 45 ha ampliado la competencia de la justicia del trabajo. Lo que también se puede percibir es que hay un aumento de los accidentes laborales y de la descolectivización de los grupos de trabajadores, relacionados con los objetivos sindicales- vistos más detenidamente en el tercer capítulo -, y que las teorías futuristas del fin

¹²En este sentido: “A visão dinâmica do Direito do Trabalho se faz sentir por sua própria evolução doutrinária, como também pelas inovações tecnológicas que as atividades produtivas têm brindado ao conforto pessoal das populações e favorecido o consumismo (por vezes imoderado) nesta última centúria. A literatura laboral – considerada desde “O Capital” e seu “Manifesto”, passando pela tão citada Rerum Novarum – sofreu oscilações que a levaram pendularmente para o nacional-socialismo, o fascismo e comunismo (todos com traços comuns e trágicos), até um liberalismo mal defendido, mal compreendido e antipatizado em razão doutrinação política poderosa e catequética de seus ferrenhos opositores. Ouvimos a pregação socialista a rugir como um furacão ao longo de décadas, até o desmoronamento do “Muro de Berlim” que foi lançado no entulho da História, junto com o universo soviético. Este, como o Reich nacional-socialista que durou apenas três lustros do milênio a que se propunha, oprimiu três gerações de russos, ucranianos, assim como incontáveis europeus, orientais e asiáticos ... O Direito do Trabalho praticamente ignorado naquelas paragens, sofria e sofre influência de variações em torno daqueles temas que se opõe ao imoderado capitalismo ocidental. Não apenas há uma ótica que procurar ver em toda relação de trabalho uma relação de emprego, como ainda – nesta última – uma proteção definida e infinita ao operário”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993, pág. 11.

¹³ RIFKIN, Jeremy, El fin del trabajo y las ONGs, en Empleo y tiempo de trabajo: el reto de fin de siglo, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Argia Servicios Gráficos S. A., Bilbao, 1997, pág. 40.

del trabajo se encuentran bastante lejos de la realidad, en la que parece ser que los trabajos se están convirtiendo en hechos invisibles donde el trabajador se vuelve una incógnita, y en este caso, dentro del mecanismo de subcontratación y precariedad laboral.

De igual manera es importante mencionar a Antunes: “Contrariamente, entretanto, às teses que advogam o fim do trabalho, estamos desafiados a compreender o que venho denominando como a nova polissemia do trabalho, a sua nova morfologia, isto é, sua forma de ser (para pensarmos em termos ontológicos), cujo elemento mais visível é o seu desenho multifacetado, resultado das fortes mutações que abalaram o mundo produtivo do capital nas últimas décadas. Nova morfologia que compreende desde o operariado industrial e rural clássicos, em processo de encolhimento, até os assalariados de serviços, os novos contingentes de homens e mulheres terceirizados, subcontratados, temporários que se ampliam”¹⁴.

8

Lo que resulta indiscutible son las transformaciones que ocurren en el Derecho Laboral con este nuevo sistema, puesto que fue diseñado para una cultura taylorista/fordista. Como se puede percibir en las palabras de Pedroza González: “Las transformaciones producidas en estos tiempos de que hablamos afectaron a gran parte, si no a todo, del Derecho del Trabajo. Pero la causa de ello no fue la introducción de nuevas normas que flexibilizaban la prestación de trabajo, sino, más bien, los cambios operados en la organización del trabajo en las empresas, cambios que darían lugar a un nuevo Derecho del Trabajo. Este cambio fue generado por el nuevo tipo de empresa que se va a imponer en los procesos productivos, organizaba a partir de técnicas de descentralización productiva, “en una economía que pugnaba por desasirse de todo tipo de constricciones”¹⁵.

El surgimiento del fenómeno “globalización”, por lo visto, puede estar relacionado con el proceso social que inició después de la 2º Guerra Mundial, ora con una evolución más rápida, ora más lenta. Es interesante mencionar lo que significa globalismo para Beck: “la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político, es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo”¹⁶.

¹⁴ ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 14.

¹⁵ Y sigue explicando el autor: “y cuyo objetivo no sería otro que el propiciar la introducción de medidas de flexibilización en la producción, en la gestión y en la comercialización de los bienes y servicios y que, en el campo de las relaciones laborales, habría de concretarse en la repercusión, en el seno de la empresa, del control sobre la mano de obra”. PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 40-41.

¹⁶ ULRICH, Beck, ¿Que es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización, Paidós estado y sociedad, Barcelona, 1998, pág. 27.

Igualmente no se puede precisar el inicio de la flexibilización¹⁷ de las normas laborales y de seguridad social, tan sólo se puede decir que es un movimiento evolutivo de la propia sociedad que lo ocasiona.

En este sentido es válido citar a Pereira da Silva que menciona los resultados del desarrollo industrial: “O surto industrial, marcante a partir da década de 50, inegavelmente impulsionou o progresso e o desenvolvimento. Este desenvolvimento teve e ainda continua tendo um preço. Há o êxodo rural, a concentração urbana, a frustração de expectativas quanto ao desejado e na maioria das vezes inexistente emprego na indústria, comércio, bancos e serviços públicos ou privados, a marginalização, as favelas, o aumento do índice de criminalidade, atividades marginais, muitas delas danosas, tais como a venda de "proteção", comércio de produtos furtados, prostituição, inclusive de menores, tráfico de drogas e muitas outras”¹⁸.

Autores como Metzger y Leite afirman que la subcontratación inició en los años 50 en Brasil¹⁹, en este caso la tercerización tiene sentido de subcontratación: “Já no Brasil, pode-se

¹⁷ A nivel de complemento, es importante citar las divisiones de flexibilización hecha por Cantard: “Este proceso de flexibilizador lo podemos clasificar, siguiendo a Oscar Ermita Uriate, de la siguiente manera: flexibilidad heterónoma o autónoma, sea que la misma fuera “... impuesta unilateralmente por el Estado, a través de una ley o decreto que simplemente deroga un derecho o beneficio laboral, lo disminuye o lo sustituye por otro menor”; o que fuese introducida por la autonomía colectiva “sea a través de una convención colectiva o de un pacto social o acuerdo marco”. Flexibilidad incondicional; cesión a cambio de nada, “No hay, en este caso, una contraprestación determinada y exigible”; el trabajador pierde o ve disminuidos sus derechos ante una mera expectativa de conservar la fuente de trabajo. Flexibilidad condicionada: que hace el contenido del acuerdo, se cede a cambio de una obligación correspondiente, ésta puede ser pasiva (no despedir), o activa (incrementar la plantilla); a cambio de reducción salarial. “la renuncia o pérdida de los trabajadores tiene un correspondiente de parte del empleador y eventualmente del Estado”. Flexibilidad interna: modifica algún aspecto de la realidad, pero la relación se mantiene (salario, jornada), “afecta aspectos de una relación de trabajo preexistente y que subsiste”. Y la externa, que es de entrada o salida de la relación laboral, sea que se libere al empleador de ciertos límites o facilitando las contrataciones atípicas, sea que se facilite el despido, ampliando las causas justificantes o disminuyendo el monto de las indemnizaciones. Formas indirectas o encubiertas de flexibilización, cuando aparentemente no se ataca el instituto laboral, sino otro (desgravación de la Seg. Social), lo que Barbagelata da en llamar “formas de flexibilización por deslizamiento”. Flexibilidad jurisprudencial, cierta permeabilidad de los jueces a cierta ideología no tan pro-operario, el referido caso “Rodríguez” es un ejemplo paradigmático, “cuando, aún en ausencia de un cambio normativo, la jurisprudencia modifica su orientación en el sentido de interpretaciones desregulatorias o de favorecer más al empleador”. Lógicamente, ésta va acompañada también, de cierta flexibilidad de la doctrina. Por último, la flexibilidad de hecho o fáctica: es decir, el mero incumplimiento”. CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 134

¹⁸ El autor sigue explicando: “Fato é que a industrialização, bem-vinda sem dúvida, mas não planejada, trouxe consigo algumas conseqüências. Tomemos como exemplo a indústria automobilística, na qual insistiremos bastante pelo grande poder multiplicador de outras atividades. Incentivada, ela se instalou no país em fins da década de 50, com um nível muito baixo de nacionalização de seus produtos, exatamente porque não tinha o país produtores ou fornecedores de componentes, conjuntos ou subconjuntos necessários à montagem de um veículo. Não havia outra saída fora da importação. A política governamental para o setor criou mecanismos legais, forçando a gradativa nacionalização dos componentes, mas os prazos para a nacionalização foram incompatíveis com a árdua tarefa de desenvolver fornecedores capazes, levando as montadoras a importar tecnologias e assumir elas próprias a fabricação de seus componentes ou subprodutos. Como resultado, até hoje há indústrias que, para produzir um veículo acabado, fabricam também uma gama de componentes, 7 que vão de parafusos e rebites a bancos e revestimentos, passando por escapamento e chicote elétrico”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A tercerização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 23.

¹⁹ En este sentido: “Somente a partir dos anos 50, a indústria brasileira começou a dar sinais de vida mais consistentes, aceitando com mais facilidade e incentivando os capitais externos. Todavia, sofríamos o mal crônico da falta de infra-estrutura para instalar

afirmar que o fator impulsionador do fenômeno da terceirização foi a entrada das multinacionais no território nacional. Na década de 50, do Século XX, sobretudo a partir do Governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira, houve abertura do mercado interno à competição estrangeira, vindo aqui se instalar diversas empresas, muitas das quais já adotando a terceirização como forma de obter maior produtividade. A medida que novas empresas adentraram no mercado nacional com condições superiores de competição em comparação às indústrias locais, estas tiveram que encontrar uma saída para aumentar a produtividade, diminuir custos, ou, de qualquer outra forma, tornarem-se tão competitivas quanto as multinacionais. Uma das soluções encontradas foi terceirizar, enxugando as empresas, remetendo para terceiras a produção acessoria²⁰. Siendo interesante recordar que la subcontratación es uno de los fenómenos de la descentralización productiva que vino acentuado con los cambios tecnológicos de la globalización, y que en España, también ha crecido desde los años cincuenta con el despunte del crecimiento, conforme explica Pedroza González²¹.

Es válido también citar a Antunes por hacer un paralelo entre flexibilización-tercerización y subcontratación, como se puede percibir: “a flexibilização da legislação nos anos 1990 veio dar sustentação legal à terceirização, seja pelos novos dispositivos, seja pela ampliação de antigas modalidades de contratos. Isto porque, em que pese a terceirização não figurar como instituto no direito do trabalho, as formas de subcontratação (das empresas contratadas) se apoiam nos contratos precários de trabalho ou mesmo na ilegalidade²². En España, como en muchos países, se ha visto afectada la vida de los trabajadores en general por

nosso parque industrial. Passamos a olhar, afoitamente produtos acabados e a ansiar pela sua fabricação. Forçávamos o êxodo rural, o crescimento urbano e o nível de desemprego. Insistimos então na fabricação de produtos de consumo acabados e passamos a importar componentes, fator econômico altamente negativo para a balança comercial. E o que deveria ser uma proteção social a favor do emprego passou a ser uma coqueluche nacional duradoura: as barreiras à importação, para proteger nossos produtos da competição dos importados, impedindo a entrada de novas tecnologias, levando-nos a cultivar produtos de baixa qualidade, altos custos produtivos e sem nenhuma capacidade de competição externa. A exigência, inicialmente saudável, de que todo o produto nacional, a curto prazo, deveria ter um alto nível de nacionalização em seus componentes provocou um fenômeno que até hoje prejudica a modernização de nossas indústrias: a verticalização. Para garantir a nacionalização de seus produtos, as empresas passaram a fugir de seu core business e a fabricar componentes, subconjuntos e, até mesmo, na ausência de prestadores de serviços, a criar seus próprios serviços internos, tais como transporte, vigilância, alimentação, assistência médica e tantos outros. Nada mais natural para um país que, não tendo um parque industrial desenvolvido, não tinha também desenvolvida a chamada atividade predominante do terceiro milênio, a "indústria de prestação de serviços", grande absorvedora de mão-de-obra. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 15-16.

²⁰ METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, em AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 82-83.

²¹ Véase PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 12.

²² ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 44.

la globalización, una cuestión que se ha encontrado el país fue con el cierre de algunas plantas, como por ejemplo en las empresas de automóviles, para ser llevadas a otros países.

En el área laboral se percibió la tendencia de industrias a adoptar nuevas formas de organización, como ya se había dicho antes, con el objetivo de reducción de los empleos, lo que consecuentemente ocasionó, o al menos se puede decir que acentuó, un desempleo estructural²³- una de las temáticas a ser discutida en todo el discurso de este tópico. Lo percibido también fue el cambio de muchos trabajadores de industrias para el sector terciario, como también un crecimiento de trabajos informales, y en ambos casos se percibió una precarización del trabajo²⁴. Previsible después de haber sido, en esta época, un proceso de liberalización del capital procedente de la globalización²⁵ y de una mayor disputa a nivel mundial de las empresas.

Tal precarización del trabajo fue una manera que las empresas subcontratistas en Brasil consiguieron para incorporarse al mercado, ofreciendo empleos a menor coste para conseguir ganar la competencia con las demás empresas de subcontratación; de allí la correlación que este estudio hace entre la subcontratación y la precarización, mejor analizada y discutida más adelante en el cual la precarización será vista en varios aspectos en el ámbito laboral, inclusive es uno de los temas de gran relevancia en los derechos humanos al afectar

²³Es importante mencionar: "A América Latina e o Brasil não estão excluídos desta realidade. "Os trabalhadores do Terceiro Mundo - antes excluídos pela divisão imperialista do trabalho - pode-se tranquilamente prever que logo haverá um aumento violento do desemprego, que de conjuntural passará a ser estrutural. Este quadro que sempre prevaleceu entre os cidadãos do Terceiro Mundo predominará também entre os cidadãos do Primeiro Mundo". EFIG, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 122.

²⁴En este sentido: "Dentro desta contextualidade, pode-se constatar uma nítida ampliação de modalidades de trabalho mais desregulamentadas, distantes da legislação trabalhista, gerando uma massa de trabalhadores que passam da condição de assalariados com carteira para trabalhadores sem carteira assinada. Se nos anos 1980 era relativamente pequeno o número de empresas de terceirização, locadoras de força de trabalho de perfil temporário, nas décadas seguintes esse número aumentou significativamente, para atender à grande demanda por trabalhadores temporários, sem vínculo empregatício, sem registro formalizado. Ou seja, em plena era da informatização do trabalho, do mundo máquina e digital, estamos conhecendo a época da informalização do trabalho, dos terceirizados, precarizados, subcontratados, flexibilizados, trabalhadores em tempo parcial, do cyberproletariado, conforme a sugestiva indicação de Ursula Huws⁵. Não é por acaso que a Manpower é símbolo de emprego nos EUA. (...) Devemos enfatizar que a classe trabalhadora, em nosso entendimento, compreende a totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem da venda da sua força de trabalho, a classe-que-vive-do-trabalho e que são despossuídos dos meios de produção". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 16-18.

²⁵ También es válido decir que: "Por otra parte, una mayor aceleración y profundidad del cambio en el entorno económico como ocurre en la actualidad, reduce las posibilidades de aprendizaje de los agentes para acotar y reducir los costes de transacción. Como señalan LANGLOIS y ROBERTSON (2000) las transacciones repetidas en entornos estables permiten que los contratos se «autorrefuercen» debido al efecto reputación y los problemas de oportunismo y riesgo moral se atenúan gracias a las normas de reciprocidad y cooperación. Si el entorno sufre pocos cambios es más probable el comportamiento rutinario, que siempre es más fácil de controlar y medir. Pues bien, las circunstancias que rodean a la empresa como la globalización económica, las presiones competitivas o las nuevas tecnologías, entre otras, parece que empujan hacia un entorno técnico-económico más incierto e inestable, que exige una mayor ponderación de los costes de transacción en el diseño de la organización económica". AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 66.

dos de los principios esenciales del derecho que es el de la igualdad y de la no discriminación, temas también mejor analizados posteriormente.

Lo que sucede a la vez de la relación precarización laboral y subcontratación es que se reducen los costes laborales pero también el poder adquisitivo de los trabajadores y también un crecimiento mayor de mala distribución de renta en el país, en otras palabras, la población en general, inclusive pequeñas y medianas empresas que tienen su área de actuación local o regional, pierden el poder adquisitivo para que algunos pocos se hagan más ricos.

La globalización alcanzó una mayor velocidad con el surgimiento de dos factores principales: el primero es la capacidad de cambio de los seres humanos que acarrió el avance tecnológico, y el segundo la fortificación del capitalismo con la debilidad del socialismo. Con la caída del muro de Berlín²⁶, marco histórico que simbolizó la decadencia de este último, la globalización resultó más fortalecida, pues ésta es un mecanismo del capitalismo, que tiene como característica la apertura del mercado mundial y con aspiraciones, como ya se había mencionado, de alcanzar una sociedad sin ninguna barrera entre los pueblos, que en otras, lo que está sucediendo en la práctica es que las empresas están abaratando sus costes, buscando invertir en sitios donde haya mano de obra más barata. El capital ya no tiene patria²⁷, las empresas buscan también las mejores condiciones tributarias y donde mejor se ofrezcan

²⁶Es importante mencionar: “A queda do muro de Berlim, a fragmentação da ex-União Soviética, a própria mudança de comportamento da China e de Cuba desnudaram vícios e defeitos de um regime praticamente desfeito e falido. O mundo foi jogado à competição e conquista de mercados. O fenômeno é tão forte que recentemente a França desprezou o mercado certo de Formosa para trocá-lo por um mercado potencial, no caso a China, uma vez que, pela rivalidade política entre os dois mercados, foi necessário optar por apenas um. Tais fatos geram duas situações distintas: — de um lado, o capital, ainda com muitos vícios a serem corrigidos. É preciso abdicar do lucro fácil, da vantagem a qualquer custo, e passar a praticar, uma relação de respeito, de atenção às condições de trabalho e de atenção às necessidades sociais. As novas regras, principalmente as ditadas pela inexorabilidade da globalização do mercado com a extinção de fronteiras, são rígidas quanto a custos, qualidade e produtividade de. Estas são condições básicas para a permanência de empresas no mercado e na competição. Sem dúvida, nenhuma empresa poderá manter-se se não perseguir tenazmente estes três requisitos; — de outro lado, o trabalho, força tão importante quanto o capital, voltando os olhos, por meio de seus sindicatos, para questões pouco debatidas, mas fundamentais: condições ambientais de trabalho, saúde e educação, auto-realização profissional, automação, tecnologia, contrato coletivo de trabalho, integração com a comunidade e cidadania. Além, é óbvio, da geração de empregos”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, 119. Ermita Uriate explica: “Paralelamente, en el terreno político, la caída del muro de Berlín, ha permitido que el capitalismo considere que ya no necesita del Estado de Bienestar, cuya función habría sido la de evitar que los trabajadores y otros sectores desfavorecidos pudieran “pararse” al consumismo”. CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 135.

²⁷En este sentido: “Em razão da globalização das economias e da automatização, as empresas procuram direcionar seus investimentos para os locais em que o custo da mão-de-obra é inferior, visando a que o preço do seu produto ou serviço seja mais baixo e possa competir no mercado. Há, assim, uma mudança de investimentos de um local para outro, pois o capital não tem pátria, indo para o local em que a tributação é menor ou o custo do trabalho também é inferior ao local onde está. Tenta-se também a terceirização e outras formas de contratação de trabalho. A Lei nº. 8.949, de 9 de dezembro de 1994, acrescentou parágrafo único ao artigo 442 CLT, determinando que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Em decorrência da aplicação do referido preceito legal, já estão ocorrendo muitos problemas trabalhistas. Tal denominação legal não deixa, porém, de ser uma forma de terceirização e de flexibilização das relações de trabalho”. PINTO MARTINS, Sérgio, Cooperativas de Trabalho, Atlas S.A., São Paulo, 2003, pág.15.

subsídios o concesiones para montar su espacio físico en el país, por lo cual generalmente son tercermundistas.

La gran problemática es cómo hacer esos cambios en el Derecho, y en específico al Derecho Laboral, para que éste se adecue al movimiento social actual. La naturaleza del capitalismo se presenta devoradora en muchos ámbitos, aunque países industrializados propaguen el capitalismo democrático o social. Es un tema a pensar pues si todos se vuelven con mentalidad de industrializados, ¿cómo se relacionarían todos los pueblos del planeta mediante tantas diferencias socioeconómicas? Para que pocos conquisten cada vez más muchos son sacrificados, este mecanismo existe desde los orígenes de la humanidad, basta ejemplificar cualquier tipo de relación de trabajo existente en la historia, por ejemplo, en la edad antigua, la idea de Aristóteles de que el hombre libre y honrado era aquel que dedicara su tiempo para la filosofía, para los estudios, y consideraba deshonorosos aquellos que vendían su tiempo libre por trabajo, tanto que el origen de la palabra negociante viene del negar el ocio, negociarlo, venderlo; sin embargo sería una ingenuidad pensar apenas en una sociedad de intelectuales, cultivadores del ocio. Para que unos lo contemplaran, otros tendrían que trabajar para que estos pudiesen filosofar, representados normalmente en la figura del esclavo.

A pesar de que también hay autores que defienden la posición opuesta como se puede percibir: “Este resgate de um padrão de vida mais simples poderá repercutir na valorização e conseqüente preservação dos recursos naturais e do meio ambiente. São aqueles que acreditam na necessidade da cultura do ócio ativo como forma de o homem reencontrar sua maior vocação: viver com felicidade. Lembra Bertrand Russel: "No passado havia uma pequena classe ociosa e uma grande classe trabalhadora. A classe ociosa desfrutava vantagens que não tinham qualquer fundamento na justiça social, o que tornou essa classe inapelavelmente opressora, limitou seu sentido de solidariedade e levou-a a inventar teorias para justificar privilégios. Isto fez diminuir enormemente a sua excelência, mas não a impediu de ter contribuído para quase tudo o que hoje chamamos civilização. Ela cultivou as artes e descobriu as ciências, escreveu os livros, inventou as filosofias e aperfeiçoou as relações sociais. Mesmo a libertação dos oprimidos foi geralmente iniciada a partir de cima. Sem a classe ociosa, a humanidade nunca teria emergido da barbárie"²⁸.

²⁸ EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 117-118.

En los días actuales predomina la fase de apertura. La globalización – con su nuevo ropaje similar al antiguo liberalismo y al neoliberalismo – pregona que el Estado debe interferir menos en las cuestiones económico-políticas de su pueblo, dejando que la propia sociedad se organice de la forma que mejor le conviene, de esta manera se observa, principalmente en las últimas dos décadas del siglo pasado que hubo internacionalmente en varios países un creciente uso de desregulación, liberalización y privatización del Estado, como se puede percibir “não passa de um processo natural, advindo do desenvolvimento tecnológico e econômico. Assim, o mundo vem assistindo, nos últimos anos, à desenfreada política de liberalização do capital. O modelo Keynesiano, fundado no Estado regulador da economia nacional, que intervém financeiramente margeando o pleno emprego, foi suplantado pela limitação do Estado à preservação da ordem política e econômica. Quanto maior a liberdade do capital, maior o crescimento e a prosperidade para todos, pregam seus defensores”²⁹.

Pertinente discernir un poco sobre el Estado liberal y el avance dado hasta los días actuales. El Estado liberal nació en los finales del siglo XVIII como forma de oposición al absolutismo monárquico, eligiendo la libertad como su primicia mayor a ser defendida. El Estado constitucional de carácter liberal, en nombre de la idea de libertad sobre la cual estaba basada, tenía como objetivo limitar el poder político interno por medio de la doctrina de separación de poderes, como también reducía al mínimo sus funciones delante de la sociedad.

El individualismo, característica básica del Estado liberal, defendía la libertad política y económica, visto que había sido propagada la idea de que el mercado era eficiente en la regulación de las voluntades individuales³⁰. Adam Smith defendía que la libertad individual era el fin en sí mismo, la acción egoísta de cada uno de los miembros de la sociedad - sin la intervención exagerada del Estado y limitada por la “mano invisible del mercado”- era

²⁹ El autor sigue refiriéndose a este tema: “Desregulamentação, liberalização e privatização: esses conceitos foram utilizados como instrumentos na nova estratégia de política econômica. O programa neoliberal prontificou-se em criar um ambiente propício ao livre trânsito de divisas e capitais, por cima das fronteiras nacionais. A internacionalização da economia, própria ao sistema capitalista, foi aprofundada pela criação de blocos econômicos regionais e pela expansão tecnológica. Expansão essa que contribuiu para o processo de substituição da força de trabalho humana por aparatos técnicos, engendrando a diminuição da oferta de empregos, que teve, como uma de suas conseqüências, o enfraquecimento das organizações sindicais de um canto ao outro do mundo. MEDEIROS PROVINCIALI, Igor Augusto de; ÁVILA SERRA, Letícia & HOMSSI BORGES, Luciano, Terceirização e mercado de trabalho brasileiro, em AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 120.

³⁰ En este sentido: “Com o desenvolvimento do capitalismo no mundo ocidental, a partir do século XVIII, e com sua ampla afirmação no século XIX, a burguesia consolidou sua ascensão econômica, firmando-se como classe hegemônica. Assim, criou mecanismos próprios, harmônicos com as necessidades da nova fase econômico-social, tais como: expansão do próprio sistema capitalista, concessão de liberdades e poderes à sua classe em detrimento da nobreza e afastamento da intervenção do Estado no mercado econômico, para favorecer a livre circulação de capital e mercadorias, necessárias à aceleração do sistema industrial” NEVES DELGADO, Gabriela. As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo, em Terceirização no direito do trabalho, Série Ciências Laborais, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004, pág. 21.

suficiente para que los objetivos de la comunidad fueran logrados. En este caso el Estado cuidaría solamente de las funciones de seguridad de las relaciones sociales, como sería el ejemplo de los órganos judiciales, la organización del ejército, la construcción y manutención de carreteras, puertos y servicios de representación diplomáticas, debiendo tales costes de estos servicios ser costeados por los usuarios directos y no por toda la sociedad. En este sentido es oportuno citar también a Palomeque: “El liberalismo económico prescribe, a su vez, la abstención del Estado en la actividad económica (*laissez faire, laissez passer*), que se entiende regida (dentro de un “orden natural” de las cosas) por leyes específicas, equiparables en su certeza a las físicas o naturales que operan al margen de la voluntad de los hombres, y sobre las que no es posible actuar (ley de “la oferta y la demanda” dentro de un mercado libre como regla de oro”³¹.

La problemática vista por el liberalismo económico fue claramente reflejada en la injusticia en la concentración de la renta, en la concentración empresarial, la competición y estimulación no justa de los monopolios; como también, en el ámbito laboral, la mala calidad de los trabajos y salarios que solamente fueron sanadas con la vuelta de la intervención estatal, a través de legislación especial para equilibrar intereses difusos de ambas partes (empleador y empleado), de esta manera, el Estado vuelve a regular la actividad económica.

Gradualmente el Estado pasa a ser utilizado no solamente para corregir los fallos del mercado, sino también como instrumento que viabilizara la aplicación de políticas públicas en general y no solamente en las políticas económicas, como explica Oliveira Ramos. El objeto central pasó de ser la libertad para convertirse en igualdad, como también la noción de solidaridad social gana relieve sobre el egoísmo individualista liberal, esto es el paso del Estado liberal para un Estado de bienestar social³². Como también es válido citar a Goerlich y Villar en relación a lo que consideran como estado de bienestar social: “Se trata de construir una relación de preferencia social, o función de bienestar social, partiendo de las preferencias individuales, que permita valorar sistemáticamente las alternativas sociales”³³.

³¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo e ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923), Tecnos, Madrid, 2002, pág. 24.

³²La autora sigue explicando: “Procura-se atingir, por meio da ordem econômica, um padrão de justiça distributiva, assegurando à coletividade condições de subsistência, admitindo a intervenção do Estado na ordem econômica, garantindo a propriedade privada dos meios de produção, à qual é atribuída uma função social, e a proteção do Estado aos trabalhadores com o estabelecimento de uma pauta mínima de direitos assegurados”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, págs. 23-24.

³³GOERLICH, Francisco J & VILLAR, Antonio, Desigualdad y bienestar social: de la teoría a la práctica, Martín Impresores S. L., Madrid, 2009, pág. 121.

La problemática es que el Estado social sucumbió ante el alto coste de la manutención del bienestar de la creciente población nacional. La disminución de la calidad en los servicios públicos ha puesto en riesgo la credibilidad de la presencia del Estado, en este caso conocido como el Estado fiscal, en la economía debido al encarecimiento de la manutención de la máquina estatal, principalmente comparándole al crecimiento del PIB, en otras palabras, para sostener el estado de bienestar social de alta calidad se observó el obstáculo al desarrollo normal de la economía, visto que se cobraba más del sector privado, sin contar, conforme sigue explicando la autora, con las empresas nacionales que costaban más que las privadas y a la vez menos competitivas en el escenario internacional globalizado, lo que sería apenas una cuestión de tiempo para que aflorara una crisis estatal, visto que estaba lidiando con un adversario nato que es el liberalismo económico.

Un adicional para agravar a los costes estatales fue sostener sin reparar a la sociedad los costes de la máquina en el cual ocasionó el aumento del déficit público, abalando la estabilidad de la moneda y el crecimiento económico, viniendo las ideas neoliberales³⁴. Autores como es el caso de Gonçalves Ferreira Filho expresa que el liberalismo contemporáneo se distingue del liberalismo del siglo XVIII por admitir la intervención del Estado en el dominio económico, debiendo ser su función solamente de simple intermediación con la finalidad de corregir las graves distorsiones.

De esta manera se observa que el neoliberalismo contemporáneo, reafirma la defensa de la libertad individual y propone a la vez la reformulación del Estado, tornándole al que se menciona el Estado subsidiario³⁵, a través del perfeccionamiento de las instituciones jurídicas,

³⁴ Al respecto: “Diante de grandes déficits públicos, o Estado não tinha como autosustentar uma política de onipresença. A falta de disposição dos contribuintes em bancar um Estado caro foi bem explorada politicamente por Margaret Thatcher na Grã-Bretanha em 1979 e por Ronald Reagan nos Estados Unidos nos anos 80, com a adoção de plataformas eleitorais em que o discurso da diminuição de impostos ganhou destaque e os levou a grandes vitórias nas urnas. (...) Em consequência desse processo de desestruturação do Estado Social, renasce a corrente neoliberal, revivendo os postulados individualistas do liberalismo. (...) A despeito da pluralidade de correntes que o informam, no entanto, o neoliberalismo, ao invocar os postulados liberais, não se prende à sua formulação clássica. O liberalismo puro foi sepultado pelas transformações da sociedade industrial. A aceitação de alguma forma de regulação do mercado, por mais incipiente que seja, é a marca do que se pode denominar neoliberalismo do século XX”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 28.

³⁵En este sentido: “A par disso, importa ressaltar que cada vez mais o ideário pós capitalista (adotando a terminologia de Peter Drucker) afasta-se do Estado mínimo para alcançar o Estado necessário, conceito que parece estruturar-se na noção de Estado Subsidiário. Nessa concepção de Estado Subsidiário, a máquina estatal deve omitir-se sempre que os particulares puderem atuar por conta própria. Se a iniciativa privada for insuficiente, o Estado deve suprir essa carência de atuação, atendendo à necessidade coletiva, fim maior que norteia a conduta da Administração Pública. (...) O Estado Subsidiário, na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, está embasado em três princípios fundamentais: 1. primazia da iniciativa privada sobre a iniciativa estatal; 2. atuação do Estado voltada para fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de forma a permitir aos particulares sucesso na condução de seus empreendimentos; 3. incremento da parceria entre público e privado”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, págs. 31-32.

políticas, sociales y económicas, sin olvidarse de promocionar la no discriminación, la garantía de igualdad y la preservación de la diversidad de todos³⁶.

Una gran parte de la doctrina cree que la nueva fase de liberación del mercado es un retroceso para todos, en el cual siguen adeptos del Estado de bienestar social, mientras que los adeptos del liberalismo aseguran que es lo mejor por hacer. Estos defienden, citando como analogía a la revolución industrial, el pensamiento de que en esta época se encontraba la catástrofe social, debido al inicio del fin de los trabajos y, consecuentemente, degradación de la especie humana. Y lo que sucedió efectivamente fue una adecuación de la sociedad al avance tecnológico creado por ella misma.

La problemática actual, en realidad, es la manera en que se está utilizando la globalización, como mero instrumento del nuevo impulso del capitalismo³⁷, hace que la meta se transforme básicamente en el aumento de consumidores en la sociedad, sin importar el ser humano en sí y sus necesidades, y contribuye también para la concentración de la riqueza de forma paritariamente desigual.

En este mismo sentido, el autor Pereira da Silva, relaciona las nuevas tendencias globalizadoras con el uso creciente de las contratas y subcontratas, la modernización del trabajo, su desvaloración y el crecimiento del desempleo estructural, aunque para otra parte de la doctrina este último punto no se puede relacionar directamente con el fenómeno de la subcontratación, como se puede observar en sus palabras: “Aumentar o número de consumidores, mediante atrativos de preço e qualidade, procurando de forma geral a

³⁶ En este sentido es válido citar a Harvey: “El papel de Estado en la teoría neoliberal es bastante fácil de definir. Sin embargo, la práctica de la neoliberalización ha evolucionado de tal modo que se ha alejado de manera significativa de la plantilla prescrita por esta teoría. Por otro lado, la evolución hasta cierto punto caótica y el desarrollo geográfico desigual de las instituciones, los poderes y las funciones estatales experimentado durante los últimos treinta años sugiere que el Estado neoliberal pueda ser una forma política inestable y contradictoria”. HARVEY, David, Breve historia del neoliberalismo, Ediciones Akal S. A., Madrid, 2007, pág. 73.

³⁷ PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável. Modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 101. A nível de reflexão, es importante mencioar que la mayoría de los autores creen que la forma que los países llevan el sistema capitalista actual permiten que haya una perenidad del trabajo, como se puede percibir: “Há, então, um movimento pendular que caracteriza a classe trabalhadora: por um lado, cada vez menos homens e mulheres trabalham muito, em ritmo e intensidade que se assemelham à fase pretérita do capitalismo, na gênese da Revolução Industrial, configurando uma redução do trabalho estável, herança da fase industrial que conformou o capitalismo do século XX. Como, entretanto, os capitais não podem eliminar completamente o trabalho vivo, consegue reduzi-lo em várias áreas e ampliá-lo em outras, como se vê pela crescente apropriação da dimensão cognitiva do trabalho. Aqui encontramos, então, o traço de perenidade do trabalho”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 13. No se puede olvidar también de que hay autores que diferencian la globalización del neoliberalismo, como instituciones distintas, visto que la primera es debida por los avances de la tecnología y de la comunicación, y la segunda una forma de organización económica, aunque la primera, indudablemente, influencia la segunda en varios aspectos y, algunos autores, mencionan que también hay casos que la globalización es consecuencia de las exigencias del liberalismo, pero que en ambos casos no son palabras sinónimas, quizás sería más pertinente mencionarlas como causa-consecuencia y vice-versa.

produção da riqueza, tem sido a meta maior da globalização, que, para tanto, tem nas terceirizações uma de suas principais ferramentas. Dentro do espectro de causas de desemprego está a globalização, que, ao fundir e incorporar empresas, enxuga quadro de pessoal administrativo; estão os novos métodos de gerenciamento e reengenharia, que diminuem postos de trabalho pela racionalização; está a automação, que, para agilizar a produção e, por que não dizer, modernizar processos, melhorar a qualidade e eliminar áreas de risco e insalubridade, cita inúmeros postos de trabalho; e está a terceirização, responsável por uma fatia considerável do desemprego apelidado de “estrutural”, quando ao transferir atividades busca redução de custos, e a tomadora, em consequência, procura trabalhar com menos postos de trabalho e salários mais baixos³⁸.

Para Antunes³⁹ la década de los 90 en Brasil - similar a España y a otros países - fue percibidas la utilización gubernamental de políticas económicas neoliberales que fueron reflejadas en la legislación laboral, en otras palabras, se puede decir que fue la flexibilización de la fuerza de trabajo. Los empleadores tuvieron mayor libertad para contratar y despedir empleados, y las subcontrataciones fue uno de los recursos utilizados para tal hecho, tanto en su forma legal como también a través de modalidades ilegales de trabajo, como por ejemplo los contratados sin registro en el carnet laboral, los clandestinos, entre estos los trabajos esclavo e infantil, todos mediante la cesión ilegal de mano de obra⁴⁰.

³⁸Y sigue explicando: “Não há como negar o acerto das palavras da Ministra, mas não cremos que a busca da produtividade esteja hoje limitada a investimentos em tecnologia. Há campo ainda para outras alternativas, algumas que poderiam partir do próprio governo, tais como taxaço menos rigorosa dos produtos industrializados — sem dúvida uma das grandes causas da sonegação — e diminuição dos encargos sociais que pesam sobre as folhas de pagamento — também uma das grandes causas dos empregos marginais. Como dissemos antes, essas medidas podem paliativamente estabilizar ou até aumentar o nível de emprego durante um pequeno período, mas temos um problema estrutural: o alto índice de desemprego, crescente a cada mês, e um batalhão calculado em 1,6 milhão de jovens que anualmente se habilitam para o trabalho. Há que se buscar soluções mais criativas e de efeitos duradouros. E estas estão provavelmente no caminho inverso do que se tem observado sobre os efeitos mais perversos da terceirização: desemprego, subemprego e empregos informais. Não há consumo sem, poder aquisitivo. O capitalismo, hoje sem concorrente após a derrubada do muro de Berlim, não poderá sobreviver se não centrar suas preocupações no seu maior ponto de sustentação: o consumidor. Afinal, a essência do capitalismo é a sociedade de consumo”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 41. Lo que se podría pensar y reflexionar, de acuerdo con Ghemawat, es que “En la década de 1980 la retórica de la globalización se concentraba en los mercados, mientras que en la década de 2000, parece centrarse mucho más en la producción. Además de tratarse de un cambio sustancial, esta situación es indicativa de cierta variabilidad a lo largo del tiempo en la forma en que los entusiastas de la globalización la han visto hasta nuestros días. También se aprecia una variabilidad similar en las creencias sobre su futuro”. GHEMAWAT, Pankaj, Redefiniendo la Globalización, La importancia de las diferencias en un mundo globalizado, Ediciones Deusto, Barcelona, 2008, pág. 297.

³⁹Importante es mencionar: “Para Bourdieu, a flexibilidade é uma “estratégia de precarização”, inspirada em razões econômicas e políticas, produto de uma “vontade política” e não de uma “fatalidade econômica”, que seria dada, supostamente, pela mundialização. Considera que a precarização é um: regime político [...] inscrita num modo de dominação de tipo novo, fundado na instituição de uma situação generalizada e permanente de insegurança, visando obrigar os trabalhadores à submissão, à aceitação da exploração”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 33.

⁴⁰En la opinión de Rivero Lamas: “Las nuevas formas de organización del trabajo que propicia la descentralización productiva pueden permitir un efecto positivo respecto de las formas de trabajo no estructurado, clandestino, que se inscriben en el mundo de la economía sumergida. En esta línea, para que emerja el trabajo clandestino, y para que la legislación laboral siga cumpliendo sus finalidades específicas, ésta debe tender a una mayor diversificación en el tratamiento de las nuevas actividades que se desarrollan en dependencia con otras empresas y que están ligadas de ordinario al sector servicios, al desarrollo tecnológico y a la

En España, la mayor preocupación – a pesar de no haber sido la única preocupación, pues hechos similares a los descritos arriba también sucedieron - fue relacionada a la subcontratación de trabajadores autónomos en fraude de ley para reducir plantilla. Caso de que se haya detectado algún fraude al art. 1.1 ET, se percibe que será un caso de apariencia de subcontratación, y no de esta propiamente dicha, teniendo sus visibles repercusiones, tratadas posteriormente, visto que sería una hipótesis de que la subcontratación sirvió para ocultar supuestos de cesión de trabajadores.

Otro problema relacionado a los autónomos es la debilidad del autónomo a respecto de la empresa, principalmente al que se trata del autónomo económicamente dependiente, tanto es que fue promulgada la Ley 20/2007 para fortalecer la posición de estos, ley que reconoce los derechos del autónomo, y dentro de estos están también los referentes a la Seguridad Social. Este tema se analizará con detalle posteriormente.

Volviendo a la cuestión de las repercusiones de la globalización en el mundo laboral y al crecimiento del fenómeno de las contrata y subcontratas, según Pereira da Silva, la flexibilización vino a dar la sustentación para la subcontratación, conforme menciona los puntos positivos de la flexibilización en las relaciones de trabajo, aunque muchas veces en la práctica no se observa la libertad de caminar junto a la igualdad, principalmente relacionado con la distribución de la renta en la sociedad: “No aspecto custos, gorduras foram eliminadas, atividades e processos racionalizados e os custos começaram a cair, mas o saldo mais positivo foi a queda do "compadrismo", dos preços combinados, dos cartéis. Acabaram os acordos de cavalheiros e teve início a competição para preservação de quotas de mercado. Para competir, a palavra chave, aliada à qualidade, passou a ser redução de custos. Chegamos a situações antes inimagináveis: empresas que antes combinavam preços e territórios entre si passaram a fazer abertamente propagandas nos meios de comunicação, citando nominalmente os concorrentes e alardeando a melhor qualidade de seus produtos. Sinal dos tempos. Se esse comportamento é ético ou não, se outros países já praticavam ou praticam tal sistema de propaganda, não vem ao caso. Resta a certeza de que a competição, absolutamente benéfica ao consumidor, somente é possível se existem, concorrendo, produtos de qualidade e preços acessíveis. E na briga dos concorrentes não ganham os produtores, ganha o consumidor”⁴¹.

descentralización productiva”. AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 32.

⁴¹PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 54.

Complementariamente es importante mencionar que en el discurrir de la historia de la revolución industrial, después de la revolución de la máquina a vapor hasta los días actuales, se considera que se está en la etapa de la tercera revolución industrial, debido a las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones – mejor analizada posteriormente-. Ésta tanto puede ser considerada como una ventaja para la población mundial, si bien manejada, como también puede suceder al revés, caso haya falta de empleos y de políticas y programas sociales que administren correctamente tal tema, lo que quiere decir, en otras palabras, que los gobiernos tienen gran parte de responsabilidad de hacer con que la globalización sea de provecho social y no de desgaste, manipulación y maleficios a la población⁴².

De esta forma se suceden las indagaciones al respecto de que sucederá con el desarrollo provocado por la revolución industrial, si traerá a la sociedad el desempleo o el tiempo libre, y como quedará la disponibilidad del trabajo delante de las nuevas tecnologías y de las exigencias del mercado económico⁴³. Es importante para comprender el avance de las

⁴²En este sentido: "Hoy la globalización es desafiada en todo el mundo. Hay malestar con la globalización, y con sobrados motivos. La globalización puede ser una fuerza benigna: la globalización de las ideas sobre la democracia y la sociedad civil han cambiado la manera de pensar de la gente, y los movimientos políticos globales han llevado al alivio de la deuda y al tratado de las minas terrestres. La globalización ha ayudado a cientos de millones de personas a alcanzar mejores niveles de vida, más altos de lo que ellas mismas, o la mayoría de los economistas, consideraban imaginable hace apenas poco tiempo. La globalización de la economía ha beneficiado a los países que han aprovechado esta oportunidad abriendo nuevos mercados para sus exportaciones y dando la bienvenida a la inversión extranjera. Pero los países que más se han beneficiado han sido los que se hicieron cargo de su propio destino y reconocieron el papel que puede cumplir el Estado en el desarrollo, sin confiar en la noción de un mercado autorregulado que resuelve sus propios problemas. Ahora bien, para millones de personas la globalización no ha funcionado. La situación de muchas de ellas de hecho empeoró, y vieron como sus empleos eran destruidos y sus vidas se volvían más inseguras. Se han sentido cada vez más impotentes frente a fuerzas más allá de su control. Han visto debilitadas sus democracias y erosionadas sus culturas (...)" "Si la globalización sigue siendo conducida como hasta ahora, si continuamos sin aprender de nuestros errores, la globalización no solo fracasará en la promoción del desarrollo sino que seguirá generando pobreza e inestabilidad. Si no hay reformas la reacción que ya ha comenzado se extenderá y el malestar ante la globalización aumentará. Ello sería una tragedia para todos, y especialmente para los miles de millones que podrían resultar beneficiados en otras circunstancias. Aunque económicamente el que más perderá será el mundo en desarrollo, habrá ramificaciones políticas más amplias que afectarán también al mundo desarrollado. Si las reformas reseñadas en este último capítulo son tomadas en serio, entonces hay esperanza de que un proceso más humano de globalización constituya una poderosa fuerza para el bien, y que una amplia mayoría de quienes viven en los países en desarrollo se beneficien de él y le den la bienvenida. Si esto sucede así, el malestar de la globalización nos habrá servido a todos". ACOSTA, Alberto, Las migraciones en la globalización, en AA.VV., Documentación Social, Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada, n. 135, Cáritas Española editores, Madrid, 2004, págs. 307-308.

⁴³Es válido mencionar que: "A Terceira Revolução Industrial levará à sociedade do desemprego ou à do tempo livre? Libertará os homens dos trabalhos alienados ou os alienará ainda mais com a inatividade forçada? Levará a uma nova idade do ouro quando será possível trabalhar sempre menos, dispendo, todavia, de uma massa de riquezas sempre maior; ou acabará por condenar alguns ao desemprego e outros à improdutividade? "Todas estas questões merecem uma aprofundada reflexão." O pós-industrial é uma economia harmônica em que a agricultura, a indústria e o setor terciário funcionam conjuntamente a altíssimos níveis tecnológicos, em que o cerne do sistema - admitindo-se que ainda exista cerne - é ocupado pela produção de bens imateriais (informação, símbolos, valores), em que a ciência se incumbem de fornecer à humanidade os meios para um desenvolvimento nunca antes alcançado no decorrer da história, em que a estética se incumbem de fornecer momentos de gozo intelectual, em que as ocupações alienantes podem ser delegadas às máquinas dentro e fora da instalação fabril, em que cabe à política profetar novos sistemas sociais baseados também no tempo livre e no ócio ativo". A intensificação da procura pela cultura, esporte, estética, saúde, lazer, turismo etc. já fazem parte da nossa realidade. "A demanda pelo trabalho aumenta porque cresce o número de seres humanos, aumenta o tempo de vida, ingressam no mercado do trabalho novas forças ativas que antes não participavam (mulheres, aposentados, inválidos etc); além disso a facilidade dos deslocamentos físicos faz com que cheguem aos mercados mais ricos multidões de trabalhadores oriundos de mercados mais pobres. Por outro lado a disponibilidade de trabalho diminui seja porque as novas tecnologias absorvem ofícios antes desempenhados por trabalhadores e por funcionários, seja porque o

relaciones empresariales y laborales - principalmente la función de la subcontratación en estas relaciones - citar las características presentes en la primera revolución industrial más a fondo. En esta época se ha percibido que las empresas se organizaban en forma horizontal pero no había un control eficaz sobre los trabajadores, todo estaba alrededor de las máquinas, todo se concentraba dentro de la empresa; en España, la revolución industrial ha llegado un poco más tarde, en comparación con otros países europeos, y de forma desigual todo el país.

En la segunda revolución industrial⁴⁴, se continuó en el mismo sentido, incluyendo todas las etapas, desde la extracción de la materia prima hasta la venta del producto final, dentro del ciclo productivo. De esta forma se había minimizados los riesgos, pues no dependía de nadie; a diferencia de hoy el riesgo intenta ser resuelto por la flexibilización en todos los niveles, y sobre todo en el área laboral, en la cual, con el nuevo modelo toyotista⁴⁵, se percibe la tercera revolución industrial⁴⁶.

Es pertinente nombrar los conceptos de taylorismo y fordismo⁴⁷, citados por Neves Delgado, caracterizados en esta época: “Elaborado pelo engenheiro norte-americano Frederick Taylor, procurava controlar o tempo e o rendimento da produção, através da "teoria dos

progresso das ciências da organização permite maximizar sempre mais a combinação de fatores produtivos". EFING, Antônio Carlos, *Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 118-120.

⁴⁴Es importante expresar que: “As alterações sofridas pelo Estado ao longo da história estão inseridas no contexto das transformações introduzidas pelas revoluções industriais. A primeira revolução industrial, que emergiu na Inglaterra em meados do século XVIII, ao produzir profundas alterações na forma de produção (introdução de máquinas movidas a vapor) e de organização do trabalho, impulsionou a concentração de capitais e influenciou os preceitos individualistas do Estado Liberal. A inexistência de regulamentação dos direitos sociais foi essencial no processo de acumulação de riquezas. A segunda revolução industrial, ocorrida em fins do século XIX e início do XX, com a substituição da energia a vapor pela energia elétrica e pelo petróleo, introduziu mudanças na organização da atividade empresarial, com a formação de grandes monopólios. A par disso, a produção industrial em série, que buscava ganhos de produtividade, é marcada pelo taylorismo e pelo fordismo: as linhas de produção tornam os operários autômatos, conformados à mera execução mecânica de um trabalho repetitivo”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 33.

⁴⁵SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Terceirização na administração pública – uma prática inconstitucional*, en AA.VV., *Doutrina Trabalhista*, Revista LTr. 70-11, São Paulo, 2004, pág. 1307.

⁴⁶En este sentido: “Esse período marcou a derrocada do Estado Liberal e o florescimento do Estado Social de Direito, no seio do qual desenvolve-se a terceira revolução industrial, marcada pela robotização, pela informática e pela exploração da energia nuclear. Em substituição ao "fordismo", o modo de produção hoje prevaiente é o "toyotismo", ou "japonização" da empresa moderna, método adotado pela Toyota que elimina estoques e os custos conseqüentes, a partir da máxima do just in time. A nova organização do trabalho leva à redução das estruturas empresariais, com demissões em massa de trabalhadores (o chamado desemprego estrutural), flexibilização das leis trabalhistas, contratações temporárias e de meio período e contratação de serviços de empresas (terceirização)”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 34.

⁴⁷No se puede olvidar las características del trabajo en época fordista: “Respondió a un modelo de producción, que como vamos a ver más adelante difiere del actual, cuyo paradigma se asentaba básicamente sobre tres elementos esenciales: 1) el empresario dominaba por entero el ciclo de producción de bienes y servicios, la organización de la empresa era vertical – ejemplo típico el fordismo-; siendo la única excepción la construcción civil o naval; 2) el empresario entraba en relación con otros empresarios en situación igual y 3) estábamos frente a un trabajador típico: adulto, varón, a jornada completa, con una notable estabilidad en el empleo y protección social. CANTARD, Albor Ángel, *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros*, en AA.VV. *Documentación Laboral*, Madrid, 2007, pág. 129.

tempos e movimentos". Para racionalizar a produção, Taylor passou a controlar o fator tempo, instituindo um "tempo padrão", com o objetivo de aquilatar os denominados "tempos mortos" do processo produtivo (período em que o trabalhador se distraía e descansava para voltar a produzir). O controle do tempo somente foi possível mediante a separação e a fragmentação das atividades de planejamento das de execução. Cada trabalhador era fixado em determinado posto de trabalho, sendo treinado para cumprir as tarefas impostas no "tempo padrão" de produção, segundo sistematizado pela direção empresarial. (...) O modelo de produção taylorista/fordista adotou, basicamente, duas estratégias para alcançar maior produtividade: a redução do tempo e o aumento do ritmo de trabalho"⁴⁸. Como también, en forma compacta de tal fenómeno, a Palomeque: "el modelo fordista de relaciones industriales, propio de la gran empresa industrial que realiza una producción en masa y responde a una concepción jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo"⁴⁹.

Tales estrategias eran consideradas viables, como sigue explicando la autora, debido al inicio de la línea de montaje del sistema de producción de serie, con la utilización de esterilla rodante. Cada trabajador se encontraba en una parte de la esterilla rodante para ejercer, mecánica y repetidamente, su oficio, en determinada etapa de la producción. Lo que se percibe es que a pesar del binomio taylorismo/fordismo haber propiciado, por la forma de organización del trabajo, el aumento del número de trabajadores en torno al proceso productivo, desconsideraba la calidad del hombre-trabajador como sujeto de la producción, imposibilitándole de pensar, ser creativo e innovador, conforme concluye la autora.

También es pertinente mencionar que el estado de bienestar social europeo, y allí no solamente se refiere a España, en la época fordista consistía en que el gobierno garantizaba un nivel de vida mínimamente aceptable para todos los ciudadanos, lo que en otras palabras

⁴⁸ NEVES DELGADO, Gabriela, As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo, em AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 30-35. En relación al taylorismo sigue: "(44) Para Frederick W. Taylor (Principios de administração científica, de 1895), o trabalho deveria ser dividido em uma seqüência de movimentos simples e repetitivos, executados em espaços demarcados de tempo. A organização das tarefas, atribuída a gerentes profissionais, com conhecimento superior/foi separada da sua execução. Essa organização científica do trabalho permitiu aos Estados Unidos formarem trabalhadores especializados para a indústria naval e de instrumentos óticos de precisão, a tempo de combater Hitler durante a Segunda Guerra Mundial (Peter Drucker, Op. cit, p. 17)". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 33. Mientras que el fordismo: "O fordismo foi introduzido por Henry Ford, que adotou a esteira móvel e a standardização das peças para facilitar sua produção em série. O fordismo permitiu a ampliação do mercado consumidor, concedendo aumentos reais de salários aos trabalhadores para que pudessem consumir os bens por eles produzidos. O modelo fordista, ademais, caracterizava-se pela generalidade, pelo gigantismo organizacional, pela complexidade dos sistemas hierárquicos internos e pela ambição de auto-suficiência no suprimento da cadeia produtiva (Antônio Rodrigues de Freitas Júnior. Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação, p. 64)". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 33.

⁴⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo e ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923), Tecnos, Madrid, 2002, pág. 37.

significaba prevenir las necesidades económicas partiendo del presupuesto de pleno empleo, servicios sociales de carácter universal y asistencial social. Tal modelo tuvo su éxito en el periodo post guerra y empieza a agotarse a finales de los años 60 y décadas de los 70, debido a la incapacidad de incrementar la productividad, controlar la inflación y la tasa del desempleo que empezaba a crecer.

A pesar de que en España la crisis económica llega de forma tardía en los años 80⁵⁰, ya se percibía, antes mismo de los años 80, características de la crisis pero ocultas por la dictadura, es decir, la crisis⁵¹ del petróleo del 73 también ha afectado España, época de la etapa final de la dictadura franquista, en la cual tenía altas tasas de inflación.

Rivero Lamas analiza la coyuntura de esta época: “A partir de la década de 1980, un conjunto de factores -ya presentes desde mediados de la década anterior - impulsaron una

⁵⁰Es importante mencionar que: “Desde mediados de los años 80 del siglo XX, se han señalado modelos de empresas innovadoras, no relacionadas con un gran tamaño, que tenían más capacidad de atención a mercados más exigentes, como recordaban PIORK y SARKI. (1990), con sus teorías sobre la especialización flexible. En este sentido, las pequeñas empresas podían ser organizaciones más eficientes e innovadoras que las grandes. Un factor determinante en su éxito podía depender del grado de colaboración que estableciera con otras empresas. Dos ejemplos actuaron como modelos: el distrito industrial marshalliano, de la Inglaterra de finales del XIX y los distritos industriales italianos de Emilia Romagna y Toscana. En los primeros la ventaja surgía de la proximidad geográfica que permitía obtener fuerza de trabajo más cualificado e intercambio de información comercial y técnica. En los distritos italianos, predomina la cooperación. Hay un mayor nivel de coordinación cooperativa y una mayor diferenciación en producto que en precio, respecto a lo que hacía el distrito marshalliano. Versiones más modernas de los distritos industriales se observan en Silicon Valley o la Ruta 128 en USA, como redes innovadoras, a partir de núcleos de empresas aisladas y los sistemas modulares que desarrolla el sector del automóvil e importantes marcas de computadores (LANGLOIS y ROBERTSON, 2000)”. AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 74-75. “todo ello podemos decir que aparecía muy claro hasta fines de los 70 o principios de los 80, cuando se produce una divisoria histórica importante, donde los ordenamientos laborales empiezan a evidenciar transformaciones. Esto comenzó con la crisis del petróleo, que al decir de Fernando Valdez Dal-Ré, sea tomada como pretexto o como contexto se utilizó por parte de los gobiernos para empezar a modificar la funcionalidad del derecho del trabajo (tutela y compensación), presentándose las primeras reformas a la baja, como reformas transitorias o reversibles (hasta tanto disminuya la desocupación). Así la doctrina italiana comenzó a hablar del derecho del trabajo en la crisis y, así se pasó del derecho de la crisis al derecho en la crisis, “queriéndose significar con la alteración de la preposición la estabilidad alcanzada por la nueva situación económica y, por lo tanto, la normalidad jurídica de las medidas adoptadas para combatirla”. (se había perdido el paraíso del pleno empleo y empezaba a caer el estado de bienestar)”. CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, págs. 130-131.

⁵¹ Válido es citar los Pactos de la Moncloa, pues fue un hecho que ha juntado el Presidente Adolfo Suárez, con los principales partidos políticos de importante representación en el Congreso de los Diputados, las asociaciones empresariales, el sindicato Comisiones Obreras con la finalidad de equilibrar el proceso de transición democrático después de un régimen dictatorial, en el cual se objetivaba, principalmente, disminuir los altos niveles inflacionarios en España. En los últimos años del franquismo ocurría lo que se mencionaba de fuga de capitales, visto que los empresarios acostumbrados al corporativismo y al intervencionismo en las relaciones económicas y sociales típicos de un régimen dictatorial, pues los empresarios temían a los nuevos articuladores sociales, principalmente a los sindicatos que reivindicaban mejores condiciones para los trabajadores, y muchos los consideraban como revolucionarios. Muchas conquistas fueran conseguidas en estas épocas, a pesar de duras negociaciones, incluso instituciones que estaban contra, como es el ejemplo de los anarcosindicalistas CNT. En el plan político, hubo cambios en las restricciones de la libertad de prensa, siendo prohibida la censura previa y en los casos de pleito, era de competencia del poder judicial tomar las decisiones; fue aprobado los derechos de reunión, de asociación política y la libertad de expresión mediante la propaganda; fue impuesto el delito de tortura, consignando la asistencia letrada a los detenidos; como también se despenalizó el adulterio y el amancebamiento; entre otras medidas. En el plan económico -lo que más interesa a este estudio - fue reconocido el despido libre para un máximo del 5 por 100 de las plantillas de las empresas; reconocido el derecho de asociación sindical, métodos para contener la inflación y salarios basados en ella; y providencias como es el caso de medidas de control financiero a través del Gobierno, y el Banco de España ante el riesgo de quiebras bancarias y la fuga de capitales al exterior, entre otros acuerdos.

profunda reestructuración económica que trascendería, entre otros ámbitos, a las estrategias de organización de las empresas. El objetivo subyacente a estos nuevos cambios fue «hacer frente a la incertidumbre causada por unas rápidas mutaciones en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo que era preciso introducir más flexibilidad en la producción, gestión y comercialización». Los aspectos capitales presentes en la cristalización de estos cambios fueron, de un lado, la redefinición organizativa de la gran empresa como estructura integrada verticalmente, empresa que hasta entonces incluía un ciclo productivo completo; de otro, la conveniencia de establecer vínculos y dar estabilidad a las pequeñas empresas, revitalizando así su precaria independencia. A la postre, era preciso arbitrar nuevas estrategias de organización y gestión porque, ni las grandes ni las pequeñas empresas se consideraban ya, por sí solas, capaces de desenvolverse y progresar en una muy diferente situación económica que condicionaba su sistema de producción y la posibilidad de cumplir en los mercados⁵².

La tendencia observada era, y por mucho tiempo, como se pudo ver, la concentración de todos los servicios, de su inicio hasta el producto final, en una sola empresa, la concepción de fábrica era grande, compleja y concentrada en un solo sitio. Todo provenía de ella y esta era la manera de protección de sus productos y servicios. Con los cambios en la economía global, la solución encontrada por el modo capitalista para la evasión de productos en países que se encontraban saturados, sin posibilidad de echarlos a no ser para otros países, lo que es visto es el movimiento generalizado de la abertura.

Inclusive en esta nueva concepción entraron las empresas. Densamente organizadas en complejos y áreas internas, pasan ahora a la interdependencia como las demás cosas. Interdependencia en el sentido de que necesitara de otras empresas para poder sobrevivir y tener lucros en el nuevo sistema competitivo del consumo. La descentralización productiva es la forma encontrada para volver a equilibrar el sistema de ventas y consumo por las empresas sin quedarse obsoletas o sin oportunidades de competir en el mercado.

Resulta pertinente acordar que la tercerización como también la automatización son consecuencias de los efectos del nuevo modelo creado por el sistema capitalista, y que las consecuencias causadas a los trabajadores son de la disminución del potencial de

⁵² AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 23-24.

reivindicación y de resistencia de los mismos, así que desarticulados indirectamente influyen a la debilitación de las reglas jurídicas laborales pues aceptan condiciones más bajas de las legalmente obligatorias, aceptan cualquier tipo de acuerdo disminuyendo sus derechos desde que sigan en su puesto de trabajo los que intentan conseguir a un trabajo.

La globalización está siendo objeto de muchos estudios en todas las áreas sociales, humanas y científicas, como se puede constatar, más específicamente en la cuestión laboral. Se celebró un Congreso en Brasilia los días 20 y 21 de enero de 2003, organizado por el Director General de la OIT, Juan Somavia, para solicitar sugerencias de los dirigentes sindicales, empresarios, trabajadores, juristas, representantes del gobierno y estudiantes. Fue unánime la concordancia de que la globalización no puede ser detenida. No obstante más comentados fueron los daños que los beneficios que ésta puede traer a una civilización. Varios temas fueron expuestos y discutidos mostrando cómo se reflejan en la realidad brasileña mediante los cambios de estructura capital y trabajo.

Todos los bienes de servicios han mejorado considerablemente con la tecnología, y mejorando consecuentemente la calidad y seguridad de la vida humana. Con la llegada de Internet⁵³ hubo una aceleración de circulación de informaciones y ventas de productos que resultó en más comodidad y practicidad para los consumidores y menos necesidad de trabajadores y por supuesto reducción de los gastos en la empresa en la plantilla de los trabajadores y los cargos tributarios; sin contar que con los avances tecnológicos también se ha cambiado la figura estructural de muchos trabajos, en los cuales la sociedad tendrá que acostumbrarse, siendo fundamental una adecuada profesionalización para que los trabajadores estén cualificados para lo que demanda la sociedad actual, tema mejor discutido posteriormente.

Y una vez más vuelve la cuestión: ¿Cómo debe ocurrir la flexibilización de las normas laborales y de seguridad social para que las dos partes de la relación de trabajo sufran lo menos posible? Cada Estado debe intentar encontrar su forma más adecuada, algunos logran

⁵³ En este sentido es válido citar: "Zara es una empresa Internet. Con un sistema enteramente basado en la comunicación electrónica, y procesado por Internet. Ha reducido a dos semanas el tiempo necesario para rediseñar un producto desde el momento en que se decide ponerlo en el mercado en cualquier parte del mundo". Son palabras de Manuel Castells, recogidas por Ana Pantaleoni en El País. Ciberpaís, 26 de julio de 2001. Por supuesto, Zara "engloba todas las fases de la cadena: diseño, fabricación, distribución y venta al cliente". Pero en esta especie de "publirreportaje" de 3 páginas se destaca la gran cadena de producción de la fábrica de Arteixo. Y sin embargo, no se dice una palabra de la otra parte, la subcontratada. Un mes después, El País. Negocios (26 de agosto de 2001) informa de que una ONG, SETEM, ha comprado acciones de Inditex, la empresa de la marca Zara, para averiguar dónde se produce la ropa, quién la fabrica. Lo hacen dentro de una campaña que llaman "ropa limpia", "para controlar los procesos de producción textiles", y bajo su lupa están Inditex, Mango, Cortefiel, Burberry's y Adolfo Domínguez". CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, pág. 30.

éxito, otros, en cambio, no tanto; puesto que lo que es indiscutible es que la flexibilización es una realidad actual. En el caso del Brasil, aunque no se haya dado todavía una decisión del Congreso Nacional sobre los cambios de las normas laborales, la flexibilización⁵⁴ ya se encuentra presente en la sociedad brasileña, lo más coherente sería buscar adaptarse al nuevo régimen global y no poner resistencia como se ve en muchos países de América Latina.

En octubre de 2001, por ejemplo, dieciséis mil metalúrgicos de la fábrica Volkswagen, en São Bernardo do Campo, en el ABC Paulista⁵⁵, aceptaron una propuesta polémica hecha por la montadora, de manera que se avivaron las discusiones sobre el proyecto del Gobierno Federal. Después de una semana de huelga y para conseguir que tres mil trabajadores de la fábrica fueran readmitidos, reemplazados, la mayoría de los funcionarios estuvieron de acuerdo en reducir temporalmente la jornada de trabajo y los sueldos. Esto es una forma de flexibilización. A cambio de este acuerdo, el sindicato consiguió que la montadora hiciera inversiones en la unidad de São Bernardo dos Campos y garantizara la estabilidad en el empleo por cinco años.

Para Montoya Medina, el término flexibilidad, aunque se encuentra generalmente asociado a la crisis económica y a sus repercusiones en el funcionamiento de las organizaciones productivas, constituye un concepto donde su texto no trae una claridad específica. El autor expone: "Pues bien, ya se trate de la llamada "flexibilidad en los métodos de trabajo", ya de la llamada flexibilidad externa, la idea o propósito empresarial que subyace en su defensa, en orden a la potenciación de la productividad en la organización, es lo que ha determinado la externalización de actividades, descentralización, al cabo, que se constituye en instrumento o herramienta de aquella. Efectivamente, la necesaria adaptación flexible a las fluctuaciones del mercado ha tenido como principal manifestación socioeconómica la

⁵⁴Es importante mencionar que: "Entretanto, o uso mais recorrente é o de flexibilização, cujo significado apresenta algumas noções presentes nos diversos estudos, a exemplo de instabilidade, incerteza, insegurança, imprevisibilidade, adaptabilidade e riscos. Em geral, são apontadas como condições exigidas, impostas ou construídas por uma nova configuração em transição e essa é a diferença em relação ao uso do termo flexibilidade, que se refere a uma etapa ou situação já constituída e estabelecida, seja no âmbito do processo/organização do trabalho, seja no quadro mais geral e sistêmico da economia e da sociedade capitalista". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 29.

⁵⁵En este sentido: "Com a retração do binômio taylorismo/fordismo, desde o início da reestruturação produtiva do capital em escala global, vem ocorrendo uma redução do proletariado industrial, fabril, tradicional, manual, estável e especializado, herdeiro da era da indústria verticalizada de tipo taylorista e fordista. Na principal área do operariado metalúrgico no Brasil, no ABC paulista, região onde se encontram as principais empresas automobilísticas, houve uma redução de aproximadamente 240 mil operários nos anos 1980 para menos de cem mil em 2007. Na cidade de Campinas, outra importante região industrial metalúrgica, no mesmo período o proletariado reduziu-se de cerca de setenta mil para pouco mais de quarenta mil. Este proletariado vem diminuindo com a reestruturação produtiva do capital, dando lugar a formas mais desregulamentadas de trabalho, reduzindo fortemente o conjunto de trabalhadores estáveis que se estruturavam através de empregos formais, herança da fase taylorista/fordista". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 18.

descentralización de actividades productivas y consecuente recurso al empleo externo. Además, el recurso a la externalización de actividades ha sido incardinada dentro de una categoría más amplia que la doctrina ha identificado como una más de las respuestas adoptadas por los Estados ante la crisis: el empleo atípico, también identificado con la expresión "nuevas formas de empleo". En este contexto, pues, del recurso al empleo externo como una de las formulas típicas, sirva la expresión, del trabajo atípico, es como se entiende la instrumentalización de la subcontratación de actividades al servicio de la flexibilidad en la empresa. La descentralización productiva y, especialmente, la subcontratación ha sido utilizada como fórmula de alternativa flexible al empleo directo por las notables ventajas que supone para las organizaciones productivas"⁵⁶.

Las transformaciones en las relaciones de trabajo son grandes, la coyuntura internacional enseña una sociedad posfordista en que se produce más con menos mano de obra, debido a la computación y la robótica se estima que la oferta de prestaciones de servicios de los trabajadores crecerá y los puestos de los trabajos disminuirán, como ya mencionado anteriormente.

Hubo una creación de millones de nuevos bienes de servicios y casi todos con menor coste y mejor calidad. Los valores de los salarios están bajando, surgen nuevas formas de contratación. Como se puede percibir "o mercado de trabalho cria novas facetas. A indústria não mais comporta o excedente produtivo, bem como suas colossais instalações. Enxuga-se de todos os lados. O desmembramento de setores parciais da administração e da produção, através da terceirização, torna-se inevitável para a dinâmica empresarial. Trabalhadores de diversas áreas são demitidos e, posteriormente, recontratados por novas subempresas de prestação de serviços. Cresce o número de desempregados, acompanhado de perto pela informalidade nos vários setores. Empregados, antes vinculados por contrato de trabalho, transformam-se em autônomos, e, apesar de serem formalmente independentes, continuam a executar as mesmas tarefas habituais, sob a supervisão da empresa tomadora. Da mesma forma, aumenta o número de temporários e de locação de mão-de-obra de terceiro"⁵⁷.

⁵⁶ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 37-38.

⁵⁷ MEDEIROS PROVINCIALI, Igor Augusto de; ÁVILA SERRA, Leticia & HOMSSI BORGES, Luciano, Terceirização e mercado de trabalho brasileiro, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 121.

Muchos países industrializados ya discuten métodos de adaptación y de cómo harán la reestructuración de la sociedad en relación a los puestos de trabajo. Se perciben diversas corrientes acerca del tema: unas que están a favor del fomento del régimen de trabajo parcial⁵⁸, mientras que otras defienden la disminución del tiempo de trabajo como forma de aumentar los puestos de trabajo. Otras la implantación en sus sistemas laborales de la disminución de los costos laborales en los despidos objetivos, otras incentivar las negociaciones colectivas en detrimento del uso de reglas laborales, esas serían sólo para reglamentar principios y normas básicas del derecho del trabajo. Mientras otras están a favor de la descentralización productiva o de cambiar la movilidad funcional como prerrequisito del poder de dirección del empleador, la tercerización crece⁵⁹, y en este caso está englobada la subcontratación, como también el uso más frecuente de las cláusulas de descuelgue salarial.

En países de América Latina se ha visto la creciente desigualdad social y para que se mantenga el derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico - este aún busque mantener su característica principal que es la de tutela del trabajador - tiene que no obstruir los avances

⁵⁸En este sentido, véase BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad, Estudios en el marco del debate europeo "modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", Editorial Comares, Granada, 2008.

⁵⁹ En la análisis de Emerson Kapaz, la tercerización es un poderoso instrumento de viabilidad de las relaciones interdependientes, fruto de la descentralización productiva y de la flexibilización exigida pelo modelo de organización estructural capitalista de abertura de comercio. De esta manera explana: "(...) a Terceirização, com maturidade e valorização deste conceito de interdependência, poderá caminhar favorecendo a transformação de mega empresas em centenas de médias e pequenas empresas, nos ajustando a entender melhor a importância da cadeia produtiva, ligando o fornecimento de matérias-primas básicas ao consumidor final. (...) A descentralização e flexibilização das decisões fazem parte de um cenário cada vez freqüente no dia-a-dia de nossas empresas. Precisamos nos adaptar a esse novo ambiente, cuja principal característica é a co-responsabilidade, fazendo com que trabalhadores possam se sentir parceiros e, fornecedores e clientes, elos de uma mesma cadeia de produção. É neste sentido que a Terceirização se transforma num poderoso instrumento de viabilização de relações sociais mais interdependentes e, conseqüentemente, mais responsável e equilibradas". Souto Leiria, Jerônimo; Souto, Carlos Fernando & Dornelles Saratt, Newton. Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, págs. 9-10. Marinho FALCÃO menciona que: "a terceirização, como forma de dinamização dos processos de desenvolvimento industrial e comercial, estacara usarmos um termo bem mais em voga nos dias atuais, para dinamizar a globalização dessas atividades que decorrem diretamente dos avanços e inovações profundas que a tecnologia dos nossos dias vem introduzindo constantemente em todas as atividades de produção. Para disseminar melhor essa globalização, surgiu a terceirização, forma eminentemente moderna de desenvolvimento da atividades industriais e comerciais sem o comprometimento do progresso de uma só empresa. Daí o avanço significativo no mundo dos negócios, com o uso de uma terceira empresa ou uma terceira pessoa que assuma o comando dessa ou daquela atividade produtiva, sem sacrificar aquela da qual se originou. Marinho FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, págs. 13-14. Igual de importante es también citar a Ferreira de Castro: "A terceirização, apesar das diversas críticas sofridas, incorporou-se ao âmbito das relações empresarias e, por conseqüência, às relações de emprego. Trata-se de "uma realidade mundial e face ao processo de globalização no qual o Brasil também se insere, não podemos fechar os olhos frente a essa nova concepção de relação contratual que se apresenta. Especialmente porque o cotidiano das relações sociais já consagrou tal modelo, presente nos mais diversos setores da economia e ganhando espaço cada vez maior". Ferreira de Castro, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 153. Mientras que es interesante también exponer la visión de un administrador de empresas: "Nos países economicamente mais avançados, as empresas que desejam implantar projetos de terceirização buscam os seus parceiros entre aqueles mais competentes e especializados. Estes são capazes, tecnicamente eficazes para assumirem responsabilidades e têm autonomia para gerenciar e supervisionar as suas atividades, no atendimento das necessidades dos tomadores de serviços. (...) Com a divisão das responsabilidades e a autonomia das partes, todo o processo se desenrola mais rapidamente, flexibilizando o comportamento de tal forma que possa atender as necessidades do mercado, da forma mais eficaz possível, na busca de produtos qualificados e eficientes, tendo na qualidade o seu ponto mais alto e importante. (...) Atender ao mercado nas suas ansiedades e interesses é a condição mais importante e adequada, para que a empresa possa ter ambições de conquista desse mercado, ganhando fatias dos concorrentes. A ampliação da faixa no mercado é essencial para aumentar-se a produtividade e a rentabilidade. Ramos Soares de Queiroz, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999. págs. 9-10.

tecnológicos y económicos globales, necesitando la reformulación de reglas que faciliten el proceso de flexibilización, buscando que los conflictos laborales sean solucionados entre las propias partes, sin interferencia del Estado, utilizando la Justicia del Trabajo en casos excepcionales.

El desempleo estructural llega a América Latina, como en España y en varios otros países, afectando los principios básicos consagrados en las legislaciones laborales de estos países, principios como los de la dignidad de la persona humana, el valor social del trabajo, la reducción de las desigualdades sociales, entre otros. Problemas en los que el Derecho del Trabajo, en su función compensadora, tiene que buscar soluciones para las crecientes extinciones de puestos de trabajo, sin perspectiva de reaprovechamiento principalmente de los trabajadores de menor remuneración.

En general las propuestas presentadas al Congreso Nacional, como es el caso de la época del Presidente Fernando Henrique Cardoso - con el Proyecto de Ley 5.483, de 10 de diciembre de 2001, para la reforma del art. 618 CLT, y la Propuesta de Enmienda Constitucional 623/1998, elaborada por el Ministerio del Trabajo y del Empleo - serían de flexibilización de la legislación pertinente a los derechos laborales y asistenciales, permitiendo que las negociaciones se realizaran directamente entre sindicatos y empresas.

Los cambios propuestos por ese gobierno serían, por ejemplo: en la forma de pago del decimotercero sueldo, la no obligación del pago del aviso previo proporcional, la abolición del sueldo-familia pago por la Seguridad Social, dejaría de existir el piso salarial mínimo, el régimen de Seguridad Social sería unificado para todos los trabajadores, incluso para los servidores públicos, éstos serían regidos por una misma tabla, obedeciendo al criterio de límite máximo, entre otros cambios. Igualmente el Proyecto de Ley n. 5.483/2001 que, en 30 de abril de 2003, fue retirado de pauta de votación del Senado Federal, a pedido de la Presidencia de la República.

Parte relevante de la doctrina laboral brasileña no está de acuerdo con la tesis de la flexibilización, entienden que es equivocada la propuesta de cambios del gobierno Fernando Henrique Cardoso, fíjese, Sussekind que afirma: “Para justificar sua política trabalhista, que não procura conciliar os interesses econômicos com as necessidades sociais, o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso invoca equivocadamente duas causas: a) os elevados encargos sociais incidentes sobre os salários; b) a inflexibilidade das normas que regem a

relação de emprego. Se é certo que muitos tributos não deveriam incidir sobre os salários, não é menos certo que estes são tão baixos no Brasil que a média salário-hora acrescido dos encargos sociais é muito inferior à da maioria dos países civilizados”⁶⁰.

Las justificaciones dadas por los que están contra la flexibilización, como ejemplo la autora Pinto Marques⁶¹, defienden la probabilidad de no conseguir buenos resultados de la flexibilización en Brasil debido a la participación media de los trabajos comparado con el producto industrial que es de 17% mientras el desequilibrio en la distribución de riquezas está aumentando, como está demostrado en el último informe del Banco Mundial, Brasil es uno de los países que posee una de las tasas más altas de desnivel de distribución de riquezas en el mundo.

Otros encuentran problemas de compatibilización del principio de la norma más favorable al trabajador mediante la aceptación de la naturaleza mutante de la economía mundial, defiende Amorim Robotella⁶² que una norma puede ser socialmente excelente en su aceptación en un periodo de cambios e intereses económicos, pero todavía puede ser una catástrofe y dañina para una sociedad cuando se refiere a un momento de crisis de empleos.

También hay autores laboristas que son defensores de la flexibilización, como es el caso de A. Cardone, Teixeira da Costa, Álvares da Silva, Federico Durán, Antonio Sargadoy Bengoechea, entre otros. Los puntos principales más defendidos son la flexibilización en la forma del contrato de trabajo, la duración y ejecución de los contratos, el despido, la negociación colectiva en contraposición a la regulación excesiva de la legislación laboral, a todos acreditan que las reformas han de ser de manera cautelosa para que no se vuelva a una época de explotación del trabajador por las empresas.

⁶⁰SUSSEKIND, Arnaldo, Curso de Direito do Trabalho, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pág.57.

⁶¹PINTO MARQUES, Heloisa, Flexibilização do direito do trabalho no Brasil, en AA.VV., MASCARO NASCIMENTO, Amauri, Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho, Saraiva, São Paulo, 2001, pág.133. El mismo raciocinio tiene Sayão Romita en: “dar ao empregador liberdade para renovar o quadro de pessoal, sempre com salários inferiores em cada nova admissão, certamente contribui para incrementar a lucratividade e ensejar novos investimentos. Estes deverão gerar novos empregos. A conservação dos salários em níveis baixos provoca a contração da demanda interna, com reflexos na capacidade de exportação, que tende a crescer em atenção às exigências do serviço da dívida externa”. AA.VV., MASCARO NASCIMENTO, Amauri, Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho, Saraiva, São Paulo, 2001, pág. 132

⁶²AMORIM ROBOTELA, Luis Carlos, A flexibilização do direito do trabalho, crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado, Ltr, São Paulo, pág. 132.

La doctrina neoliberal trata de la flexibilización como nuevo rumbo de las normas jurídicas en general, por su notable característica de sistema del capitalismo, lo cual hace que las economías giren más libremente sin tantos controles por el Estado. No es correcto afirmar que la subcontratación es una consecuencia de la globalización y consecuentemente de la flexibilización de las normas laborales a nivel mundial, pero se acentúa su crecimiento en la sociedad, y en la mayoría de las veces tienen un efecto negativo, pues muchas empresas contratistas son creadas con la finalidad de hacer fraude a la legislación laboral, o en una de una manera más sutil se puede decir que muchas son creadas obedeciendo todos los requisitos pero su única finalidad es de ofrecer mano de obra sin la correspondiente responsabilidad que realmente debería tener la empresa contratante.

Una de las preocupaciones acerca de la repercusión de la flexibilización de las normas laborales es la “desintegración jurídica de la colectividad del trabajo”, término usado por Jeammaud⁶³. El jurista francés piensa que la flexibilización trae la fragmentación de las clases trabajadoras, muchas veces vista dentro de una misma empresa, que es la colectividad de estatutos jurídicos distintos, la separación de clases de trabajadores en autónomos, temporales, por tiempo indeterminado, de contratas y subcontratas, etc., creciendo cada vez más la diferencia entre los trabajadores.

Más específicamente en relación al mercado laboral actual, se percibe una nueva característica en el concepto de trabajo, no más como servicio prestado por una persona, la producción oriunda de un esfuerzo físico o mental de un trabajador, y sí como una mercancía, algo en venta; de alguna forma se puede analizar la subcontratación por este prisma: el contrato firmado por dos empresas con el objetivo de conseguir la venta de una producción como si fuera una mercancía, en caso de insatisfacción, fácilmente cambiada por otras fuerzas de trabajo, o en otras palabras, por otro producto mejor⁶⁴.

⁶³Texto retirado del libro de LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 27.

⁶⁴En mismo sentido es válido transcribir el pensamiento de Petrella: “Os fenômenos de expropriação se multiplicaram e ampliaram por todo lugar. Expropriou-se: a pessoa humana de seus direitos fundamentais: tanto que como “recurso humano”, ela não tem o direito à existência a não ser que em função de sua rentabilidade e disto que se chama agora de “empregabilidade”, conceito que substituiu aquele de “Direito ao Trabalho”; a sociedade de sua razão de ser tanto como o sistema de organização e de valorização dos laços interpessoais e interinstitucionais e das interações e transações correspondentes: ela foi substituída pelo mercado elevado ao nível de sistemas assegurados da forma e da organização otimizada das transações entre os indivíduos; o trabalho de seu papel de criação de valor e de história: “mercadoria” colocada em concorrência no mercado global, seu custo deve baixar sem cessar” LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 27.

La flexibilización trae una nueva forma de organización de trabajo a nivel de estructura interna de una empresa. Aunque una corriente la critica severamente, tienen una postura distinta: se critica la manera en que los gobernantes brasileños conducen el tema. La postura a ser adoptada es ecléctica en relación al asunto, hay dos corrientes, la neoliberal y la más social conservadora.

Se acepta en parte las dos teorías, indudablemente no se puede parar el crecimiento del fenómeno de subcontratación⁶⁵, es un proceso de cambio estructural de la empresa observado en todo el mundo, tampoco se puede evitar la tecnología y los beneficios que trae para la sociedad, fortaleciendo el poder del empresario, una vez que se encuentra en una posición privilegiada delante de una realidad de altísima demanda de mano de obra lo cual da pie a que la empresa se aproveche del trabajador imponiéndole las reglas del juego. También se reconoce que se debe tener una preocupación adicional sobre este tema, principalmente la creación de una legislación, pues sería la mejor manera de protección de los derechos laborales, con el fin de evitar la precarización del trabajo humano.

Sin duda existe la precarización del trabajo por el desequilibrio en la balanza donde por un lado está el capitalismo devastador y el capital de mercado, y por otro lado la fuerza humana laboral. La subcontratación tiende a aumentar cada vez más esa diferencia, y la consecuencia es la agresión a muchos de los principios consagrados del Derecho Laboral, tan difíciles de ser conquistados en épocas atrás. El principio de la protección al trabajo es uno de los más afectados, pues la flexibilización, y específicamente la subcontratación, llevan más poder para el sector de las empresas⁶⁶.

⁶⁵Es válido mencionar que: "É dentro desta lógica e comportamento, no sentido de se desobrigar dos custos e da responsabilidade de gestão do trabalho, que a terceirização passa a ocupar, cada vez mais, um lugar central na organização do trabalho, reunindo o que há de pior em termos de precarização, seja no que é coberto pela nova legislação, seja no recurso às formas ilegais e à informalidade, contribuindo fortemente para aprofundar a flexibilização do mercado de trabalho no Brasil, no qual a informalização (trabalho sem registro, sem contrato, o trabalho autônomo, as cooperativas, o estágio - que se caracterizam como trabalho não assalariado no sentido legal do termo) passa a ser a regra não só demonstrada como tendência ou como horizonte, mas comprovada pelas estatísticas oficiais. Durante as décadas de 1990 e 2000, observa-se o crescimento da informalidade no país, especialmente nos centros urbano-industriais mais desenvolvidos, a exemplo de São Paulo, ao lado de taxas de desemprego inéditas em toda a história. Atualmente (2005), a situação ocupacional na região urbana do país está distribuída da seguinte forma: 54% dos ocupados são assalariados, 2 1% são trabalhadores autônomos e 4,5% empregadores. Compõem o conjunto de trabalhadores assalariados "formais" - assalariados com registro, 37%; trabalhadores domésticos com registro, 2,5%; militares e funcionários públicos, 8%, correspondendo a 4 7% dos ocupados - enquanto os "informais" representam 53% do total dos ocupados - assalariados sem registro, 17,5%; trabalhadores domésticos sem registro, 7%; autônomos, 21%; empregadores, 4,5%; sem remuneração, 3%. As taxas de desemprego das regiões metropolitanas, que mantêm altos patamares desde os anos 1990, completam esse quadro, a mais alta chegando a 24,4% em Salvador. Em São Paulo, a taxa é de 17% e, em Porto Alegre, 14,5%". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 42.

⁶⁶Resaltando las palabras de Carelli, importante para el tema de la conservación de los pilares de la protección de los derechos de los trabajadores: "Aqui devemos deixar clara a nossa posição de que a proteção do trabalhador, mais do que nunca, é necessária. Muitos dos defensores do neoliberalismo afirmam que a proteção estatal ao trabalhador não o deixa evoluir, atravancando da mesma forma a economia nacional, alegando que o trabalhador deve ser tratado como uma pessoa adulta e que sabe dirigir os

Algunas corrientes sostienen que la flexibilización no crea empleos. Europa empezó sus flexibilizaciones en los años 80 y las tasas de desempleo se sostienen hasta hoy, las preocupaciones y los esfuerzos que se ven en España, Francia o Italia merecen un nuevo análisis desde la perspectiva de la flexibilización por el mercado. Otro asunto debatido, y que parece que sigue caminos distintos, es el fomento al empleo.

El origen de los dos temas es el mismo: era de la tecnología y robotización, menos necesidad de hombres y más de máquinas, poder de renta de capital en las manos de pocos y muchos queriendo vender su mano de obra, demanda alta y oferta pequeña, resultado: mayor poder empresarial de dictar las reglas del juego, domina la economía y la política. ¿Lo que resta? Adecuarse a la realidad actual. ¿Se puede decir entonces que la flexibilización causa desempleo? Tampoco⁶⁷ el desempleo es fruto de una mezcla de avances tecnológicos y de una baja acelerada de las tasas de crecimiento económico⁶⁸. La cuestión económica es: ¿para

passos de sua vida por si só. Não concordamos com esta visão, pois esta se esquece de que o Direito do Trabalho somente existe pela diferença, não intelectual ou de conhecimento, porém de forças, diferença que naturalmente existe entre os trabalhadores e as empresas. Hoje, mais do que nunca, a desproporcionalidade de forças está presente. Em tempos de concorrência internacional desenfreada, tanto de produtos quanto de trabalhadores, a livre concorrência e a lei de oferta e procura levariam os trabalhadores a baixar seus níveis de exigência ao mínimo imaginável. Prova disto é o que já ocorre, quando grassa a intermediação de mão-de-obra por cooperativas intermediadoras de trabalhadores, submetendo esses trabalhadores a labuta sem nenhuma proteção de direitos e sem patamar mínimo de remuneração, levando-os a vida semi-escrava. Se a proteção do Direito Estatal do Trabalho inexistir neste momento, estaremos fadados a conviver com uma massa de trabalhadores miseráveis e em condições indignas de sobrevivência. Como afirma TEIXEIRA DA COSTA, Orlando, *O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna*, LTr, São Paulo, 1999, pág. 58: “No princípio era a tutela e a tutela visava o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Com ela se construiu o Direito do Trabalho e se fez dele um ramo da ciência jurídica a serviço do aperfeiçoamento das relações humanas no trabalho. Esse propósito pode e deve ser melhorado, principalmente em nosso país, tão carente, no momento, de leis trabalhistas esmeradas. O que não pode é desviar-se do rumo inicial, traçado por necessidades que persistirão enquanto dificuldades econômicas sérias, ainda que atingindo as empresas, continuem, também, afetando a situação real do trabalhador”. LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, págs. 81-82.

⁶⁷Igualmente absurdo sería decir que los problemas de mala formación profesional o la falta de empleo de Brasil son culpa de la flexibilización, o que son el reflejo de la globalización voraz. En el mismo sentido es válido analizar las exposiciones de Pastore: “(...) Dos 70 milhões de brasileiros que trabalham, apenas 28 milhões têm as proteções mínimas das leis trabalhistas e previdenciária. Isso porque no processo de elaboração das leis, os que já estavam abrigados na cidadela de proteção venceram os que estavam no mundo da exclusão que, aliás, nunca são chamados a participar da cunhagem de leis. Basta observar o que ocorre com as aposentadorias, pensões, seguro desemprego, FGTS e outras. São desigualdades legais, como base constitucional, e que não tem nada a ver com a globalização. O mesmo ocorre na área de educação. Um aluno de família rica, depois de pagar escolas caríssimas, ganha de presente, o privilégio de cursar universidades gratuitas – pagas pelo Estado. A desigualdade entre os que recebem e os que não recebem um bom ensino prejudica a empregabilidade, a carreira e a renda. Novamente, essa perversidade não foi causada pela globalização”. José Pastore, publicadas en el periódico “O Estado de S. Paulo”, titulado “Como humanizar a globalização”, publicado en 28/01/2003.

⁶⁸Igualmente es importante mencionar que: “Entre outras, há uma razão bastante visível para o enxugamento administrativo. À medida que uma empresa terceiriza serviços, tais como higienização, serviços médicos, restaurante, treinamento e tantos outros, está reduzindo também atividades administrativas e profissionais administrativos. A firma prestadora, ao mesmo tempo, absorve as atividades terceirizadas, mas não aumenta necessariamente seu quadro de administração, pois afinal já está estruturada para este ramo de negócio, especializou-se nele, provavelmente adota alto nível de informatização, e não se limita a uma única empresa cliente. O seu custo, grande atrativo para as empresas tomadoras, guarda uma proporção direta com o número de clientes”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, *A terceirização responsável: modernidade e modismo*, LTr, São Paulo, 1997, pág. 48.

dónde se va a expandir? Volviendo al ejemplo Europa, en la década de 60 tenía una tasa de crecimiento de 4,5% al año, en los años 90 bajo para 1,5%⁶⁹.

En relación a la preocupación, y en este caso más estrictamente mencionando la tasa de desempleo y la subcontratación, no se puede afirmar que ésta sea el motivo que ocasiona necesariamente la primera, es válido expresar posicionamientos como los de Pereira da Silva que afirma que el desempleo – y como se puede notar ésta es una de las preocupaciones más latentes y, por lo tanto, repetitivas de la doctrina laboral brasileña – supone uno de los problemas de la subcontratación, a pesar de que el autor la llama tercerización: “Um dos mais nefastos efeitos da terceirização está no encolhimento do nível de emprego. Há quem defenda a tese de que a terceirização em si não é causa de desemprego, pois estes migrariam para outros setores, principalmente para a área de serviços. De fato, esta cresceu significativamente nos últimos anos, mas hoje encontra-se estabilizada e responde por metade do PIB brasileiro. Todavia, devemos considerar outros fatores: — cerca de 1,6 milhão de jovens habilita-se anualmente para o mercado de trabalho; — as empresas que assumem a atividade terceirizada normalmente já tem seu quadro funcional adequado para atender novas demandas; — um dos principais motivos da terceirização (custos) induz estas empresas a oferecer seus serviços a custos reduzidos e, para tanto, promovem internamente medidas de racionalização que sempre acabam no enxugamento de empregos, gerando mais ociosidade de mão-de-obra; — a sofisticação, cada vez maior, dos processos de qualquer empresa passa a exigir média de escolaridade mínima de 8 anos, quando a brasileira é pouco superior a 3 anos. Acreditamos que a migração de empregos possa ocorrer apenas parcialmente, mas a terceirização sempre vai provocar desemprego. Algumas empresas têm a sadia preocupação de, ao terceirizar uma atividade, realocar os empregados afetados para outros setores ou, no contrato de terceirização, fazer a exigência de que a firma tomadora assumo-o com os mesmos salários e benefícios, além de um período de garantia de emprego. Porém, são exceções que ocorrem principalmente em regiões dominadas por sindicatos fortes e quando as empresas tomadoras estão realmente preocupadas em qualidade”⁷⁰.

⁶⁹OIT, El Empleo en el Mundo, Ginebra, 1995.

⁷⁰PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 105. Mientras que hay autores con posicionamientos distintos, que acreditan que la subcontratación no genera desempleo y si nuevos puestos de trabajo, como se puede percibir: “Não há que negar, em um primeiro momento, que a terceirização pode aparentar estar gerando desemprego no setor terceirizado da empresa que busca especialização de funções em face das demissões; no entanto, como assevera Irani Cavagnoli, “a médio prazo ela tenderá a levar à geração de novos negócios — de novos empregos, portanto. A experiência internacional mostra que, quando a terceirização se generaliza, há um crescimento da demanda por mão-de-obra, o que aumenta a massa de salários pagos na economia, o consumo de bens e serviços e, em consequência, a arrecadação de impostos.” Por outro lado, como advoga Jerônimo Leiria, “a terceirização não diminui o número de empregos ou extingue a

La causa es simple, como ya se ha mencionado anteriormente: todos los países pasaron por una fase de proceso de modernización, de industrialización y perfeccionamiento de la calidad de las prestaciones de servicio, productividad más alta, y por supuesto más mercado de trabajo consumidor que todavía no existía, ni existe en abundancia, comparado con las productividades de las empresas. Igual ocurre en Brasil, las primeras tentativas de flexibilización empezaron en las últimas décadas, pero si no vuelve a subir su tasa de crecimiento en 6% o 7%, que es un número bastante alto para la coyuntura global actual, la garantía de empleos estará bastante amenazada.

En relación a la protección al desempleo, en España, según los arts. 203 al 221 LGSS⁷¹, hay prestación por desempleo y subsidios por desempleo, que constituyen una red de protección al trabajador desempleado. En el caso brasileño una política de protección al desempleo es el auxilio al desempleo⁷², donde el trabajador recibe un auxilio como ayuda mientras busca otro empleo. En la realidad no parece ser una medida adecuada pues no capacita al trabajador, y el motivo más frecuente del despido es la falta de capacitación del empleado, es decir, más eficiente sería ponerlo en un curso de capacitación para que se pueda reintegrar a las exigencias del mercado de trabajo, y una vez más se recurre al tema de la formación profesional. Cualquier trabajador que estuviera recibiendo auxilio de desempleo

contribuição sindical. Simplesmente, realoca esses componentes com o favorecimento da aproximação de pessoas que detêm participação no processo, otimizando-o." CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 81.

⁷¹ Mayores informaciones véase los arts. 203 al 221 LGSS. Principalmente los arts. 204 y 206 LGSS respectivamente: "Artículo 204. Niveles de protección. 1. La protección por desempleo se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio. 2. El nivel contributivo tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada. 3. El nivel asistencial, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 215. (...); Artículo 206. Acción protectora. 1. La protección por desempleo comprenderá las prestaciones siguientes: 1. En el nivel contributivo: a. Prestación por desempleo total o parcial. b. Abono de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones por desempleo, salvo en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 214, así como del complemento de la aportación del trabajador en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 214 de esta Ley. 1. En el nivel asistencial: a. Subsidio por desempleo. b. Abono, en su caso, de la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo, en los supuestos que se establecen en el artículo 218. c. Derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, a las prestaciones familiares, en las mismas condiciones que los trabajadores incluidos en algún régimen de Seguridad Social. 2. La acción protectora comprenderá, además, acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación".

⁷² Auxilio desempleo, financiado por el "Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT", está basado en la remuneración y el tiempo que pasó en la empresa, normalmente gana este auxilio de 3 a 5 meses, dependiendo de la estadística oficial puesta por ley, de la misma forma hay una fecha límite entre un auxilio recibido y el otro, como manera de frenar los abusos de los trabajadores, pero todavía hay fraude pues muchos trabajadores esperan rellenar todos los requisitos para recibir el seguro y hacen todo para ser despedidos por la empresa, y la mayoría consigue un trabajo informal mientras recibe el seguro, perdiendo éste su finalidad.

debería estar obligado por el Estado a recibir cursos de capacitación y cobrarle a éste monetariamente su inasistencia, o realizar convenios con empresas que permitieran el trabajo de este sin ningún gasto para la empresa, poniendo al trabajador como en un período de prueba, después del cual la empresa decidiría si contratarlo o no.

Otra medida de flexibilización que debe ser tomada por el gobierno central es un tratamiento diferenciado para las microempresas, no solamente a nivel fiscal, como ya ocurre en la legislación mercantil brasileña con el “SIMPLES”⁷³, sino también en la legislación laboral, como forma de fomento a la creación de nuevas microempresas⁷⁴. A pesar de todo ya existe un tratamiento diferenciado para las microempresas, regulado en la Ley 9.841/99, pero lo que se trata es de un tratamiento de mayor ayuda para ellas. La realidad brasileña de las microempresas es que son muchas – y muchas de ellas son empresas de subcontratación - y generan muchos puestos de trabajo y para no soportar los cargos legales se ve que una

⁷³En 1996, con la Ley 9.317, fue creado o “Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -SIMPLES”. Es un régimen simplificado hecho sólo para personas jurídicas, los optantes pagan diversos tributos (IR, PIS, IPI, contribuciones y, eventualmente, el ICMS y el ISS) mediante un único recogimiento mensual proporcional al su facturación. Ya existe un tratamiento diferenciado para las microempresas, reglamentado en la ley n. 9841/99. “A Constituição Federal, no art. 179, estabelece que o Poder Público dispensará tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, no sentido de simplificar o atendimento às obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, podendo a lei, inclusive, reduzir e eliminar tais obrigações. O objetivo dessa norma é de incentivar tais empresas, criando condições para o seu desenvolvimento. (...) O tratamento diferenciado da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte resume-se à eliminação de exigências burocráticas no campo trabalhista e previdenciário (art.10 a 13) e direito a condições favorecidas no acesso ao crédito bancário (art. 14 a 17). Além disso, o Estatuto prevê que o Poder Executivo deve estabelecer mecanismos de incentivos fiscais e financeiros, de forma simplificada e descentralizada, para proporcionar o desenvolvimento de microempresas e empresas de pequeno porte (art. 19 e s.)”. ULHOA COELHO, Fábio, Manual de Direito Comercial, Saraiva, São Paulo, 2002, pág.34.

⁷⁴En este sentido: “Outra consequência da terceirização é o aumento do número das micro e pequenas empresas em todos os setores da economia, assim, mesmo havendo diminuição de emprego nas grandes empresas, há a abertura de novos empregos nas micro, pequenas e médias empresas. Assim, quando a questão da redução do emprego provocada pela terceirização é colocada frente ao crescimento das micro e pequenas empresas, os seus efeitos parecem reduzidos, já que, de alguma forma, essas empresas, mesmo sem oferecer as mesmas condições, aparecem como solução para o desemprego. Por outro lado, a perda das vantagens oferecidas pela grande empresa, como transporte, assistência médica e outras, é minimizada pelo oferecimento de empregos nas micro e pequenas empresas, além do crescimento do setor de serviços, em face do predomínio da terceirização nos serviços de vigilância, alimentação, transporte, processamento de dados e manutenção. Cita o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC o crescimento do setor de serviços no PIB, sendo a terceirização um dos motivos do crescimento do setor terciário da economia, e, embora esteja se dirigindo para as atividades produtivas, ainda predomina no setor de serviços. Diante desse fenômeno, disse o DIEESE que “na esfera dos serviços ligados à indústria se nota uma trajetória ascendente do emprego. Isto decorre, em boa medida, do ajuste realizado pelas grandes empresas que vêm externalizando inúmeras atividades com o intuito de reduzir custos”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thompson, São Paulo, 2006, pág. 24. También hay el riesgo, apuntado por Pereira da Silva, de que la creación de algunas microempresas no necesariamente absorbe la demanda de trabajadores en el paro, como se puede percibir en sus palabras: “Essas defecções de empregados, para a formação de microempresas, são contabilizadas muitas vezes como desemprego. Na realidade, está o-se formando novos microempresários, com rendimentos até maiores do que os percebidos quando empregados. Há aspectos negativos, como o envolvimento familiar nas atividades da empresa, sem registros e sem amparo previdenciário. Essa constatação leva-nos a algumas reflexões: 1. as empresas que terceirizam preservam, por via indireta, empregos ligados às atividades terceirizadas. Mas, por consequência, enxugam sua organização administrativa, demitindo técnicos, gerentes e outros profissionais antes ligados àquela atividade e que a microempresa não pode absorver; constata-se um grande crescimento no número de micro e pequenas empresas para, pouco tempo depois, observar-se que menos da metade sobreviveu, ou porque acabaram sendo preteridas em favor de outros fornecedores, ou não buscaram alternativas e se limitaram a um único cliente; 2. essas micro e pequenas empresas não se estruturaram administrativamente, não buscaram a especialização e não incorporaram novas tecnologias, perdendo a competitividade”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 52.

cantidad razonable funciona de alguna forma fuera de los parámetros legales, en otras palabras cometen fraudes tributarios y laborales, pues muchos trabajadores se encuentran con irregularidades o hasta de manera informal. El mercado informal debe ser combatido por el gobierno pues son desfalcos a los erarios públicos. Y si de verdad fuera bueno el desarrollo y permiso de las empresas informales el Estado llevaría a la legalidad, normalizando la situación jurídica.

En el caso español, principalmente en la coyuntura de crisis económica actual, se menciona el “Plan E”⁷⁵, un plan gubernamental que apoya a las empresas y, muy especialmente, a las pequeñas y medianas empresas. Una de las medidas, de cuño fiscal, trata de liberar recursos pecuniarios a favor de las empresas como también amplía los instrumentos disponibles de carácter financiero para facilitar el acceso al crédito de las empresas, como por ejemplo, entre otros la “Línea ICO-Liquidez para PYMEs y autónomos. Debido al endurecimiento en el acceso al crédito a las pequeñas y medianas empresas, el Gobierno ha activado diversos programas con el objetivo de mejorar las condiciones para que las empresas puedan llevar a cabo las inversiones productivas necesarias para salir de la actual situación. Entre dichos programas se incluye la nueva línea del ICO, [...]. Línea ICO-Liquidez para medianas empresas -Debido al endurecimiento en el acceso al crédito para las empresas, el Gobierno ha creado la nueva línea ICO-Liquidez para medianas empresas, específica para financiar las necesidades de circulante de empresas solventes y viables, que se enfrenten a una situación transitoria de restricción de crédito. Se trata de una medida complementaria a la línea de liquidez [...]”⁷⁶.

Quizás una de las alternativas serían las políticas sociales - sea en Brasil, España, o en cualquier otro país integrante del sistema económico globalizado - de una manera general que los gobernantes deberían tener más en cuenta, aunque se entra en otro campo complejo de políticas públicas, pero que quizás ésta sería la solución más plausible para a disminución de las desigualdades sociales entre, en este caso por ser objeto de estudio, los trabajadores y empresarios. En relación a las políticas sociales españolas, resulta interesante nombrar algunas de ellas, por ser un ejemplo a ser seguido por los demás países emergentes y en vías de desarrollo: “Reducción fiscal a las pequeñas empresas y trabajadores autónomos que mantengan el empleo: Con el objetivo fundamental de apoyar a las empresas más pequeñas y a los trabajadores autónomos en el mantenimiento del empleo, el Gobierno aprobará la

⁷⁵ Mayores informaciones, véase www.plane.gov.es.

⁷⁶ <http://www.plane.gob.es/eje/empresas/>.

reducción de 5 puntos del tipo del Impuesto de Sociedades durante tres años para aquellas empresas de menos de 25 trabajadores, y con un volumen de ventas inferior a 5 [...]. Línea ICO-Liquidez para PYMEs y autónomos: Debido al endurecimiento en el acceso al crédito a las pequeñas y medianas empresas, el Gobierno ha activado diversos programas con el objetivo de mejorar las condiciones para que las empresas puedan llevar a cabo las inversiones productivas necesarias para salir de la actual situación. Entre dichos programas se incluye la nueva línea del ICO, [...]”⁷⁷.

Otra alternativa que podría, quizás, tomar el legislador brasileño sería introducir en la legislación - después de analizar su aplicación en un contexto de derecho comparado, caso fuera más rentable socialmente que el sistema brasileño del FGTS - un tipo de dispensa

⁷⁷ Entre otras: “Avales del ICO a las deudas de los municipios con empresas y autónomos: Ante la grave situación económica actual, empresas y autónomos se están encontrando con dificultades a la hora de liquidar sus derechos de cobro por obras y servicios realizados para algunas entidades locales. Por ello, el Gobierno crea una línea de avales del ICO, cuyo objetivo es facilitar el descuento por las entidades de crédito de estos [...]. Autorización de endeudamiento a las entidades locales para el pago de facturas pendientes: Se autoriza a ayuntamientos y demás entidades locales a concertar operaciones de endeudamiento a largo plazo para financiar su déficit de tesorería a 31 de diciembre de 2008, incluyendo sus facturas pendientes de pago con empresas y autónomos. En el plazo de un mes desde la concesión del correspondiente préstamo bancario, las entidades locales deberán cancelar [...]. Línea ICO-PYMAR: La práctica habitual de la contratación de un buque contempla la existencia de una serie de pagos durante la construcción que alcanzan aproximadamente el 50% de su valor, devengándose el importe restante a la entrega del mismo. Esto hace necesario que los astilleros negocien con sus bancos créditos de prefinanciación de las cantidades que recibirán [...]. Línea ICO-Liquidez para medianas empresas: Debido al endurecimiento en el acceso al crédito para las empresas, el Gobierno ha creado la nueva línea ICO-Liquidez para medianas empresas, específica para financiar las necesidades de circulante de empresas solventes y viables, que se enfrenten a una situación transitoria de restricción de crédito. Se trata de una medida complementaria a la línea de liquidez [...]. Línea ICO-Sectores manufactureros: Consciente de la difícil situación por la que atraviesan los sectores manufactureros debido a la globalización de los mercados y a la actual coyuntura de restricción crediticia, el Gobierno ha considerado necesario dar continuidad a la Línea ICO-Sectores manufactureros tradicionales durante el periodo 2009-2011, con una dotación de 150 millones de euros. Beneficiarios Empresas de los sectores [...]”. Mayores informaciones, véase: <http://www.plane.gob.es/eje/empresas/>. En este sentido es pertinente mencionar la importancia de existir y hacer cumplir políticas sociales, económicas y laborales: “A superestrutura política se move e se transforma ao ritmo determinado pelo movimento básico da infra-estrutura econômica. Esse movimento se faz em meio ao inevitável entrelaço de paixões e correntes políticas, agitado pelos fenômenos econômicos e sociais. Cada classe, seja capitalista, seja burguesa, seja operária, procura legislar em seu próprio benefício, (...). O Estado moderno enfrenta uma situação de crise, como resultado da crescente desigualdade social, a exigir políticas cada vez mais onerosas e complexas. Há uma clara injustiça nas relações de troca internacionais, agravada por instituições jurídicas e políticas frequentemente anacrônicas, incapazes de dar contribuição efetiva para reverter esse quadro. As políticas sociais modernas vêm-se acossadas por problemas como o crescente desemprego, o custo cada vez mais alto dos sistemas de seguridade social, as cargas tributárias elevadas, o impacto das novas tecnologias, a formação profissional, o incremento do trabalho feminino, a competitividade comercial internacional e a necessidade do desenvolvimento econômico. É visível a crise do “Welfare State”, provocada pela excessiva prodigalidade de prestações em certos regimes de seguro social, e as modificações de caráter demográfico, com o aumento da expectativa de vida, causando desequilíbrio entre população ativa e população inativa. A isto se agrega o aumento contínuo do desemprego, principalmente na Europa e no continente americano. Essa realidade dura está a exigir o implemento de políticas sociais eficazes, para a promoção de uma ordem mais justa, tanto no plano nacional como no internacional. Conforme González Páramo, a política social consiste na busca permanente de inserir nos meios estatais concretos uma idéia de justiça social que conduz à segurança coletiva dentro dos limites da possibilidade econômica”. (...)”É interessante lembrar que, nos seus primórdios, o direito do trabalho foi confundido com a política social. Estudavam-no cientistas sociais e revolucionários, encontrados simultaneamente nos bancos universitários e nas assembleias populares ou parlamentos. Não havia uma diferença clara, até por falta de Suficiente elaboração científica, entre os dois ramos do conhecimento. Os reformadores sociais foram sendo pouco a pouco substituídos pelos cientistas, voltados para as categorias jurídicas puras, os quais construíram esse formidável acervo doutrinário com que conta hoje o direito do trabalho. Política social e direito do trabalho são ciências sociais que se complementam, fornecendo-se reciprocamente instrumentos para o atingimento dos objetivos fundamentais de caráter econômico, político e social do estado moderno”. AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, págs. 61-63. En relación al bienestar social, es válido mencionar que: “O Estado do Bem-Estar Social, também denominado de Estado Social, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito, Estado Assistencial, Estado Social-Democrata, Welfare State ou Estado Pós-liberal, surge da necessidade de superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 25.

ordinaria o despido objetivo diferente de la única que existe en la legislación laboral actual que es el despido disciplinario. Esa dispensa, como en otros países europeos, podría estar basada, según la doctrina española, en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o basada en la francesa que se divide apenas en tres: económica, técnica u organizativa ya que la de producción puede ser el motivo de una de las tres. A pesar de que este tipo de despido en España también es criticado por las empresas que defienden que los costes de un despido es alto; tema mejor discutido en el próximo capítulo, en relación a la subcontratación, al tratar de las ventajas y desventajas del uso de las contrata y subcontratas.

Básicamente lo que se aprovecha del sistema francés es que se presupone que ese tipo de despido serviría para inhibir – un poco más, comparando con la estructura de dimisiones realizada por la legislación brasileña - el despido improcedente y obligar a las empresas a generar posturas como la movilidad funcional, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la movilidad geográfica, etc. Ya que parece una protección exagerada sólo permitir el despido disciplinario y previamente examinado conforme menciona la ley, no es compatible con el perfil de la empresa actual, debido al tiempo que se tarda en una empresa sin poder despedir al empleado por estar en tramitación en la justicia del trabajo la investigación de alguna supuesta falta grave. Y a lo mejor, junto con este nuevo tipo de despido estuviera la implantación de plan social en los casos de modificaciones de contrato por parte de los empresarios, basado en la jurisprudencia francesa. Ésta obliga al empresario a que todas las veces que hace una modificación del contrato, debe, desde el primer momento, tener un plan social justamente para evitar el despido.

Es importante haber mencionado las medidas de flexibilización vistas actualmente en Brasil, en España como en todo el mundo, visto que a pesar de no estar intrínsecamente relacionada con la subcontratación de cierta manera se denota la interferencia de tales en la subcontratación en general como también sucede al revés, pues no se puede tratar de temas de globalización de forma apartada, todos hacen parte de un movimiento complejo de la totalidad de los factores. El aspecto más restrictivo, si es que así se puede decir, del efecto de la flexibilización de las normas laborales a nivel mundial acerca del tema de la subcontratación⁷⁸, es su creciente aumento como una forma de flexibilización, aunque de alguna manera precariza las condiciones de trabajo.

⁷⁸Es importante decir que: "Nesse sentido, o DIEESE menciona: "no que se refere especificamente à mão-de-obra, a terceirização se insere como fator de flexibilização, ao eliminar para a firma contratante o 'problema' dos custos econômicos diretos com o

La participación de los sindicatos⁷⁹ en las subcontrataciones es muy importante, puesto que estos no simpatizan con la subcontratación. Uno de los motivos es la pérdida de puestos de trabajo de plantilla, aunque su mayor preocupación es la disgregación de ellos mismos, inhibiéndolos por supuesto, pues afectan considerablemente a las bases sindicales, reduciendo la dimensión de la categoría y la representatividad. Debido al sistema brasileño de cuotas obligatorias de pago de tasas al sindicato⁸⁰, la subcontratación afecta el presupuesto mensual que proviene de los asociados, una vez que se ve reducido el número de éstos. Este tema se analiza mejor en el próximo capítulo al tratarse de la debilidad sindical en la subcontratación.

En relación a Brasil, uno de los puntos positivos que se espera de la flexibilización - debidamente organizada y realizada por el poder público y que no ocasione detrimento a la población - es que facilite la desobstrucción de los requisitos formales y la burocracia impuesta por las leyes laborales. Estos factores bloquean la oficialización de empleos, es decir, bloquean la entrada de las personas en el mercado formal, siendo una de las metas a ser alcanzadas por el Poder Legislativo brasileño la regularización de la subcontratación en el ordenamiento jurídico laboral.

También es relevante mencionar el debate europeo sobre la “modernización del Derecho del Trabajo” o el Libro Verde⁸¹, que trata de un concepto nuevo de

trabalho, dentre os quais admissão, demissão, treinamento e benefícios sociais””. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thompson, São Paulo, 2006, pág. 21.

⁷⁹ Rivero Lamas expresa las dificultades que los sindicatos encuentran en las nuevas formas de descentralización productiva: “En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, la descentralización productiva hace surgir dificultades para la organización de los sindicatos en la empresa y para la articulación de los intereses profesionales dentro y fuera de los sectores. Las reducidas dimensiones de las empresas que subcontratan las actividades descentralizadas por la empresa principal, no propician la representación y organización de los sindicatos en los centros de trabajo pertenecientes además, con frecuencia, al sector servicios”. AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 33.

⁸⁰ Las tasas a que se hace referencia son las de contribución confederativa, sindical y asistencial.

⁸¹ En este sentido: “1. En noviembre de 2006, la Comisión Europea da a conocer un Libro Verde intitolado «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [Bruselas, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708] cuya genérica finalidad, por formularlo con las propias palabras del documento, es ofrecer un marco de reflexión «sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos». El declarado objetivo se asienta sobre una doble y combinada premisa, que cumple la muy relevante función de delimitar desde un principio y sin ambigüedades o equívocos el entorno ideológico en el que se mueve y desde el que se ha elaborado el Libro Verde”. VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009, pág. 01. Y siguiendo el autor: “El Libro Verde se estructura en torno a cuatro grandes apartados. En el primero, al tiempo de enunciarse su ya mencionada finalidad, la de abrir un debate público sobre los criterios para la modernización del derecho del trabajo con vistas a lograr una mejor contribución de éste a la consecución de los objetivos de la estrategia lisboeta, se da a conocer el plan de acciones que se pretende llevar a cabo una vez concluida esa consulta. Más allá de sus concretas rotulaciones, a menudo equívocas, los apartados segundo y tercero intentan

“flexiguridad/flexiseguridad”, que es una teoría con el objetivo de adaptar tanto a los trabajadores como a los empresarios a las nuevas transformaciones del mercado económico y consecuentemente del mercado laboral. Una de las primeras hipótesis a ser tratada por el Libro Verde⁸² es la falta de regulación debida a los nuevos tipos de contratos de trabajos, diferentemente de los subordinados o por cuenta ajena, encontrados en los días actuales, en otras palabras, lo que se espera es la modernización del Derecho del Trabajo. En este caso, se refiere a la flexibilidad y la seguridad en el empleo. En el capítulo tercero también será tratado, en la parte de prevención de riesgos laborales y subcontratación, sobre el concepto de “subseguridad”, que consiste en actitudes y medidas para una forma segura de subcontratar.

Volviendo al tema de la flexeguridad, autores como es el caso de Valdés Dal-Ré, menciona: “La argumentación que acompaña y, en buena medida, sostiene esa gran opción no se encuentra, sin embargo, al abrigo de algunas serias objeciones críticas. En tal sentido, y por ejemplo, resulta discutible la notable relevancia atribuida a la norma laboral (a la legislación laboral) para lograr un crecimiento económico duradero y generador de empleos, tesis ésta, por otra parte, que entra en contradicción con la función que se asigna a dicha legislación, reducida a la condición de mera ancilla de la economía y, por lo mismo, instalada en el furgón de cola de las reglas (o de las no-reglas) que han de regir los mercados”⁸³.

Es importante dejar claro que la flexibilidad no significa estar a favor de una mayor libertad de las empresas para contratar o despedir a trabajadores, tampoco que los contratos indefinidos serán extinguidos, ni que ya no haya más preocupaciones al bienestar personal y social del trabajador. Otra cuestión que es pertinente es que las medidas de flexeguridad deben ser aplicadas según las necesidades y particularidades de cada país, incluso ser evaluado y ver el progreso de cada uno de ellos. Haciendo una crítica en este sentido es oportuno citar a

ofrecer, respectivamente, una evolución del derecho del trabajo en Europa y un diagnóstico sobre los resultados de esa evolución. Finalmente, el apartado cuarto es el que formula la mayor parte de las preguntas que componen el cuestionario a debate, ordenándose estas en torno a seis grupos temáticos: transiciones profesionales, inseguridad jurídica, relaciones de trabajo triangulares, ordenación del tiempo de trabajo, movilidad de los trabajadores y, en fin, control de la aplicación de la legislación y trabajo no declarado”. VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009, págs. 05-06.

⁸²También es válido mencionar el histórico del Libro Verde: “El objetivo de una flexibilidad combinada con seguridad – y que pronto pasa a denominarse “flexiguridad” – aparece ya en 1997 (en un libro verde titulado Colaboración para una nueva organización del trabajo), y se recoge, a partir de 1998, dentro de las orientaciones o directrices para el empleo. Como es sabido, el título VIII del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) regula la política de empleo comunitaria. En concreto, su art. 125 contempla una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico. Conforme su art. 126, los Estados miembros contribuirán al logro de esos objetivos mediante sus políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad, las cuales se adoptan de conformidad con el art. 99.2 TCE”. RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN M., La flexiguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria de empleo, Actualidad Laboral, La Ley, Madrid, 2009, pág. 2438.

⁸³ VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009, pág.04.

Baz Rodríguez: “Un proceso a partir del cual parece, además, que la necesaria aclimatización de los derechos laborales en punto a la renovación de los equilibrios de intereses – un dato en realidad inherente a la propia existencia de aquéllos – parece que ha de lograrse sobre la base de la pérdida ya total de autonomía de la política propiamente jurídico-laboral, que habría de quedar definitivamente incardinada en una auténtica amalgama político-institucional de carácter complejo, junto a la política de empleo, a los sistemas de seguridad y de protección social o a la formación profesional”⁸⁴.

Segundo Ramírez Martínez, en principio, la flexeguridad significa mayor flexibilidad para las empresas y mayor seguridad para los trabajadores en otras palabras, serían medidas que supongan mayor flexibilidad para las empresas, pero acompañadas de otras medidas que también pasen mayor seguridad para los trabajadores. Para el autor, este sería un caso de flexeguridad débil: flexibilidad para los empresarios y seguridad para los trabajadores; mientras que considera una flexeguridad fuerte cuando hay flexibilidad y seguridad al mismo tiempo para ambas partes.

Aunque sería un poco incompatible, al menos en la práctica, cuidar de que no haya precarización del trabajador con una de las alternativas de la flexeguridad que sería la de incentivo a utilización de trabajos hasta entonces considerados como atípicos pero que a la vez de una cierta seguridad, inclusive económica, para el trabajador. En este sentido: “En aquel momento, la orientación nº3 (Fomentar la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas), amén de otros puntos, planteaba que cada Estado estudiara la conveniencia de introducir en su legislación tipos de contratos más adaptables, dado que el empleo reviste formas cada vez más variadas; en suma, planteaba una flexibilidad mediante la introducción de contratos atípicos, al mismo tiempo, planteaba la necesidad de mayor seguridad o garantías para esos contratos atípicos: Las personas que trabajen con arreglo a contratos de trabajo de este tipo deberían beneficiarse, al mismo tiempo, de una seguridad suficiente y de un mayor reconocimiento profesional compatible con las necesidades de las empresas”⁸⁵.

La intención de la flexeguridad es crear mercados abiertos y competitivos tanto a nivel interno como externo, de esta forma, también se espera traer a inversiones empresariales

⁸⁴ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad, Estudios en el marco del debate europeo “modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Editorial Comares, Granada, 2008, págs. 01-02.

⁸⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN M., La flexiguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria de empleo, Actualidad Laboral, La Ley, Madrid, 2009, pág. 2439.

para el país, forma tal para incrementar las riquezas y la economía interna. Igualmente la flexibilidad trata de incentivar al máximo las pequeñas y medianas empresas crecieran, asegurando que haya una mejor calidad de los sueldos y que estos contribuyan a la estabilidad macroeconómica, estimulando la libertad de empresas y haciendo con que haya un equilibrio entre la cohesión social con la creación de empleos en una economía abierta⁸⁶, competitiva, innovadora y cambiante; para eso, el Libro Verde enumera 24 objetivos a ser conseguidos.

Generalmente se percibe que la cuestión de la seguridad es dejada en la mano de los Estados Miembros, lo que resulta en problemas relacionados con los distintos niveles de gastos y protección social que existen entre los Estados Miembros de la Comunidad Europea. En la teoría todos los objetivos cumplidos serían un gran avance para el bienestar social de un país y quizás de muchos en el planeta, pero ni siempre la teoría es puesta de forma correcta en la práctica, aunque que siempre es lo que se espera.

Relacionado con la triangularidad laboral, el Libro Verde se preocupa especialmente con las ETT y con las empresas de contratas y de las subcontratas, principalmente con las responsabilidades que los titulares de las organizaciones de las empresas deben tener para con las prestaciones laborales acordadas. En lo que se refiere a la subcontratación, la preocupación más latente es la de las eternas cadenas de subcontratación, lo que significa decir que muchos países se ven con la obligación de mantener la responsabilidad solidaria como forma de frenar el abuso y la precariedad que la subcontratación puede causar a sus trabajadores.

A pesar de tal argumentación - basada principalmente que este tipo de responsabilidad estimula a la empresa principal vigilar mejor el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del trabajador subcontratado - el Libro Verde cree que tal responsabilidad podría afectar al mercado económico mundial, por restringir la subcontratación por parte de empresas extranjeras; aunque las decisiones jurisprudenciales y

⁸⁶Ramos Díaz expone: "No hay ninguna referencia a la potencialidad de la política social como instrumento de creación de empleo y protección social. En definitiva se busca priorizar la integración de un mercado abierto sobre la cohesión social. Pero esta visión que vincula crecimiento del empleo con cohesión ha sido criticada por su debilidad empírica. El aumento del empleo no se traduce automáticamente en una disminución del desempleo. La creación de empleo anima a mucha población inactiva a incorporarse al mercado de trabajo, pero eso no supone reducción del desempleo (De Beer, 2007). Además el crecimiento del empleo, en muchos casos, tiene un efecto muy limitado sobre la reducción de la pobreza porque el empleo creado está en manos de personas que están cualificadas y/o que viven en familias que no son pobres en la mayoría de los casos (Ive Marx, 2005). Por lo tanto, quienes más se benefician de la creación del empleo normalmente son las personas que menos lo necesitan o, si preferís, quienes más se benefician del empleo son las personas que menos riesgo de pobreza tienen". RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 82.

las instituciones europeas tienden a la responsabilidad solidaria como forma de resguardar los derechos de los trabajadores⁸⁷.

Otra cuestión ya mencionada, a la que será dedicado un par de observaciones, es la relacionada con la aparición de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), fenómeno que está cambiando la forma de producir y de consumir “todo aquello susceptible de ser pensado, producido, distribuido y vendido en soporte digital, puede ser exportado o importado a tiempo real y a escala planetaria”⁸⁸. Como se ha mencionado, desde las grandes estructuras empresariales a las empresas red, siendo así más adaptable a la nueva economía mundial, resulta más fácil reorganizar la fuerza laboral y deslocalizar la producción de un sitio u otro. La primera asociación a ser hecha a la TIC, en relación a trabajos, es que las empresas red forman o necesitan de trabajadores de alta formación, aunque se percibe que aparejada a ella también están la creación de empleos en sectores como limpieza, vigilancia, entre otros, que generalmente son labores ofrecidas a través de subcontratación; en otras palabras, no se puede asociar la TIC solamente con puestos de trabajos de alta calidad.

Inclusive, el aumento de empleos generados por las nuevas tecnologías no siempre significa una disminución del nivel de desempleo, pues lo que se percibe es que son puestos de trabajos de gran calificación en los cuales pocas personas tienen realmente acceso a un nivel de preparación tan alto, mientras que la población en general que está en el paro no tiene tanta cualificación para tales servicios, y estos tipos de trabajadores son los perjudicados en esta nueva Economía del Conocimiento. Una de las características de ella es la movilidad, es

⁸⁷En este sentido: “Tal es, por ejemplo, la posición mantenida por el Parlamento Europeo [Resolución sobre el Libro Verde «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», P6TA-PROV (2007) 0339 de 11 de julio de 2007], tesis ésta que se fundamenta en la necesidad de hacer frente a los abusos de la subcontratación y externalización así como en la exigencia de asegurar condiciones equitativas de competencia para las empresas. Y también es la tesis defendida por la CES que ha venido manifestado, ya desde hace tiempo, su favorable posición a la adopción de medidas legislativas de responsabilidad solidaria entre las organizaciones de empresa que intervienen en las dos modalidades de relaciones de trabajo triangulares no sólo en el ámbito de los Estados miembros sino, adicionalmente, en el de la propia UE. En todo caso, la CES insta a la Comisión a que, de un lado, incentive a los Estados miembros que todavía no han introducido en sus sistemas jurídicos este tipo de medidas a que lo hagan de manera inmediata y, de otro, adopte un instrumento comunitario para regular la responsabilidad en cadena de dichas organizaciones. No es ésta, sin embargo y como no ha de sorprender, la tesis mantenida por BusinessEurope (antigua UNICE), para la que resulta dudosa la eficacia de una propuesta semejante, entendiéndose que son las empresas usuarias y los subcontratistas las que han de asumir sus responsabilidades en materia laboral y de seguridad social”. VALDÉS DAL RÍ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009, pág. 10.

⁸⁸Y sigue explicando el autor: “(...) Además gracias a las TIC no sólo los empleos manuales se deslocalizan. Los sectores de cualificación media y alta – más protegidos en sus economías de la competencia internacional -, también están expuestos a esta competencia exterior. En la medida en que podemos también deslocalizar a través de Internet sectores como el diseño, la contabilidad, etc., estos sectores se internacionalizan (Baldwin, 2006)”. RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 78.

deslocalizarse incluso a otros países⁸⁹, por lo que trabajos de menor calificación no son valorados para tal movilidad; tema que será mejor discutido posteriormente al tratarse de la formación profesional.

Algunos autores como es el caso de Ramos Díaz, comentan que los resultados conseguidos hasta los días de hoy no sean tan positivos como los esperados, no se ha visto disminuir la pobreza mundial como tal, y sí, lo que se ha percibido en las investigaciones, que las desigualdades sociales están aumentando dentro de los países y entre los países también; la economía informal es otro factor que se ha visto aumentar, y de esta forma, afecta el mundo laboral. Aunque todavía es temprano para dar una posición definitiva de las repercusiones que la flexseguridad traerá a la sociedad mundial, incluso dependerá de la organización estatal de cada país y la estructuración interna— y en este caso se refiere en concreto Brasil y España - para conseguir este reto de flexibilidad y seguridad para todo el conjunto social, y de esta forma garantizar un nuevo estado de bienestar social real. Más específicamente sobre la relación de la subcontratación con la globalización actual es válido citar sus características, concepciones, influencias entre ambos y particularidades, en el cual será visto en el punto a seguir.

⁸⁹En este sentido: "Veamos algunas dimensiones de este reto. Las deslocalizaciones europeas ya representan casi el 8% del empleo que perdimos en el año 2006. En principio las deslocalizaciones europeas siguen siendo en sectores de baja cualificación, (el 51%) pero empieza a haber ya deslocalizaciones en sectores de cualificación media y alta, como banca y seguros (24,8%); Informática (7,7%); TV y telecomunicaciones (6,3%); servicios empresariales (Business services 2,4%) (ERM report, 2007). Según un informe de Welsum & Vickery (2005), el 20% del empleo en servicios es susceptible de deslocalización en Europa ahora mismo. O sea, en el plazo de unos años es posible que el 20% del empleo vinculado a los servicios desaparezca en Europa. Es cierto que una parte sustancial de las deslocalizaciones europeas se van a los nuevos Estados Miembros (Polonia, Rumania, Hungría, etc.), pero, y ésta es también la novedad, China e India ya reciben el 36% de las deslocalizaciones europeas y el resto del mundo el 12,5%. Los nuevos Estados Miembros empiezan también a deslocalizar su producción a las antiguas repúblicas soviéticas". RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 80.

2. Contratación y subcontratación: conceptos y aspectos generales

“No hay una verdad sino miles, simultáneas, contradictorias, complejas, simples e inútiles. La única cualidad que las hermana es la belleza. Pensar no es una ciencia sino un arte. Lo que se dice nunca se comprende en su totalidad; solo se intuye”

Alejandro Jodorowsky

2.1 Nomenclatura de tercerización y denominación de triangulación

“Gota a gota se crean los lagos.”

Refrán chino

Con los cambios debidos a los avances tecnológicos traídos por la globalización, como se ha visto en el apartado anterior, se puede observar que muchas de las funciones hechas por las personas son realizadas por las máquinas, necesitando por lo tanto de mayor especialización para su utilización, y que también se ha reestructurado la forma de organización de la empresa. Uno de los fenómenos que creció en las relaciones laborales, no sólo en Brasil y España sino en todo el mundo, fue el uso de la subcontratación⁹⁰ -o la prestación de servicios a tercero, como se conoce en Brasil, aunque tal denominación muchas veces es confundida con las demás especies del género tercerización. Las empresas de trabajo temporal, por ejemplo, no dejan de prestar un servicio a tercero, pero no pueden ser confundidas con contratadas y subcontratadas, según la terminología utilizada en España. Éste es uno de los temas principales que será analizado en este punto. Debe tenerse cautela con las variadas denominaciones utilizadas por la doctrina brasileña.

Con tales cambios en la economía mundial surgieron nuevas tendencias y estructuras en la organización del trabajo y del mercado de consumo, lo que implica claramente la

⁹⁰El concepto de subcontratación según la Academia Real Española es: 1. f. Contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera. [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta? TIPO_BUS=3&LEMA=subcontratación](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=subcontratación) (entendiéndose que el término servicios se refiere también a las obras, en lo que se refiere a las contratadas y subcontratadas en el derecho laboral español). Tampoco se puede dejar de mencionar que la nomenclatura subcontratación en España, conforme dispuesto en el art. 42 ET, engloba las figuras de contratadas y subcontratadas.

necesidad de nuevas reglas de trabajo. Cada vez más se nota la descentralización productiva de las empresas en busca de la “lean production”⁹¹, es decir: disminución interna de personal, un menor coste final en los productos y la adecuación a las nuevas exigencias del mercado mundial, con el objetivo de maximizar el lucro de la empresa, características dichas de forma incansable anteriormente.

De esta manera se puede decir que, mediante los cambios hechos en la economía global, las empresas empiezan a adecuarse a las necesidades exigidas por el mercado a través de escisiones, fusiones, separaciones, fragmentaciones, etc.⁹²; todos estos procesos de ajuste fueron hechos a lo largo de los años.

La tercerización o focalización, o exteriorización de empleo, u horizontalización⁹³ de las actividades económicas, o desverticalización, entre otras denominaciones dadas por diversos autores, es una estrategia en la forma de organización interna de la empresa. La tercerización no puede ser entendida como una característica nueva de los tipos de relaciones de trabajo, y tampoco puede ser considerada como un fenómeno específico del Derecho del Trabajo, siendo también objeto de estudio de otras áreas como: economía, sociología y administración de empresas; aunque este estudio se detendrá solamente en lo que respecta a la repercusión causada en las normas jurídicas que conforman el Derecho del Trabajo.

⁹¹En este sentido: “O lean production ou “produção enxuta” nada mais é do que a busca da competitividade por meio da redução de custos e tempo de produção, além da eliminação de ativos onerosos, o que ocorre com a transferência de atividades de pouca correlação com o produto final para terceiros, mantendo em suas mãos apenas o core business, o seu negócio principal, o seu produto final. A preocupação com qualidade, custos e competitividade de componentes e subconjuntos passa às mãos de terceiros que os tomam como seu negócio principal”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, 20. Igual de importante es expresar: “Em estudo recente, Pochmann apresenta e evolução e o perfil dos trabalhadores terceirizados formais, isto é, aqueles que têm contrato e carteira de trabalho assinada. Apesar de não abarcarem o conjunto dos terceirizados, já que a informalidade está fora dessas estatísticas, a evolução e principais características deste segmento são fortes indicações do que ocorre no país, mesmo porque o processo de precarização trazido pela terceirização não se situa apenas no âmbito da informalidade, mas se difunde para as atividades formais. O estudo revela que o ritmo de crescimento da terceirização formal foi quatro vezes maior que o crescimento da ocupação total, constituindo-se no segmento que mais se expandiu no período de 1995 a 2005, representando 33,8% dos postos de trabalho gerados. No ano de 2005, foram 4,1 milhões de empregos terceirizados, constituindo-se em 16% do total do emprego formal do setor privado”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 50.

⁹²Es importante mencionar que: “La descentralización productiva debe ser contemplada también como una estrategia de flexibilidad para ajustar el volumen de empleo necesario según las variaciones de la producción, reducir los costes salariales y hacer frente a unos niveles de incertidumbre muy superiores a los de tiempos pasados. Desde esta perspectiva, la filialización de empresas, la subcontratación en el seno del grupo, y la colaboración de pequeñas empresas con las grandes para subdividir el ciclo productivo, como también la aparición de los distritos industriales y de los conglomerados regionales, sitúan en primer plano el problema de la flexibilidad laboral, referido en este caso a la actuación de la misma mediante la incorporación de innovaciones tecnológicas, la división del proceso productivo y el reparto de riesgos”. AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 27-28.

⁹³ Es válido decir que: “Algunos autores, especialmente de Administração de empresas, usam um termo horizontalização da atividade econômica, em que as empresas transferem para outras parte das funções que exerciam diretamente. A horizontalização ou desverticalização sugere que a estrutura da organização empresarial seja horizontal, e o intuito é desverticalizá-la.” PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização e o direito do trabalho, Atlas S.A., São Paulo, 2001, pág. 20.

Más específicamente en relación a la descentralización productiva en los últimos años en Brasil, como ejemplo de varios países industrializados y en vías de desarrollo, y en este caso se puede citar a España, fue la principal estrategia usada por las empresas para flexibilizar su estructura organizativa interna; las características más notables son la fragmentación del ciclo productivo y la externalización⁹⁴ de algunas tareas, que hasta entonces eran realizadas dentro de la empresa.

La denominación de tercerización, en el ámbito de las relaciones laborales, es entendida por los autores brasileños como la llegada de un tercero en la contratación laboral que produce una triangulación⁹⁵ entre el empleado, el empleador y la empresa cedente, esta última como intermediaria entre los dos primeros. La relación entre ambas empresas normalmente es de carácter civil o mercantil aunque si una de las partes es la Administración Pública la contratación es realizada a través de un contrato administrativo; mientras que la empresa que tiene la función de ofrecer la mano de obra tendrá con sus trabajadores un contrato de trabajo. Por lo que es válido decir que este tipo de contratación, sea a través de prestaciones de servicios u obras a terceros o de empresa de trabajo temporal, está en aumento dentro de lo cotidiano de las empresas.

No se puede negar que hay más demanda que ofertas de trabajo, el empresario se encuentra en una posición más privilegiada en relación a contratar y establecer las condiciones de trabajo, pero todavía hay algo que le impide contratar como desea: son las reglas de derecho laboral y los principios en que se basan las mismas. Aunque existan las barreras impuestas por el régimen jurídico laboral, se ha notado que el empleador prefiere no tener obligaciones con los trabajadores, contratando por tanto, empresas contratistas para hacer el servicio y consecuentemente dejando de ser responsable por el trabajador.

⁹⁴La exteriorización de la actividad, segundo Ramos Soares, también es llamada de desverticalización, mientras que la interiorización del proveedor de servicios es conocida como prestación de servicios, en el cual aplicar en una empresa la desverticalización significa involucrarse y participar menos por parte de la empresa contratante, lo que con otras palabras quiere decir que hay menos riesgos legales, y que normalmente es ejecutada fuera de las instalaciones de la contratante. El autor hace la diferencia entre ambas, y que la internalización tiene más restricciones en la JT, pues la contratante se queda más vulnerable una vez que las tareas son ejecutadas dentro de su propia instalación. Mayores informaciones véase RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999, pág. 63.

⁹⁵Marinho Falcão menciona que la triangulación – y en este caso trata de la tercerización en general - es un método que viene adoptando las empresas hace algún tiempo debido a los resultados ocasionados por ella que se ven reflejados en los presupuestos de la empresa, en el cual se percibe cada vez más su uso aunque para el autor eso no significa un progreso en las relaciones de trabajo, que podrá incluso, a la larga, ser perjudicial al trabajador. Mayores informaciones véase MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996.

El sector de servicios crece y toma un lugar de mayor contingencia que el sector secundario; el sistema legislativo laboral adecuado para la industria ya no es efectivamente aplicable, visto que el ciclo del sector de servicios es de más fácil fragmentación, por ello, la subcontratación es un problema que acelera la fragmentación. En Brasil, reafirmando una vez más, hay una regulación débil sobre las contrataciones y subcontratas, lo que hace que se dirija hacia el trabajo ilegal, necesitando por tal motivo, una modificación de carácter urgente; igualmente se puede mencionar que los autores españoles, en general, no están satisfechos con su legislación actual en materia de subcontratación.

Pero los efectos de la descentralización productiva, volviendo una vez más al tema, no son para eso, obviamente habrá una segmentación más grande del mercado de trabajo, una separación radical de empresas centrales y periféricas, una proliferación de estatutos laborales dentro de las empresas, más volumen de trabajo aprovechado de manera indirecta a través de contrataciones con empresas contratistas, así como también menos volumen de trabajo gestionado directamente por la empresa principal, es decir, la utilización de recursos humanos ajenos.

En otras palabras, el movimiento actual es el desplazamiento de partes de la empresa, para otras empresas, a través de acuerdos de operación y contratos entre ambas, es decir, la empresa -que antes concentraba desde su inicio la elaboración de las piezas hasta la finalización del producto- ya no monopoliza todos los procesos productivos. Uno de los ejemplos clásicos es la marca deportiva Nike, como también la IBM, como ya se ha mencionado anteriormente, que fue la primera en fabricar computadores, sin embargo, hoy es más ventajoso para ella tratar con servidores y externalizar la función de crear ordenadores⁹⁶. U otros ejemplos como son las marcas Ericsson y Alcatel, que subcontrataron toda la producción de teléfonos móviles a la empresa Flextronics, quedando las primeras apenas con la tarea de poner la marca registrada⁹⁷.

⁹⁶Entendiéndose la palabra tercerización como subcontratación en este caso, es válido expresar: “O processo de Terceirização é consequência da reestruturação empreendida pelo universo empresarial, que, neste final do século, procura implantar a administração estratégica flexível. As empresas cada vez mais buscam o seu foco principal e a especialização nas atividades estratégicas. Portanto, a Terceirização decorre da própria evolução do sistema empresarial, que procura deslocar para parcerias e para terceiros as atividades que não representem a essência da missão da empresa. A Terceirização veio para ficar. Com as novas empresas que a Terceirização cria, aumentam os contingentes de empregados”. GIOSA, Lívio Antônio, Terceirização: uma abordagem estratégica, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 106.

⁹⁷ En este sentido: “Flextronics es una empresa “multinacional” que también tiene, o tenía..., una pequeña sede en España. Se puede decir, como lo hace la crónica periodística, que es “el primer fabricante universal de móviles. Sus parques industriales, es decir, donde se hace la producción están allende los mares: en Brasil, México, China; y más cerca, en la Unión Europea, en Hungría y Polonia. Su éxito reside en que fabrican totalmente los móviles que grandes empresas del mundo entero les traspasan, después de cerrar sus propios centros productivos. Su éxito es la producción de series gigantescas: fabrican los móviles de Ericsson, Philips, Alcatel, Lucent, Nokia, HP, Motorola, Palm, Siemens... Eso sí, conservan la marca de cada una de ellas. Como dicen los

Con la tecnología cada vez más avanzada y la robotización electrónica hay menos necesidad de trabajo humano, la exigencia del mercado laboral resultó en la especialización. Ya no sirve tanto para una empresa aquel empleado generalizado - el que sabe hacer lo básico de diversas actividades -, las máquinas ya pueden ocuparse de eso, por ello, el modelo tradicional de serie caducó y la necesidad actual de la empresa es la contratación de profesionales especializados por la naturaleza del trabajo.

En este sentido, Cantard menciona que la descentralización productiva puede definirse como la forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios, conforme al recurso de la contratación de proveedores para tal, es decir, la externalización de una o varias partes del ciclo productivo. El autor describe dos rasgos que constituyen su nota de identidad: “1) Fragmentación o segmentación del ciclo productivo, 2) se fragmenta para externalizarlo, sacarlo fuera de la empresa, exteriorizando ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo. Produciendo dos consecuencias macro esenciales; 1. Llevar al mundo de la empresa lo que venía funcionando en el mundo del trabajo (la división del trabajo) y 2. Las relaciones entre empresas suscitan vínculos de distinta naturaleza; de cooperación, de coordinación o incluso de dependencia. Según Raciati esta división de la producción puede obedecer a razones técnicas o a razones económicas; y a menudo esta tercerización del trabajo ocasiona tres diversos supuestos: 1. El trabajador deja de pertenecer al núcleo duro de la empresa; 2. Los trabajadores no mantienen una relación directa con la empresa, pasando a ser trabajadores de otra empresa, son los casos de subcontratación y 3. Los trabajadores no son considerados trabajadores (se externaliza el vínculo laboral), o porque no eran dependientes (sino autónomos) o porque se les niega la condición de trabajadores dependientes, por medio de un contrato civil o comercial”⁹⁸.

Las empresas brasileñas, como todas las demás, inclusive las españolas, buscan reestructurar su sistema de recursos humanos y cómo reencontrar la mejor organización

responsables, “conservar la marca, desprenderse de la máquina”. Y de los trabajadores, claro. Para julio de 2001, observa Ramón Muñoz, más de 30.000 trabajadores en total. Ni más ni menos. Y la razón fundamental es más que evidente: los salarios bajos y drásticamente más bajos que los de los países que hasta ahora fabricaban el producto, ya sea en Suecia, ya sea en España o en cualquier otro país con ciertas normas de trabajo decente. (...) En septiembre de 2002, Ericsson España anunció que llevará a cabo un nuevo ajuste de personal que afectará a 700 empleados, lo que representa casi un tercio de la plantilla total, que suma 2.400 personas. Lo que afecta a la planta de producción de móviles de Zamudio (Vizcaya), 106 empleos últimos se negocian en junio de 2003, a los centros de I+D y de atención de GSM, ambos en Madrid, y a todo el departamento comercial”. CASTILLO, Juan José, *Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo* N. 54, Madrid, 2005, pág. 28.

⁹⁸ CANTARD, Albor Ángel, *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros*, en AA.VV. *Documentación Laboral*, Madrid, 2007, pág. 131.

interna, esa es la lógica y la estrategia aplicada a la industrialización; que es conocida como descentralización interna de las empresas⁹⁹ - aceptable desde y siempre que no haya precarización del trabajador -, sobre el cual es importante citar a Rodríguez Escanciano: “Ahora bien, la descentralización productiva no sólo produce “un efecto centrífugo”, que lleva al adelgazamiento de la empresa mediante la subcontratación y la aparición de otras empresas y de trabajo autónomo o a distancia; también genera un efecto “centrípeto”, que puede traducirse (aunque no siempre sea así) en la aparición de ciertas empresas articuladas a partir de una sociedad matriz que se coordina con unidades productivas separadas. La constitución de grandes grupos empresariales se utiliza en muchos casos como un mecanismo que permite organizar una estructura descentralizada, de tal modo que el ciclo productivo pueda fragmentarse, asignado a cada una de las sociedades del grupo con personalidad jurídica propia o independiente una parte de la actividad global”¹⁰⁰.

También ha sido frecuente en los últimos años el uso de la descentralización externa¹⁰¹, mediante el cual parte del proceso productivo es hecha por empresas contratadas. El objetivo, como ya se ha comentado, es la disminución de los gastos de la empresa, en los

⁹⁹En este sentido: “Setores de apoio e mesmo essenciais das indústrias estão sofrendo os percalços da «terceirização». Segundo ROMITA, o «direito do trabalho» não pode favorecer apenas o trabalhador, principalmente numa fase de recessão como a que estamos atravessando (Europa e América). É preciso – diz ele - reduzir os custos de produção para fazer frente à crise. As novas tecnologias implantadas, a informática, a robotização estão provocando o encaminhamento para a era pós-industrial. O Brasil ainda vive as conseqüências do corporativismo do Estado Novo, implantado em 10 de novembro de 1937 por Getulio Vargas. A Constituição atual acena para a negociação coletiva, mas conserva o aparato ditatorial. Temos que evitar o agravamento do subemprego, da miséria, a favelização, a fome e a violência. A «terceirização» é inelutável e a Súmula 256 do Colendo TST não tem mais razão de ser”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, *Terceirização do Trabalho*, Juruá, Curitiba, 1995, pág. 33.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas*, Revista de derecho social, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2001, pág. 112. En este sentido: “Aunque el fenómeno de la descentralización productiva puede articularse a través de múltiples mecanismos, lo cierto es que las contratas y subcontratas son la manifestación más ilustrativa en la práctica de cómo las empresas proceden a desplazar parte de sus funciones y actividades a otras empresas”. GONZÁLES MOLINA, María Dolores, *La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Temas Laborales, Sevilla, 2000, pág. 95.

¹⁰¹Al respecto, el autor Baz Rodríguez explica: “Con la irrupción de un nuevo paradigma tecnológico, cabe hablar, en definitiva, de una forma diferente de organización del sistema industrial, que se plasma en el surgimiento de nuevos tipos de relaciones ínter empresariales (de complementariedad, de coordinación, de enlace y de cooperación). Las cuales van más allá de la propia complementariedad productiva: éstas hacen referencia no ya sólo a un determinado grado de intensidad en las transacciones de mercado, sino también al establecimiento de una confianza recíproca. El resultado es la superación de la tradicional respuesta bipolar (organización/mercado) para articular las estrategias competitivas: surge entre empresas y mercado, una amplia red de modalidades híbridas – acuerdos de colaboración que implican ajustes “ex ante” de la producción y de la inversión; proyectos industriales en que los participantes aportan infraestructura técnica o manufacturera, know how, o recursos financieros; instrumentos de marketing para compartir o racionalizar el uso de redes de venta o los canales de distribución; joint – ventures para el desarrollo de específicas iniciativas productivas conjuntas, etc. – Estas formas de desarrollo empresarial por externalización, en las cuales las empresas compiten y colaboran al mismo tiempo, son en definitiva las que hacen del desarrollo de las fuerzas productivas un proceso de impulso y ejecución plural. La transformación del aparato productivo da lugar, así pues, a un fenómeno de carácter centrífugo a través del cual tiene lugar la expulsión de partes o segmentos del proceso productivo hacia el exterior de las empresas (“descentralización externa”). Pero además las empresas experimentan tendencias hacia una reorganización interna, concediendo mayores grados de autonomía operativa y decisional a sus divisiones, reaccionando contra las rigideces de las fórmulas organizativas monocéntricas y monolíticas (“descentralización interna”). Como consecuencia de todo ello, el nuevo panorama del sistema industrial ofrece una realidad productiva de composición mucho más plural, con unidades productivas de menores dimensiones”. BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, *Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo*, Comares, Granada, 2002, págs. 07-08.

que también se incluyen los costes laborales, a través de la reducción de la plantilla de la empresa, que en el Brasil, como en España, significa menos costes financieros para la empresa, debido a las altas cargas tributaria y laboral impuestas por la legislación nacional. También, como ya se había mencionado, en los últimos años surgió y se aceleró el fenómeno de las contrataciones y subcontrataciones de actividades, obras y servicios, que no son básicas en la empresa, con la finalidad de obtener una ventaja competitiva contra las demás empresas y posicionarse en el mercado de consumo. Siendo válido reafirmar: lo que sucede y se nota con el uso de la subcontratación es la despersonalización¹⁰² y el desprendimiento de responsabilidad de las empresas para con sus empleados¹⁰³.

La organización en la actualidad puede ser vista de dos formas: una de carácter operativo, que se refiere meramente a servicios no considerados esenciales en la empresa o, de carácter esencialmente estratégico, estos son de cooperación en los planos estratégicos entre contratante y contratista. También es válido recordar los acuerdos hechos entre empresas: una elabora el programa de software, adecuado a las necesidades de la otra empresa, que muchas veces acaba participando en los movimientos estratégicos de ella.

En este punto debe mencionarse a Viana, que explica sobre la descentralización productiva de modo general, usando el artificio de la triangulación: “Assim, a terceirização não é apenas uma forma de reduzir custos ou especializar a produção, mas um modo que a grande empresa encontrou para enfrentar a perda da previsibilidade que o sistema anterior lhe garantia. Esse novo modo de ser da fábrica é viabilizado sobretudo pela informática, pela microeletrônica e por eficientes estratégias de gestão de mão-de-obra. Essas técnicas lhe

¹⁰²En este sentido: “La reorganización de la empresa a través de la descentralización productiva se ha traducido también en una segmentación del bloque de facultades que corresponden al empresario en cuanto sujeto acreedor de las relaciones de trabajo. Las notas que acompañaban a una concepción clásica del empresario acusan una importante disociación a consecuencia de la descentralización productiva, lo que hace surgir una dificultad para su configuración como contraparte de la relación laboral, fruto de un proceso de escisión de facultades y poderes entre la dualidad de sujetos empleadores que aparece con las relaciones triangulares de trabajo. Esta «desmembración jurídica» de la figura del empleador comporta un conjunto de problemas adicionales en punto al ejercicio de los poderes de organización, dirección y disciplinario, y también en lo relativo a la imputación de responsabilidad por incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social”. AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 31.

¹⁰³ Es oportuno en este momento citar el concepto de empresario aparente de Palomeque: “No siempre es fácil para el trabajador fijar con precisión quién adopta frente a él la calidad de sujeto empresarial y, por consiguiente, exigirle el cumplimiento de las obligaciones que como tal le afectan. Identificar al empresario no es otra cosa que determinar a quién corresponde la responsabilidad empresarial plasmada en un sistema jurídico sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social o en el propio contrato de trabajo. La apariencia de empresario siempre encierra el contrapunto de descubrir el que de verdad recibió el trabajo y debe el salario (quien organiza y recibe el trabajo es el empresario, aunque intervengan otros sujetos, STS 31-5-2000, A. 4647). La expresión jurisprudencial de empresario aparente encierra figuras de interposición entre el asalariado y el auténtico responsable empresarial para que, identificado, responda sus obligaciones”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 534.

permitem não só "provocar" como "responder", de forma rápida, às mutações do consumo. A compressão do tempo passa a ser mais importante que a concentração no espaço"¹⁰⁴.

De esta manera, se percibe que la empresa principal necesita en su "órbita de gravedad" un equipo de empresas de subcontratación funcionales y siempre reversibles, pudiendo ser disueltas o sustituidas en cualquier momento, todo con el objetivo de atender las expectativas de las variaciones del mercado económico¹⁰⁵. Como se puede percibir, tanto la empresa principal como las contratistas tienen salarios variables dentro de un mismo centro de producción, de esta forma, los más afectados son los trabajadores que tienen que conseguir ganarse su propio puesto de trabajo, bajo la presión de la sustitución por otro o por otra empresa en cualquier momento, de allí, se habla de la precarización del trabajo traído por la descentralización productiva.

Más específicamente relacionado con la triangulación, un concepto bastante conciso es dado por Montoya Medina: "En efecto, en una relación de trabajo en contratas la participación de al menos dos empresarios del esfuerzo productivo de un mismo trabajador origina una relación de carácter triangular¹⁰⁶ integrada por tres relaciones jurídicas diferenciables pero interrelacionadas e interdependientes: la relación del empresario

¹⁰⁴El autor sigue la idea de la descentralización productiva y lo que las empresas principales exigen el comportamiento flexible de las contratadas, aunque se encuentre dentro de un modo, que a su visión, es de carácter inflexible, como se puede observar: "Mesmo à distância, porém, o controle não é menor; ao contrário. Como a idéia é inovar em alta velocidade, a intercomunicação deve ser intensa e onipresente. A mesma sincronia que era interna à fábrica deve existir entre ela e as empresas da rede. Assim, a "mãe" cobra das "filhas", de modo "inflexível", comportamentos "flexíveis". Cada qual deve reagir prontamente a cada nova exigência. Deve ser capaz também de perceber as necessidades de cada momento e propor soluções. Fala-se em "reatividade". De certo modo, é como se a subordinação, antes restrita às relações empresa-empregado, se deslocasse também para a relação empresa-empresa. A estrutura vertical que existia dentro da fábrica se reproduz fora dela. Em certa medida, até os trabalhadores da contratada seguem as diretrizes da contratante". VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato, en: AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 336-339.

¹⁰⁵Al respecto: "Como consecuencia del cambio de modelo de producción ha producido una modificación en el derecho del trabajo, las pautas principales del actual a diferencia del que habíamos hecho referencia al principio son: 1) El empresario o empresa dominante ha producido una atomización del ciclo productivo, descentralizando sus actividades; introduciendo el principio de división del trabajo para los empleadores. Las empresas empiezan a externalizar aquellas actividades que no forman parte del núcleo de su negocio. 2) Ya no hay relaciones de igualdad en las relaciones interempresas, empiezan a surgir relaciones de subordinación, de jerarquía, y también surgen relaciones de coordinación, para buscar el mejor rendimiento, de acuerdo a un principio de especialidad". CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 133.

¹⁰⁶ En este sentido, es válido destacar el comentario de Auvergnon: "No cabe la menor duda que la hipótesis de una relación triangular siempre comporta inquietudes y esté marcada desde su origen de una cierta sospecha. La aparición de la relación triangular corresponde a menudo a la conclusión de una relación a dos y, algunas veces, al inicio de una relación binaria. Sin embargo, ocurre en ocasiones que otras se instalan en la relación triangular, puede ser que se encuentre, con gusto, frente a ventajas en todo caso. Como en las relaciones humanas, hay en el Derecho del Trabajo en el fondo dos tipos de relaciones triangulares, aquellas que son estables (I) y otras que son sobrevenidas (II). (...) Dado que para el Derecho del Trabajo clásico las relaciones triangulares no son "normales", éste sólo las acepta en principio a título de excepción, justificándolas tradicionalmente desde un punto de vista económico". AUVERGNON, Philippe, Una síntesis sobre las relaciones triangulares, Temas Laborales, Sevilla, 2000, pág. 11.

comitente con el empresario contratista, la relación de este último con el trabajador y, finalmente, la relación del empresario comitente con el trabajador”¹⁰⁷.

Igual de importante deviene mencionar que la relación tripolar, y en este caso más específicamente tratándose de la subcontratación ya es citada por Rodríguez-Piñero en 1960, al mencionar: “(...) sino que coloca entre el trabajador y el empresario una persona “intermedia” que no se aprovecha personalmente de la prestación, sino que, en todo caso se traslada al empresario. Esta relación tripolar entre el prestador de trabajo, el “intermedio”, y el empresario presenta los más variados matices y formas en lo que la doctrina ha llamado genéricamente “relación de trabajo mediata” (...)”¹⁰⁸. De esta forma se percibe que la relación triangular, y en este caso refiriéndose a la subcontratación, ya es algo discutido desde siempre.

Según Jesús Cruz Villalón, el fenómeno de las relaciones triangulares de trabajo, también denominada de relaciones mediatas, ha presentado una dificultad clásica en su incorporación a las estructuras institucionales propias del derecho laboral, desde los legisladores a los juristas se sienten inquietud e incomodidad al enfrentarse a fenómenos en los que el trabajador tiene más de un interlocutor en la parte empresarial de la relación laboral.

Tal problemática, según el autor, se intensifica en las relaciones colectivas, como se puede percibir en sus palabras: “la negociación colectiva es concebida igualmente como un fenómeno bilateral, que se sustenta de igual forma sobre la base de una representación unitaria empresarial; por mucho que sean varios los sujetos que protagonicen la negociación colectiva, a la postre se sientan en tan sólo dos bancos con intereses enfrentados en clave meramente dual; por ello, a los fenómenos trilaterales es difícil dar respuesta desde una negociación colectiva que se presume siempre bilateral”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág.102. Basado en el art. 38 CE de la libertad de empresas: “Así pues, si la propia Constitución tolera, de esta forma, las llamadas relaciones triangulares de trabajo, el ordenamiento jurídico laboral no ha de conformarse con esa tolerancia y ha de intervenir sobre estas figuras con el fin de proteger esos intereses confluyentes que no se desconocen y que, en este caso, bien pueden ser los de los trabajadores, los de la Seguridad Social o incluso los de los propios empresarios que participan en la dinámica de esas nuevas relaciones de producción”. MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 101-102.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, El auxiliar asociado: aportación al estudio del subcontrato de trabajo, Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, págs. 14-15.

¹⁰⁹ Y sigue el autor explicando: “Por cuenta, en el caso de las relaciones triangulares se rompe toda la lógica bilateral consustancial al contrato de trabajo, para forzar la aparición de un tercer sujeto en posiciones próximas que no inidentificadas a la del empleador unitario. No se trata de una mera cuestión técnica de reparto de responsabilidades o de participación en una pluralidad de sujetos de la personal inicialmente unitaria del empleador. En las mas de las ocasiones de triangularidad produce situaciones de colusión y desconcierto en el papel o función desempeñado por cada uno de los sujetos, al punto que el legisla dor

En relación a la triangulación en sí, esto no impide que existan varias formas de relaciones triangulares a ser observadas y no necesariamente sean casos de subcontratación o otra forma de flexibilización laboral, como es el caso de la ayuda mutua agrícola, las agencias de modelos y, como expresa Auvergnon, la puesta a disposición, desplazamiento en el interior de los grupos de empresa, en las filiales, al extranjero. Importante parece citarlo cuando hace una crítica relacionada a las relaciones triangulares: “Dudamos de las capacidades de la Ley; nosotros hacemos como si confiáramos, aún un poco, en la negociación colectiva. En el fondo, una inconfesable impresión se podría obtener: la protección de los trabajadores, dependiente actualmente de la sola voluntad, del interés de la parte “fantasma” de la relación triangular; es decir, de la empresa capaz de ofrecer trabajo pone sus condiciones y sin riesgos. De este modo, la angustia resurge, actualizada: tras la relación triangular, ¿hay un empleador? ¿Quién es?”¹¹⁰.

El autor Jesús Cruz Villalón, haciendo una crítica al legislador para simplificar el fenómeno de la triangulación, trata de analizar los diferentes tipos de triangulación por apartados, en leyes propias y autónomas, donde teóricamente se encuentran bien separados pero que en la vida real se encuentran más complejos y en muchos casos mezclados entre sí¹¹¹. De esta forma, según él, la descentralización productiva debería ser analizada como un todo.

Haciendo un puente entre descentralización productiva y triangulación es pertinente tal pensamiento: “El proceso de división de las facultades y deberes del empresario, y entre

desea reconducir la situación al plano de la bilateralidad más sencilla y comprensible al mundo del contrato”. FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca & CRUZ VILLALÓN, Jesús, Presentación – La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, Temas Laborales, Sevilla, 2000, págs.01-02.

¹¹⁰AUVERGNON, Philippe, Una síntesis sobre las relaciones triangulares, Temas Laborales, Sevilla, 2000, pág. 13. Sigue explicando el autor: “Más recientemente ha surgido otra justificación que puede parecer paradójica a quienes no son “hijos de la crisis”: ciertas relaciones triangulares de trabajo se corresponden con una técnica oportuna de inserción profesional. Con “la crisis”, con el desarrollo y la aceptación de la precariedad, con las políticas de acción social del desempleo, las relaciones triangulares se han establecido públicamente con más atrevimiento, habiendo ganado una nueva legitimidad a través de lo que se denomina a veces “la inserción para la actividad económica. (...) Hay también ciertos “delitos de intermediación” y de “préstamo de manos de obra ilícito”. Pero, se debe también indicar que ciertas relaciones triangulares, manifiestamente ilícitas, parecen estar de moda: cite mos al respecto el préstamo de mano de obra en el marco de una subcontratación, el desarrollo de falsos artesanos, falsos comerciantes, falsos trabajadores independientes”. AUVERGNON, Philippe, Una síntesis sobre las relaciones triangulares, Temas Laborales, Sevilla, 2000, págs.12-13.

¹¹¹ Como mismo explica el autor: “Resulta cada vez más habitual enfrentarse a situaciones a medio camino y sobre todo mixtas, para las que la respuesta legal resulta burda, escasa o insuficiente. A pesar de que, desde tiempo atrás, se reiteran ante nuestros Tribunales de Justicia situaciones de solapamiento institucional, estos siguen sin recibir respuestas explícitas, o al menos directamente al caso, de parte de nuestro legislador: ¿quid de la transmisión entre contratas?; ¿quid de la cesión ilegal por parte de una empresa de trabajo temporal?; ¿quid de las empresas contratistas que asumen simultáneamente la condición de empresas usuarias provocando a modo de relaciones cuadrangulares?; ¿quid de la transmisión de una empresa que tiene trabajadores cedidos en misión?; ¿quid de las llamadas empresas de servicios?”. FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca & CRUZ VILLALÓN, Jesús, Presentación – La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, Temas Laborales, Sevilla, 2000, págs. 04-05.

otros de imputación de responsabilidades ante las fórmulas de descentralización productiva¹¹², ha conducido a superar la limitada aplicación que tuvieron las relaciones triangulares de trabajo bajo el imperio del modelo de empresa fordista, a consecuencia de la hegemonía alcanzada por el trabajo subordinado, vinculado a aquélla por una relación de trabajo estable y a tiempo completo. Estas relaciones triangulares se han llegado a convertir en un espacio jurídico complejo y propiciador de soluciones particulares, que generan nuevos problemas a consecuencia de las dificultades que plantea la configuración subjetiva del sujeto empleador en punto a la atribución de nuevos deberes y a un reparto de la imputación de responsabilidades por la aplicación de las normas laborales¹¹³.

Las consecuencias de la descentralización productiva en Brasil, en España y en la mayoría de los países capitalistas son claras: la primera de ellas es la necesidad de personal calificado para la adecuación de las nuevas exigencias en la empresa, pues las empresas ya no tienen hacia dónde crecer en el mercado, lo que se debe hacer ahora es cambiar la estrategia, en otras palabras las fusiones de empresas o las subcontrataciones, abaratamiento de la producción entre las empresas y de cierta manera dependencia entre las mismas para el avance tecnológico¹¹⁴. Aunque no es solamente el hecho de que las empresas no pueden

¹¹² A nivel de complementariedad es válido mencionar a Cruz Villalón: “Pero no sólo es el causante del notable incremento en lo cuantitativo de los procesos triangulares, sino que también es el que le otorga nuevas tonalidades, que dificultan la respuesta jurídica tradicional. Por ejemplo, las reglas sobre contratos de obras y servicios están concebidas exclusivamente para un modelo de subcontratación dependiente en el que se presupone la presencia de una empresa principal con un relevante soporte patrimonial con capacidad de asumir responsabilidades económicas ajenas: frente a ello, los nuevos modelos de descentralización de empresa en red, con evanescencia de esa empresa principal fuertemente capitalizada, dan respuesta desigual a las vigentes reglas sobre contratos. Por otra parte las nuevas formas de trabajar correlativas a las nuevas tecnologías, hacen desaparecer ciertos elementos típicos de la relación laboral, de modo que la descentralización productiva ya no se sabe si se desenvuelve en el ámbito de los empresarios frente a un trabajador o de dos trabajadores frente a una empresa; dicho de otro modo la descentralización productiva se capitaliza e irrumpe con mayor o menor consistencia real en el ámbito gris del trabajo autónomo o parasubordinado. De otra parte, el fenómeno de la globalización está repercutiendo en igual medida sobre el incremento y complejidad jurídica de los fenómenos triangulares. Sin poder ir más allá de proceder a destacar la novedad y el elemento de mayor influencia, baste con indicar que una de las consecuencias derivadas de la globalización es la posibilidad, a partir de ahora real no meramente imaginada, de que la estructura triangular se despliegue a nivel transnacional”. FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca & CRUZ VILLALÓN, Jesús, Presentación – La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, Temas Laborales, Sevilla, 2000, págs. 04-05.

¹¹³ AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 27.

¹¹⁴ Pertinente es la ilustración de los datos dados por Giosa para la constatación del uso de la subcontratación: “Esta pesquisa foi desenvolvida pelo CENAM — Centro Nacional de Modernização e representa hoje o que há de mais atualizado a respeito da utilização da Terceirização pelas empresas. O período de realização da pesquisa foi de novembro de 1992 à março de 1993, abrangendo empresas localizadas nos Estados de Santa Catarina, Ceará e São Paulo — regiões Guarulhos, Osasco, Santo André, Bauru, São Carlos, Baixada Santista, Campinas, Ribeirão Preto e Capital). Do universo de 2.350 empresas pesquisadas: 31% são de grande porte; 40%, médio porte; e 29%, pequeno porte. Por ramo de atividade, destacam-se: 41% do setor industrial, 27% do comercial e 32% do setor serviços. A seguir, as principais conclusões da pesquisa. Das empresas pesquisadas: 93% já tinham ouvido falar em Terceirização; 90% entendem que a Terceirização é uma tendência mundial do processo de modernização dos negócios; 18% somente já participaram de algum evento (fórum, seminário, palestra) sobre Terceirização; 48% das empresas entrevistadas já aplicaram ou aplicam algum tipo de serviço terceirizado; 38% introduziram a Terceirização por iniciativa própria; 10% introduziram a Terceirização por intermédio de consultorias. As principais áreas já implantadas: — limpeza, — manutenção, — segurança/vigilância. As áreas que gostariam de implantar imediatamente: - limpeza, — informática (processamento de dados), — segurança/vigilância, — manutenção, — administração de restaurantes. Das empresas que já terceirizaram o fizeram: 27% através de ex-funcionários, 73% através de terceiros. Das empresas que já terceirizaram: — 70% tiveram sucesso absoluto, — 20% tiveram sucesso parcial, — 10% não tiveram sucesso. Das empresas que já terceirizaram somente: — 10% estão tendo uma visão

crecer más, sino que los productos dejan de tener demanda en el mercado y hay que innovar o renovar los bienes que se producen, de acuerdo con el plan estratégico de cada empresa, por ello, es necesario contar con personal más versátil y funcional de conformidad con las exigencias del mercado.

Existen otras consecuencias visibles que se puede encontrar con las exigencias actuales de cambio de relaciones de trabajo - algunas de ellas ya mencionadas anteriormente - que son: menos contratos de trabajo, el empresario tiende a huir de la posición de persona jurídica¹¹⁵ y de ser responsable de los trabajadores sujetos a sus órdenes de trabajo, hay una tendencia a esquivar las normas laborales, creación de más contratos civiles y mercantiles, como también, el crecimiento de contratos laborales atípicos, que por supuesto, crean una mayor inestabilidad en las relaciones laborales y en la vida del trabajador como parte de la sociedad.

Inclusive, tan importante es el derecho laboral y su posición en la sociedad actual -y debido a esto, es que las empresas intentan huir de la responsabilidad para con sus trabajadores- que se puede percibir en el orden de jerarquía de las condenas de esta forma se considera que el trabajador y el ser humano como tal, reflejado en la faceta de la labor social, se encuentra en la cumbre de la pirámide, según la legislación brasileña.

En la jerarquía del orden de prelación de créditos se observa que el primero son los derechos laborales, inclusive antecede a los derechos comerciales y fiscales, el orden de importancia legal en Brasil es: 1. Créditos laborales; 2. Créditos fiscales y parafiscales (Unión, Estados, Municipios); 3. Encargos de masa (costes judiciales); 4. Deudas de masa (hechas por el sindicato); 5. Créditos con derecho real de garantía (empeños, hipoteca); 6. Créditos con

estratégica, — 90% estão fazendo esporadicamente por área. As principais vantagens apontadas: — qualidade dos serviços, — transferência de tecnologia, — revisão estrutural e cultural da empresa, — melhores resultados no conjunto da empresa, — menor custo, — melhoria no ambiente de trabalho. Principais desvantagens: — dificuldade de encontrar o parceiro ideal, — dificuldade de efetivar um contrato de parceria, — problemas com o corpo funcional, — desconhecimento da legislação trabalhista, — dificuldade no convencimento da Alta Administração, — dificuldade no controle do custo interno com a parceria, — dificuldade no relacionamento/envolvimento com os Sindicatos. GIOSA, Lívio Antônio, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, págs. 97-102.

¹¹⁵Válido es resaltar la diferencia hecha por Gomes en relación a la despersonalización del empleador y la despersonalización de la empresa: "A medida que se aperfeiçoava a tecnologia de produção e se desdobrava o mecanismo da sociedade anônima, acarretando modificações profundas na estrutura econômica das empresas, a figura do empregador, seu dirigente em pessoa foi ausentando do local de trabalho. Fugindo ao contrato com os empregados, o empregador, a pouco e pouco, despersonalizava-se. Não se deve, no entanto, confundir este fenômeno de natureza econômica-social com o outro de natureza jurídica da despersonalização da empresa. Talvez impressionados vivamente com o fenômeno da despersonalização do empregador, muitos juristas foram levados a sustentar o outro oposto da personalização da empresa. Baseados na impressão causada pelo fenômeno econômico-social, realmente efetivo, pelo qual num movimento centrífugo o empregador se evadía da empresa, por outro, de sentido centrípeto, os empregados se integravam nela, a ponto de constituir um núcleo de interesses sócio-econômicos suficientes ao fenômeno da personalização da própria empresa. Mas, já vimos que os dados da vida econômica e social não são bastantes para a atribuição da personalidade jurídica ao grupo, por mais relevantes socialmente que o sejam." GOMES, Orlando y GOTTSCHALK, Élson, *Curso de Direito do Trabalho, Forense*, Rio de Janeiro, 2002, pág. 97.

privilegio especial sobre determinados bienes (créditos por alquiler de edificio alquilado al quebrado, sobre el mobiliario respectivo); 7. Créditos con privilegio en general; 8. Créditos quirográficos (duplicado, notas promisorias, letras de cambio, cheques, etc.).

En España, los arts. 32¹¹⁶ y 33 ET, que tratan de la garantía del salario y el Fondo de Garantía Salarial, respectivamente, determinan el orden de prelación de créditos en el cual se percibe claramente que el salario tiene preferencia sobre cualquier otro tipo de crédito, desde que sean los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo antes de que haya sido pronunciada la declaración de concurso y que el valor no supere al doble del salario mínimo interprofesional, conforme el art. 84, 2,1 de la Ley 22/2003, que es la Ley Concursal. Básicamente los arts. 55, 84¹¹⁷, 89 al 92, 154 al 158 Ley 22/2003 tratan de tal orden, en el cual se observa que el salario debido al trabajador está en primer plano.

¹¹⁶ El art. 32 ET expresa: “1. Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. 2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. 3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo. 4. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos. 5. Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios”.

¹¹⁷ El art. 84 Ley 22/2003 expresa: “Créditos concursales y créditos contra la masa. 1. Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal. 2. Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154:1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. 2. Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas. 3. Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos. 4. Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento. 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado. 7. Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado. 8. Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de

Lo que se observa en la reestructuración de las empresas son las relaciones interempresariales de jerarquía (diferente concepción de la expuesta arriba). Se trata de una superposición de dominación de empresas, aunque sea actualmente más típico en países como Italia que en Brasil o España, pero de igual manera lo que se busca es una mayor libertad de decisión empresarial, no tan sujeta a la legislación laboral vigente y más flexibilidad para los despidos.

Una de las consecuencias sería la desindicalización, analizada más detalladamente en el próximo capítulo, pues los sindicatos son más fuertes con una mayor cantidad de empleados afiliados, esto se encuentra en las empresas grandes, en donde hay una fragmentación de la empresa, dejando más vulnerable y con menos poder de negociación a los sindicatos, ya que la unión de la gran cantidad de trabajadores hace la fuerza para conseguir el éxito en las negociaciones.

A partir de entonces serán vistos varios conceptos de descentralización productiva, dados tanto por autores brasileños como españoles, también llamada tercerización, para un mayor análisis de lo que la doctrina piensa acerca del tema. Baz Rodríguez define en pocas palabras la descentralización productiva y los nuevos ajustes empresariales, para la adecuación a las exigencias económicas globales, al expresar que: “El modelo de la gran empresa industrial suministraba una capacidad de planificación monocéntrica de la producción, supliendo por medio del funcionamiento organizativo las carencias del mercado. La realidad económica se explicaba, en definitiva, por medio de categorías fácilmente distinguibles, como las de la “organización” y el “mercado”, correspondientes respectivamente a la empresa y al exterior de la misma. Al emerger nuevas lógicas de industrialización, las grandes organizaciones abandonan el crecimiento dimensional a favor de fórmulas tendientes a la externalización de su actividad, esto es, utilizando una terminología ya bien asumida por el bagaje jurídico-laboral, a la descentralización productiva”¹¹⁸.

contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito. 9. Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención. 10. Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso. 11. Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración”.

¹¹⁸Sigue explicando el autor: “Las fórmulas externalizadoras permiten restablecer la interacción estratégica y operativa de las empresas con su contexto externo en un entorno dinámico, donde las iniciativas son múltiples y variables. En líneas generales, la división del trabajo entre las empresas se erige en la forma de organización más adecuada al nuevo entorno. La creciente dependencia tecnológica impulsa una especialización en las funciones y actividades empresariales. Los procesos productivos adquieren así un mayor grado de articulación y de interdependencia; y en la medida en que ello sucede, incluso las empresas de

Igual es válido mencionar el significado de outsourcing dado por Giosa¹¹⁹: “O “outsourcing” expressão em Inglês, que significa “terceirização”, foi, então, desbravado e adotado de forma plena pelas empresas, referenciado sempre pela concepção estratégica de implementação. No Brasil, a Terceirização se introduziu sob outro prisma. A recessão como pano de fundo levou também as empresas a refletirem sobre sua atuação. O mercado, cada vez mais restrito, acabou determinando a diminuição das oportunidades, possibilitando que novas abordagens fossem aplicadas para buscar a minimização das perdas. O exemplo da aplicação em outros países rapidamente foi acolhido pelas nossas empresas pois o ambiente era propício. Ao mesmo tempo, a Terceirização demonstrava o outro lado da moeda: o fomento para a abertura de novas empresas, com oportunidades de oferta de mão-de-obra, restringindo assim, de certo modo, o impacto social da recessão e do desemprego. Ainda mais: o brasileiro, amplamente pesquisado, definiu há alguns anos atrás seu perfil, respondendo que o “seu principal sonho” era abrir uma empresa, ser o dono do seu próprio negócio”¹²⁰.

Souto Leria, por ejemplo, afirma que la tercerización es un acuerdo que prioriza el equilibrio de fuerzas, conforme expresa él: “Terceirizar é olhar em volta, por cima e além dos muros, conviver mais com a comunidade, aumentar as trocas, estimular o surgimento de novos empresários, melhorar a renda da comunidade, combater também desta maneira a pobreza e a fome. Significa participar mais e, em troca, ganhar uma empresa mais ágil, mais enxuta, mais especializada em suas atividade-fim. E com sua importância e trabalho integrados

pequeña dimensión tienden a limitar su actividad exclusivamente a las funciones consideradas como “de carácter estratégico”, esto es, al verdadero núcleo de su actividad. Se transfieren al exterior todas las demás actividades previamente desarrolladas, para así optimizar las funciones retenidas (proyección, investigación y desarrollo, industrialización, comercialización de los productos, etc.). Operaciones reestructuradoras en las cuales no resulta infrecuente la conservación del control directo o indirecto de las fases o actividades descentralizadas. Las fórmulas externalizadoras permiten restablecer la interacción estratégica y operativa de las empresas con su contexto externo en un entorno dinámico, donde las iniciativas son múltiples y variables. En líneas generales, la división del trabajo entre las empresas se erige en la forma de organización más adecuada al nuevo entorno. La creciente dependencia tecnológica impulsa una especialización en las funciones y actividades empresariales. Los procesos productivos adquieren así un mayor grado de articulación y de interdependencia; y en la medida en que ello sucede, incluso las empresas de pequeña dimensión tienden a limitar su actividad exclusivamente a las funciones consideradas como “de carácter estratégico”, esto es, al verdadero núcleo de su actividad. Se transfieren al exterior todas las demás actividades previamente desarrolladas, para así optimizar las funciones retenidas (proyección, investigación y desarrollo, industrialización, comercialización de los productos, etc.). Operaciones reestructuradoras en las cuales no resulta infrecuente la conservación del control directo o indirecto de las fases o actividades descentralizadas”. Baz Rodríguez, Jesús, Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo, Comares, Granada, 2002, págs. 05-07.

¹¹⁹ Explica Giosa: “Hoje, no entanto, a Terceirização se investe de uma ação mais caracterizada como sendo uma técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão, que leva a mudanças estruturais da empresa, a mudanças de cultura, procedimentos, sistemas e controles, capitalizando toda a malha organizacional, com um objetivo, único quando adotada: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal”. GIOISA, Lívio Antônio, Terceirização: uma abordagem estratégica, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 11.

¹²⁰ GIOISA, Lívio Antônio, Terceirização: uma abordagem estratégica, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 13.

na comunidade”¹²¹, o a Ismael Falcão que menciona: “Terceirizar, termo que encerra um neologismo, como dissemos antes, mas que, fatalmente vai se incorporando paulatinamente à lexicologia brasileira, significa atribuir a uma terceira pessoa a realização de determinada tarefa”¹²². Igualmente serán observados posteriormente otros autores y sus pensamientos al tratar de la definición de subcontratación propiamente dicha, y como ésta está mezclada con las denominaciones, como ya se había dicho, de tercerización.

Es importante también mencionar el entendimiento de Norres Torres: “En definitiva, la descentralización se empieza a justificar en atención a múltiples razones, tanto de oportunidad económica —como, por ejemplo, el ahorro o la reducción de costes, pero no sólo los inherentes al factor trabajo, sino también los de tipo administrativo y de gestión; las menores exigencias de inversión en inmovilizado; la eliminación de actividades sujetas a rendimientos decrecientes; etc.—, como de oportunidad funcional —búsqueda de una mayor calidad y eficiencia, así como de una especialización superior que redunde en beneficio del producto final; aumento de la flexibilidad en el uso de la mano de obra y mejora de las posibilidades de adaptar la misma a los cambios en la demanda; adecuación de las plantillas a unas dimensiones consideradas óptimas; etc. (...)En este sentido, en el momento de identificar los instrumentos que permiten llevar a cabo el objetivo descentralizador, los autores que han estudiado el fenómeno han mencionado, por ejemplo, las contrataciones de obras y servicios, el trabajo autónomo y el parasubordinado, el tradicional trabajo a domicilio y el más moderno teletrabajo, las empresas de trabajo temporal y los grupos de empresa”¹²³.

Pamplona Filho define la tercerización como: “A terceirização, (...) pode ser considerada, junto com a globalização, subproduto natural da Revolução Tecnológica nos campos econômicos e organizacional da empresa. Entretanto, sublinha Rodriguez Pinto, “o neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa, por via de nenhuma das derivações, a idéia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é terceiro e, sim, parceiro, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária. O que se está

¹²¹SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, págs. 16-17.

¹²²MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, págs. 18-19.

¹²³NORRES TORRES, Luis Enrique, El trabajo en contrataciones. La noción de contrataciones de la propia actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 21-23.

tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviço de apoio empresarial, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio”¹²⁴.

Segundo Oliveira Ramos señala que la tercerización no debe solamente ser identificada como una prestación de servicios o un contrato de “empreitada”, y para ello cita como ejemplo en el ámbito comercial: al contrato de franquicia, concesión mercantil, representación comercial, contrato de abastecimiento, “engineering”. La parte doctrinal brasileña contraria no está de acuerdo que estos contratos puedan ser un caso de tercerización, y menos de subcontratación; lo mismo ocurre en España, hay divergencias doctrinales a cerca si pueden ser considerados estos institutos como una forma de subcontratación o no. De igual manera la autora menciona que en el derecho civil existe la aparcería rural agrícola o agropecuária, como exteriorización del proceso tercerizante y en la área laboral no se puede dejar de mencionar, según ella, las cooperativas de trabajo asociado.

Lo más importante, y se vuelve a enfatizar, a ser expuesto en relación a la subcontratación, clave principal de este estudio, es que la mayoría de los autores brasileños mezclan los conceptos de la subcontratación con el de tercerización, que puede muchas veces confundirse con las empresas de trabajo temporal, tema que será mejor detallado posteriormente. La tercerización como ya se había comentado, es cuando ocurre el fenómeno de la triangulación en la contratación laboral, cambiando la relación tradicional directa por la cesión de un tercero entre el trabajador y el empleador. Casos más específicos de triangulación pero no subcontratación serán vistos más adelante.

Es decir, hay que tener cuidado para no confundir la subcontratación, que algunos autores brasileños, erróneamente, mezclan con otros tipos de contrataciones, y que en la realidad, estos contratos pueden o no ser formas de tercerización, debiendo ser considerados como especies de ésta, y los que no lo son por su naturaleza jurídica, apenas son contrataciones civiles o mercantiles. Otro problema que se percibe es cuando la subcontratación figura apenas bilateralmente, como se puede citar el caso español de la subcontratación con un trabajador autónomo, pudiendo provocar ciertas inquietudes en la

¹²⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Direito Civil e Direito do Trabalho*, Coleção temas atuais, Leeditathi, Belo Horizonte, 2005, pág. 124.

doctrina brasileña, acerca de cómo podría ser clasificada una triangulación con apenas estas dos partes¹²⁵.

Por esta razón se hace necesaria una legislación en Brasil que redefina el concepto de tercerización y de subcontratación, incluyendo las excepciones, en caso que existan, de los supuestos en que también se considere como subcontratación, como sucede en la legislación española de subcontratación en la área de construcción civil, Ley 32/2006 que las equipara, y más sirviendo de ejemplo, a un contratista el autónomo -y se puede observar que no se haría necesariamente la triangulación tan nombrada como requisito de la tercerización, pero encuentra su legalidad especificada en el texto legal- lo que no significa decir que éste no pueda contratar a funcionarios u otra empresa para trabajar para él, por lo cual pasaría tal autónomo a ser considerado como un contratista, y en este caso sí formaría la triangulación, pero reforzando que ésta no puede ser el único parámetro para considerar la formación de una subcontratación, tampoco debe ser entendido como característica fundamental para reconocer el fenómeno de las contrata y subcontratas.

Para finalizar, antes de adentrar realmente en las denominaciones de subcontratación propiamente dichas, es importante, a nivel de aclaramiento, hacer la diferencia entre: tercerización, tercer sector¹²⁶ y sector terciario. Como ya se mencionó en la introducción, el sector terciario es el sector económico que se dedica a la prestación de servicios diferentemente del sector primario – que básicamente se refiere a la agricultura y pecuaria – y del sector secundario – que puede ser resumido en la industria –, mientras que la tercerización es el fenómeno de triangulación visto como descentralización productiva, que de alguna forma está asociado, por encontrarse caracterizado en el sector de servicios, al sector terciario. De

¹²⁵ Para mejor explicación de esta última disertación, vale mencionar que en España existe la posibilidad de la llegada de una figura ajena que hace un acuerdo con la empresa contratante, pero que no llega necesariamente a formalizar la triangulación, entretanto, es una hipótesis de contrata y subcontratas; como fue el caso mencionado de la subcontratación de un trabajador autónomo, que es una forma de tercerización a pesar de solo haber dos partes.

¹²⁶ En este sentido: “El término Tercero Sector se cree que fue acuñado por el sociólogo americano T. Levit utilizándolo para nombrar al conjunto de organizaciones que ejercían en el campo del bienestar social. Es por ello que se ha extendido la denominación Tercer Sector al conjunto de organizaciones que, siendo de carácter privado, no tiene finalidad lucrativa como ocurre con las organizaciones de carácter mercantil. Sin embargo, la definición negativa de dicha realidad no es suficiente para poder llevar a cabo su delimitación, es necesario establecer cuáles son las características comunes bajo las que se recogen a este conjunto de entidades pertenecientes a este Tercer Sector. Veremos distintos enfoques a la hora de definir esta realidad, que además de Tercer Sector adopta otras denominaciones como Sector Nonprofit, Economía Social, Economía autogestionaria, Sector independiente... Cada una de las anteriores expresiones tiene connotaciones diferentes enfatizando la distinción sobre algún aspecto de dicha realidad (...) El primer elemento a considerar en la definición del Tercer Sector sería aquel que no permite diferenciarlo de los sectores informales y el sector público”. JUANEDA AYENSA, Emma & GONZÁLEZ MENORCA, Leonor, Compromiso organizativo en organizaciones del Tercer Sector, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF., Madrid, 2007, pág. 169.

manera diferente, el tercer sector¹²⁷ se basa en un historial de filantropía y de caridad en el pasado, en el cual influenciado por los valores de solidaridad, unión, cooperación, integración entre otros, en el cual se refuerza la idea de ciudadanía, sin contar que también hay la intervención de la globalización tanto en el primero sector que en este caso es el Estado, como en el segundo sector – tiene como elemento fundamental no solamente la inexistencia de ánimos de lucro y el atendimento de los intereses colectivos – pues éste podría ser nombrado como una actividad corporativa que atiende a los intereses de un grupo específico, a pesar de que ésta tampoco tenga ánimos de lucro, como también tal actividad pública estatal tiene la participación de agentes privados en estas acciones¹²⁸.

De esta forma, se percibe el tercer sector, segundo Eging, como un rescate de la dignidad humana de las naciones, sin el aguardo de la iniciativa estatal, visto que el tercer sector también es una forma de prestación de servicios, sea de manera autónoma o por los vínculos laborales que podrá existir entre sus colaboradores, que es vista en Latinoamérica como una de las mejores alternativas para el rescate de la dignidad humana sin estar a espera de acción por parte del Estado. Inclusive, explica el autor que el tercer sector podría ser una forma de demostrar que las relaciones sociales y profesionales pueden generar riquezas y desarrollo humano, no solamente objetivando el lucro, y sí, sobretudo, ambicionando una transformación social. De todas maneras, lo principal es que sea respetado los derechos

¹²⁷Al respecto: "Tratar do tema "terceiro setor" mostra-se necessário tendo em vista as transformações pelas quais o Estado passou a partir da crise do final do século XX, segundo LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA e NURIA CUNILL GRAU" a crise (caracterizada pela falta de assistência estatal em especial nos âmbitos econômico e social) enseja a tomada de providências, pelo Estado, de maneira a estimular a atividade financeira sem, no entanto, gerar exclusão social. Essencial, para a compreensão da idéia de terceiro setor, é o entendimento das concepções de primeiro e segundo setores. Ao último atribui-se a noção de mercado, sendo secundário em relação ao Estado (primeiro setor). A definição de Estado como primeiro setor relaciona-se às funções atribuídas a ele, quais sejam, atividades pertinentes, à manutenção e desenvolvimento da sociedade civil, educação, saúde, segurança etc), os denominados interesses coletivos. De outro lado tem-se o mercado como integrante de um segundo setor social, trazendo como função precípua a promoção de atividades privadas que tenham como fim a lucratividade. Para RUBEM CÉSAR FERNANDES" a expressão terceiro setor é nova, de origem norte-americana e ainda em processo de incorporação à linguagem pátria. LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA e NURIA CUNILL GRAU" o nomeiam da seguinte maneira: "setor produtivo público não-estatal", "setor não-governamental", "setor sem fins lucrativos", além da usual denominação "terceiro setor". Esta seria insuficiente, segundo os autores, pois não contempla a questão do controle inerente ao Estado, referindo-se somente à forma pública não-estatal de produção e propriedade. Não obstante as diversas denominações para este novo setor social, relevante é sua caracterização, suas funções, seu histórico, sua proeminência na sociedade civil e até mesmo a elaboração de uma perspectiva futura. O terceiro setor apresenta relação de dependência aos demais setores, pois a partir de lacunas na atividade estatal bem como a necessidade de maior participação da iniciativa privada, originasse um tipo de atividade essencialmente estatal, entretanto, exercida e financiada pelo mercado". EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 104.

¹²⁸Según el autor: "Característica marcante do terceiro setor reside na diversidade de atividades e as maneiras pelas quais são realizadas. Na tentativa de unificação, ou mesmo na formação de uma idéia mais coesa acerca deste setor, LESTER SALAMONI traçou quatro elementos comuns às atividades realizadas pelos mais diversos segmentos do terceiro setor, são ellas: o fato do terceiro setor se constituir em uma grande força econômica existência de diversos países (além dos Estados Unidos) no que se refere a geração de empregos neste setor (Japão, França, Alemanha entre outros), concluiu-se também que cada organização do terceiro setor atende a determinada área de interesse coletivo com prioridade e finalmente o fato de não ser a doação (em países da Europa, Ásia, África e América) realizada por particulares a principal fonte de apoio do terceiro setor.". EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 105-106.

fundamentales del trabajador haga este parte del sector terciario, sea de una empresa contratista o parte del tercer sector.

2.2 Definiciones de subcontratación

“Es en los períodos de mayor adversidad cuando surgen las grandes oportunidades de hacer el bien a sí mismo y a los demás.”

Dalai Lama

Las dos especies más conocidas de tercerización en Brasil y en España son: las contratas y subcontratas de obras o servicios y las empresas de trabajo temporal, y en ambos países se observa un mayor uso de la subcontratación de que la cesión de mano de obra - diferencia perfeccionada con el análisis del tópico, aunque existen otros casos de tercerización como es el caso del trabajador “avulso” y del portuario¹²⁹, y que no son casos de subcontrataciones. Esta figura también existe en España con la nomenclatura de estibadores que tampoco es considerado como subcontratación, conforme expresa el art. 2º, 1, h) ET¹³⁰, y teniendo regulado más específicamente en el título primero “El servicio público de estiba y desestiba de buques: Definición y ámbito” de la Ley 2/1986.

Inclusive las ETT's en Brasil pueden utilizar la figura de las contratas y subcontratas, pero en ninguna hipótesis, ser confundidas por tener objetos y amplitudes diferentes; de esta manera hay que tener cuidado al analizar lo que verdaderamente la doctrina considera como tercerización y cuando utiliza tal nomenclatura para referirse a la subcontratación.

¹²⁹El trabajador avulso, estibador o portuario no es contratado directamente por la contratante, normalmente lo hace a través del sindicato o del órgano gestor de mano de obra específico del trabajador portuario; uno u otro entra en acuerdo con la contratante y distribuye las tareas entre varios sindicalistas, repartiendo entre ellos el valor recibido de la contratantes, como se puede percibir es una forma de tercerización. Mayores detalles pueden ser encontrados en la Ley n. 5.085/66, Ley n. 8.630/93, Decreto 1.886/96 y Ley n.9.719/98, todas disponen de temas a cerca del avulso - trabajo portuario. Igual es importante mencionar: “Forma bastante conhecida de terceirização da atividade laboral, onde a figura do ente sindical é preponderante, já que a ele incumbe a colocação de mão-de-obra para atender a necessidades das empresas. Trata-se de prática habitual em carregamento e descarregamento em portos, a qual vem sofrendo severas críticas da doutrina por ensejar reserva de mercado a um grupo determinado de trabalhadores, criando verdadeiras corporações fechadas destinadas a favorecer alguns privilegiados e que restringe as oportunidades de emprego para os demais trabalhadores, atentando contra o princípio constitucional da liberdade de trabalho”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, págs. 55-56.

¹³⁰ El art. 2 ET menciona: “Relaciones laborales de carácter especial. 1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: (...) h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas”.

Diferentemente, en España las ETT's no pueden recurrir a la subcontratación sino que tienen que ser empleadores de los trabajadores que ponen a disposición, y tampoco pueden recurrir a otras ETT para nutrirse de trabajadores.

Tanto en Brasil como en España se puede notar la creciente aceptación y aumento del uso de la subcontratación por parte de las empresas tomadoras de servicios en la década de los años noventa. Muchos autores que trataban del tema en esta época, explicaban sus teorías acerca de los beneficios y ventajas adquiridas por la empresa que se dedicaba apenas a las actividades afines de ellas mismas, no teniendo que preocuparse por los trabajos intermediarios que podrían ser ajustables, de acuerdo con las necesidades de la empresa al largo del año productivo.

También se puede considerar la subcontratación como un proceso de gestión en que un tercero presta servicios a una empresa, labores que originalmente eran hechas por trabajadores de la propia empresa; en otras palabras, se puede decir que es una transferencia de actividades específicas para un tercero, dejando la empresa principal únicamente el encargo de los procesos finales de producción. El objetivo en Brasil - igual que no solo en España cómo en la mayoría de los países capitalistas - es intentar minimizar los costes de la empresa, aunque con la misma calidad del producto final y el mismo desempeño cuantitativo, para que de esta manera pueda competir en el mercado globalizado en estos tiempos¹³¹.

Es pertinente citar algunos autores brasileños que tratan de la subcontratación aunque las nombre como tercerización, únicamente en el cual muchas veces parecen sinónimos y otras veces existen sutiles diferenciaciones entre las dos, pero que didácticamente y lingüísticamente no es la mejor, pero es interesantes hacer el análisis de estos. Como es el caso de Ophir¹³², que define la tercerización como un neologismo proveniente de la palabra tercero, entendido como intermediario, interviniente, que en lenguaje empresarial, es conocido como una técnica de administración, por la cual se interpone un tercero, que generalmente es una empresa, en la relación de trabajo tradicional; aunque afirma el autor ser

¹³¹LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág.76.

¹³²Sigue el autor explicando que: "Identifica-se, ainda, a terceirização, no âmbito da administração de empresas, como horizontalização e focalização, a primeira com o objetivo de caracterizar a transferência de funções para outras empresas e a segunda com o intuito de demonstrar que a empresa focaliza suas atividades naquilo que lhe parece essencial, delegando a terceiros as atividades periféricas". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, *A terceirização das relações laborais*, LTr, São Paulo, 1996, pág. 71.

tal interposición hecha por una empresa que asumirá los servicios que antes eran hechos por trabajadores.

Mientras que Mascaro Nascimento menciona que la nomenclatura tercerización también es conocida como subcontratación o aparcería, aunque como ya se ha mencionado varias veces, la subcontratación es uno de los tipos de tercerización, y Ferreira Prunes expresa que uno de los sinónimos de tercerización es la terciarización, aunque tampoco es muy conocida en el medio laboral y jurídico.

Ferreira de Castro define subcontratación usando como nomenclatura el género de tercerización, mas bien los ponen como sinónimos: “O vocábulo “terceirização” é utilizado para designar uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal. Essa técnica recebe outras denominações, tais como focalização, horizontalização, outsourcing¹³³, externalização de atividades, parceria, contrato de fornecimento, subcontratação, entre outras”¹³⁴. Lo que hace constar que para Ferreira de Castro una de las formas de designar la tercerización es la focalización, horizontalización, outsourcing, externalización de actividades o subcontratación, entre otros; lo que significa que no deja claro que esta última es una especie de tercerización, mientras que las demás son similares.

Se tratará este momento, como se puede percibir, de describir varios pensamientos de autores brasileños a cerca de lo que consideran “subcontratación”, como es el caso de Metzger y Leite que no denominan claramente que la tercerización es la llegada de un tercero a la relación jurídica y no específicamente a la subcontratación, igual los ejemplos de los autores que abajo mencionados que no definen específicamente el sentido de la entrada de un

¹³³En este sentido: “Como ha afirmado RIVERO LAMAS, el outsourcing es un fenómeno económico multidireccional. Ello supone que, efectivamente, se manifiesta a través de muy variadas formas de reorganización tales como la subcontratación de obras y servicios con otras empresas, los contratos civiles y mercantiles que puedan efectuarse con trabajadores autónomos para la realización de pequeñas tareas, las transmisiones de centros de trabajo o unidades productivas a través de escisiones parciales de la empresa, la cesión de trabajadores en el seno de un grupo de empresas, las empresas de trabajo temporal, el trabajo a domicilio y, como modalidad de este, el teletrabajo”. MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 48.

¹³⁴Y sigue expresando el autor: Quanto a esta última, apesar de utilizada pela doutrina jurídica com certa frequência, entendemos apropriada somente para definir situações em que a terceirização revestiu-se de ilicitudes, pois, formado o contrato de prestação de serviços entre empresas, existe a regular contratação de empregado para os serviços terceirizados, e não raro duram por anos, não podendo ser denominados pejorativamente de contratos inferiores, ou de menor valor”. FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000. pág. 78.

tercero debido al fenómeno de descentralización productiva, y sí, reducen a nombrar siempre el fenómeno general, que es la tercerización, y no especificando cuales son los casos de subcontratación, ETT's u otro tipo de triangulación, como se puede percibir: "A expressão "terceirização" surge de um neologismo resultante da combinação entre a palavra "terceiro", acrescido de "izar", que dá sentido de ação. "Terceiro" deriva do vocábulo latino tertius, "que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas". O sentido de "terceiro" no fenômeno da terceirização não se subsume a sua conotação jurídica (aquele que é estranho a uma relação jurídica entre duas partes), mas ao significado usado no campo da administração de empresas: aquele outrem, a quem é descentralizada as atividades da empresa. Este é pois o significado do "terceiro", de onde surge a palavra "terceirização". Paralelamente, Maurício Godinho Delgado destaca outro neologismo criado para designar o fenômeno: "terciarização", que diz respeito ao setor terciário da economia - de serviços. É o que também destaca Márcio Túlio Viana: "A terceirização leva à terciarização: no limite, a grande fábrica tende a ser tornar simples gerenciadora, sem máquinas e sem operários.(...) Apesar da variedade de designações que podem ser dadas ao fenômeno de transferência de atividades acessórias a outras empresas, a mais utilizada, sem dúvida, é terceirização, termo que, segundo Sérgio Pinto Martins, "foi adotado inicialmente no âmbito da Administração de Empresas" e, posteriormente, pelos tribunais, para descrever "a contratação de terceiros, visando à realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa"¹³⁵.

En el entendimiento de Alves Polônio, en el cual apenas menciona la tercerización como sinónimo de subcontratación, dejando de mencionar que esta última es apenas una de las formas de tercerización, como se puede observar: "um processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa" embora não necessite necessariamente que seja o referido serviço prestado realizado dentro da empresa. Com mesmo entendimento do primeiro autor citado encontra-se Giosa ao conceituar a terceirização como "um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio que atua".

¹³⁵METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virginia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 86-87.

Robotella expresa la subcontratación como sinónimo de descentralización productiva en la cual se involucran tres partes: “uma estratégia econômica que proporciona qualidade, agilidade, simplicidade e competitividade, mediante um processo de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio, permitindo às empresas concentrarem-se no seu objetivo final ou atividade-fim. (...) O elenco de atributos da terceirização apresentado pelos estudiosos da administração de negócios é fruto, claramente, de uma visão "desideologizada" do fenômeno, pois não se preocupa com os seus aspectos jurídicos, sociais e políticos, vendo-o apenas em sua concepção pura, dentro da dinâmica da economia empresarial moderna”¹³⁶.

Marinho Falcão también denomina la subcontratación como un sinónimo de tercerización: “neologismo criado pelo mundo empresarial, quer significar o desenvolvimento de uma atividade triangulada em que três pessoas as físicas ou duas jurídicas e uma física aparecem ajustando mão-de-obra ou contratando serviço para barateamento de custos e conseqüente aumento de lucro, sem despersonalização da empresa tomadora dos serviços. Diríamos tratar-se de uma autêntica parceria comercial, em que os participantes desse tipo de ajuste não criam vínculo jurídico entre si, mas robustecem um liame de ligação suficientemente forte para que a atividade por eles desenvolvida cresça cada vez mais, com a interdependência, tão-só, do fornecimento um ao outro do material característico da atividade fim do parceiro-tomador do serviço, para progresso econômico e social de todos. Noutras palavras, terceirizar é forma moderna e inteligente do empresariado enfrentar problemas e custos de produção, com utilização de componentes finais de sua atividade confeccionados e produzidos ou montados por outra empresa que não aquela fabricante do produto final”¹³⁷.

Algunos autores dan sus conceptos pero muchos de esos se preocupaban únicamente si se podría aplicar la subcontratación solamente en las actividades auxiliares o también podría ser en la propia actividad de la empresa – empezando desde allí a mezclar los conceptos de tercerización y subcontratación - como se puede percibir en el análisis de Cavalcante Júnior: “Jerônimo Souto Leiria, para o qual a terceirização é "...a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para suas atividades meio", ou, ainda, como Walmir Costa que a define como sendo o processo "...pelo qual a empresa tomadora contrata a empresa prestadora de serviço para executar uma tarefa que não esteja relacionada a seu objetivo

¹³⁶ AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, págs. 236-237.

¹³⁷ MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, pág. 17.

principal. Carlos Alberto Queiroz comunga do mesmo entendimento definindo a terceirização como sendo "... uma técnica administrativa que possibilita o estabelecimento de um processo gerenciado de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio ao escopo das empresas que é a sua atividade-fim. permitindo a estas concentrarem-se no seu negócio, ou seja, no objetivo final.". Haroldo Verçosa, por seu turno, visualiza a terceirização dentro de um espectro mais abrangente, podendo açambarcar inclusive as atividades-fins. Sem, contudo, fugir da conceituação defendida pelos demais autores citados, pois entende que corresponde a um processo onde há a horizontalização da atividade econômica, transferindo a empresa maior uma parte de suas funções para empresas menores, passando a concentrar-se em rol de atividades mais restrito"¹³⁸.

El referido autor, como otros tantos, no considera el fenómeno de las contratas y subcontratas tan grave, comparándolo, conforme expresa en su obra, con la privatización, desregulación, o reducción al máximo de las reglas provenientes del Estado y flexibilización. Para Martins Catharino¹³⁹, el último fenómeno de la secuela del neoliberalismo es la subcontratación, a pesar que no es un posicionamiento unánime. Acredita este autor que tal fenómeno surgió por la expansión del sector terciario de la economía, de prestación de servicios y de la descentralización productiva.

Es válido todavía citar el concepto de subcontratación de algunos renombrados autores brasileños: Bueno Magano, por ejemplo, expresa que la tercerización es la transferencia a otros de las actividades que anteriormente pertenecían a la empresa principal, y esta definición no es suficiente para hacer una distinción entre subcontratación y tercerización. Mientras que Barros Júnior afirma ser la tercerización una estrategia económica de prestación de servicio o productora de bienes para una empresa principal, desde que estén relacionados con las actividades auxiliares de ésta, siendo una concepción clara de

¹³⁸ CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, págs.72-73.

¹³⁹ Martins Catharino trata de analizar la concepción de la palabra tercerización, a pesar de que para él la especificación de tercero no conste en el Dicionário Ortográfico da Língua Portuguesa de la ABL, y sí la definición de "tercenário (a), terceneiro, s.n."; aunque segundo su opinión el tercenário no tiene significado jurídico que esté relacionado al término tercerización, visto que tal definición se refiere a la persona que tiene derecho a un tercio de la herencia, como se puede denotar: "Um empregador, no conceito legal (CLT, art. 29), necessitando de pessoal, contrata com outro que coloca empregado seu para trabalhar em estabelecimento do primeiro. (Não conhecemos caso de trabalho externo). Sendo "terceirização" derivado de terceiro, imprescindível dizer quem é tal. O conceito de terceiro é relativo, no direito material e no processual. Eváristo de Moraes Filho, tratando da "relatividade dos contratos", partindo do brocardo res inter altos acta nec nocet nec prodest, acolhido no art. 1.165 do "Código de Napoleão", pergunta: "Quem são terceiros, afinal de contas?" Responde: "terceiro é, assim, em geral, todo sujeito, necessariamente indeterminado, estranho à relação jurídica dada. Por isso mesmo, é impossível dar uma noção unitária, que não seja simplesmente negativa". Juridicamente, não existe terceiro, p. ex., para aqueles que concebem o direito de propriedade como "obrigação negativa universal". No tempo em que autonomia da vontade predominava ao máximo, no campo obrigacional, terceiro foi considerado quem não fosse contratante. O contrato, sendo "lei entre as partes", e somente a elas atingisse, terceiro era, simplesmente, quem não fosse parte". MARTINS CATHARINO, José, Neoliberalismo e seqüela, LTr, São Paulo, LTr, 1997, pág. 70.

subcontratación y no de tercerización. Igual caso sucede con Cardone, éste conceptúa la tercerización como un fenómeno de producción de bienes o servicios para otra empresa o persona que no aquella que primitivamente los producía.

Saad da el concepto de subcontratación pero nombrándolo como tercerización, pues segundo él, sería la realización de una actividad auxiliar o hasta de la propia actividad, aunque la amplitud en su utilización no es lo más común en la doctrina brasileña, visto que la mayoría está a favor que solamente sean en las actividades auxiliares; como también es importante reafirmar que esta definición se confunde con la de subcontratación, no teniendo las demás características expresadas de los otros tipos de tercerización.

Vidal Neto expresa que la tercerización consiste en la transferencia a otras empresas de determinados servicios o actividades auxiliares, que hacen que la empresa principal se focalice solamente en la producción final de su producto, en el cual trata más específicamente de la subcontratación, debiendo ser tal concepto ampliado para que las demás formas de tercerización fuesen englobadas, o entonces que adoptara, conforme legislación española, la nomenclatura de subcontratación para no confundir como la tercerización propiamente dicha. Igualmente pasa lo mismo con Guimarães de Andrade, visto que él define la tercerización como el acto de prestar servicio o producción de bienes para otra contratante, desde el momento en que no haga parte de la propia actividad de la contratante.

Rocha expresa el fenómeno de subcontratación pero nombrándole también como tercerización, visto que para él la tercerización es un proceso de evolución de los medios de producción que son considerados necesarios en determinadas etapas de desarrollo económico, en el cual las empresas optan por que otras contratistas se ocupen de ejecutar actividades, principalmente las que no forman parte de la propia actividad de la empresa, definición que encaja fácilmente en la de subcontratación, por lo tanto es restrictiva para lo que dice respecto a la tercerización.

El DIEESE define la tercerización como el "processo que se caracteriza quando uma determinada atividade deixa de ser desenvolvida pelos trabalhadores de uma empresa e é transferida para uma outra empresa, então, chamada de terceira"¹⁴⁰, tal concepción puede ser confundida con la de subcontratación.

¹⁴⁰ Texto extraído de CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 74.

Pereira da Silva define la subcontratación, a pesar de mencionar que todas las definiciones hasta entonces eran incompletas, mezclándola con el concepto de tercerización, como se puede observar: “Diante de tudo isto, como definir terceirização? Qualquer definição será incompleta, até porque não podemos imaginar coisas que poderão acontecer no futuro, como, quem sabe, uma firma de terceiros assumir em terra a pilotagem de aviões por controle remoto. (...) De forma simplista e pensando no atual estágio das empresas brasileiras, diríamos apenas que terceirização é a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenha esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade”¹⁴¹.

Aunque hay un posicionamiento curioso del autor, porque de alguna forma hace una diferenciación entre tercerización propiamente dicha – que sería para él el fenómeno de subcontratación – y las ETT’s, diciendo que estas no se pueden confundir con la tercerización, pero a la vez no aclara el texto dejando a entender que también concorda que las ETT’s también son casos de tercerización, como se puede observar: “Há uma certa tendência em confundir terceirização com a contratação de mão-de-obra temporária. Esta é um processo totalmente diferente, regulado pela Lei n. 6.019/74, que permite a criação de empresas "locadoras" de mão-de-obra para fins específicos, como picos de produção e por período predeterminado não superior a três meses. Já a terceirização propiamente dita, aquela em que a prestadora toma a seu cargo a tarefa de suportar a tomadora, em caráter permanente, com o fornecimento de produtos ou de serviços, não mereceu até agora uma legislação própria”¹⁴².

Segundo el autor Fernandes da Silva, la tercerización puede ser agrupada de la siguiente forma: la tercerización de servicios y la tercerización de mano de obra; en esta última se divide en tercerización lícita e ilícita, en los casos de ser lícita ésta puede ser típica conforme a la autorización de la ley, como es el caso de las ETT’s en Brasil; o atípica en el cual no hay regulamentación expresa de ésta, pero su práctica no viola las normas de protección al

¹⁴¹ PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 30.

¹⁴² Y sigue explicando el autor: “Há sem dúvida o seu reconhecimento legal, suportado principalmente pelo Enunciado 331, já tomado jurisprudência, que protege a tomadora no aspecto de responsabilidades legais-trabalhistas quanto aos empregados "terceiros", desde que sobre eles a tomadora não exerça nenhum tipo de supervisão ou administração, limitando-se apenas à auditoria”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 28.

trabajo. La subcontratación propiamente dicha es mencionada por el autor como la tercerización de servicios.

Es interesante citar a Gomes Neto visto que es uno de los pocos autores que expresa nítidamente que hay una diferencia entre ETT y empresa de contratación de servicios, aunque tal nomenclatura tampoco es la más adecuada, como se puede percibir en sus palabras: “Há uma certa confusão conceitual sobre as modalidades de terceirização. Quem é contra o modelo procura enquadrá-lo como simples merchandage, ou seja, a locação de mão-de-obra na qual a empresa tomadora contrata os trabalhadores, por meio de uma empresa interposta, e não os serviços. A Súmula n. 331 do TST faz essa distinção ao dizer que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, salvo nos casos de trabalho temporário previsto na Lei n. 6.019/74. Nas demais hipóteses, não falam na contratação de trabalhadores, mas de serviços. Portanto, não se deve confundir os conceitos e as realidades concretas de cada situação. Normalmente as empresas contratam a realização de determinados serviços e não a locação de mão-de-obra. A locação de mão-de-obra é a exceção e como exceção deve ser examinada”¹⁴³.

Igualmente el autor hace una distinción entre la tercerización de servicios o de obras y la tercerización de mano de obra. En el primero caso lo que interesa a la administración es el resultado final, mientras que en la tercerización de mano de obra existe la figura de triangulación, en el cual se puede decir que sería la subcontratación mencionada en este estudio, en que el contrato es realizado con una contratista, pero que se limita poner a disposición de otras empresas o de la Administración Pública, trabajadores subcontratados.

Antunes declara que las definiciones de “tercerización/subcontratación” (expresión literal del autor) en Brasil no son del todo suficientes; determina que su caracterización como un fenómeno nuevo es dada por la amplitud, por la naturaleza y por la centralidad que asume el contexto de la flexibilización y precarización del trabajo en el sistema globalizado actual¹⁴⁴.

¹⁴³ GOMES NETO, Indalécio, Terceirização – relações triangulares no direito do trabalho, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, vol. 70, n. 09, São Paulo, 2006, pág. 1039.

¹⁴⁴ En este sentido, también son importantes las palabras de Cantard: “A partir de ello, y muy especialmente en los últimos veinte años, las reformas latinoamericanas estuvieron dirigidas a la flexibilización o desregulación. Esto es la disminución de la protección clásica, con la finalidad de conseguir un rendimiento de la empresa y que disminuya el desempleo, y opera disminuyendo los derechos de los trabajadores o modificando la relación de fuentes, entendida ésta como disponibilidad colectiva, en el sentido de negociar colectivamente condiciones a la baja, disponiendo de los derechos y beneficios consagrados legalmente, o incluso la disponibilidad individual, pactando ese tipo de condiciones en desmedro de lo consagrado en las convenciones colectivas”. CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 131.

El autor lo refiere como un proceso de metamorfosis debido a que la tercerización deja de ser utilizada de forma periférica, pasando a ser uno de los mecanismos más usados por la flexibilización productiva de las empresas, siendo de esta forma, la principal vía de flexibilización de los contratos y del empleo; por ser la tercerización una forma de establecer un grado de libertad del capital, para administrar y dominar la fuerza de trabajo casi sin límites, conforme se percibe la flexibilización en los contratos, en la transferencia de responsabilidad de gestión y de costes laborales. Para una definición de tercerización está bien considerar las cuestiones sociales y económicas, pero no se puede decir que la tercerización/subcontratación es la misma forma de explicar un mismo fenómeno.

Silva clasifica la tercerización como: trabajo doméstico, empresas proveedoras de componentes/piezas; subcontratación para servicios de apoyo; subcontratación de empresas o trabajadores autónomos en las áreas productivas/nucleares y cuarterización. La autora es una de las pocas que hace la distinción entre la tercerización y la subcontratación, inclusive, menciona la subcontratación de trabajadores autónomos, aunque es inusual tal concepto dentro de las tantas definiciones dadas por el medio jurídico laboral y empresarial. Otro autor que es interesante mencionar es Boaventura, que hace la diferenciación entre la subcontratación, la intermediación y la tercerización, y al final hace un paralelo entre estas y la precarización de las relaciones de trabajo. Tema este que será minuciosamente estudiado como es reflejado en varios ámbitos de los derechos fundamentales que discierne sobre la subcontratación, como también en otros medios, por ejemplo de sindicatos y medio ambiente laboral que afecta la subcontratación constatando, por lo tanto, que existe un cierto grado de precariedad laboral debido a ésta.

Robotella defiende el término subcontratación por considerar que se trata de una concepción de ayuda mutua, en la cual cada empresa se dedica a su especialización, sin que exista una relación de subordinación¹⁴⁵. Igual de interesante es describir el concepto de subcontratación dado por la OIT y analizado por Robotella: "Conforme estudio da OIT, "la subcontratación es para las empresas otro medio cada vez más corriente de aligerar y flexibilizar la gestión del personal confiando al exterior las tareas que no tienen relación

¹⁴⁵ Concepto de subcontratación dado por el próprio autor: "A subcontratação dá origem a uma parceria entre empresas, cada qual especializada em determinada atividade, direta ou indiretamente ligada ao ciclo produtivo, com seus próprios empregados ou prestadores de serviços, sem qualquer relação subordinante entre elas, mas com divisão e definição de responsabilidades. Da mesma forma, os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da empresa contratante". AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, pág. 240.

directa con su actividad. También se encuentra en una gama de sectores cada vez más amplia, y gana terreno sin cesar en el amplio ámbito de los servicios a empresas en el campo de la seguridad, la restauración, la limpieza, pero también contabilidad, servicios informáticos, o asesoría jurídica. Muchas empresas que tienen la posibilidad de encargarse por sí mismas de tales servicios o de confiarlos a empresas especializadas con las que pueden competir optan por esta segunda alternativa, que les evita gastos de explotación, una serie de costes indirectos y las obligaciones legales inherentes a la contratación de personal trabajador”¹⁴⁶.

Mientras que Mascaro Nascimento defiende el término subcontratación o contrato de proveimiento (y el autor prefiere esta última terminología) una vez que para éste, por entender que la entrega del bien o servicio es el objetivo final, la tercerización pertenece más al lenguaje de la administración empresarial; aunque hay que tener cuidado, repitiendo una vez más, porque la subcontratación debe ser entendida como una de las formas de tercerización y no como sinónimos.

Diversos autores, como es el caso de Souto Leria y Saratt, hacen también la distinción entre empresa de trabajo temporal y la subcontratación; según la legislación las ETT's son empresas que tienen como actividad primordial poner a disposición de otra empresa a trabajadores de forma temporal, lo que significa que este tipo de empresa tiene en su plantilla empleados que son puestos a disposición de la empresa principal en las situaciones de emergencia también dispuesta en ley.

Las empresas contratistas, para los autores, actúan de forma diferente, pues la subcontratación consiste en asumir el compromiso formal de ejecutar actividades específicas predeterminadas en el contrato entre ambas empresas. Aunque es válido mencionar que hay puntos para ser discutidos, como por ejemplo: la nomenclatura “prestadoras de servicios” o “servicios tercerizados” no sería la más adecuada, pues no especifica bien una vez que sigue usando el término tercerizado.

Oliveira Gonçalves define lo que serían empresas especializadas en ofrecer servicios: servicios de tercerización, ETT, autónomos, cooperativados. Distinción no suficiente por ser las empresas de trabajo temporal una forma de tercerización y las cooperativas también pueden ser utilizadas en las subcontrataciones o no, así que tal división no parece aclarativa en el caso

¹⁴⁶ AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, págs. 241-242.

práctico; mientras que Catharino trata de la subcontratación, como consecuencia también de la neoliberalización, a pesar de no acreditar que ésta sea su mayor causa. El autor divide la tercerización entre plazo determinado e indeterminado, tampoco sirve para la subcontratación tanto puede ser por período indeterminado como determinado. Para el autor la determinada es la de ETT's, ya es el segundo autor que piensa de esta forma.

El autor sigue expresando que la subcontratación, llamada por éste tercerización, no surgió con la edición de la ley de las ETT's 6.019/74, y si con la edición de la Ley 7.102/83, que reglamentó la profesión de vigilante e instituí, según el autor, la verdadera tercerización se expresa en: "A Lei n. 6.019/74 instituí apenas o trabalho temporário, parente da terceirização, que será objeto de futuros estudos específicos"¹⁴⁷.

Esta teoría tiene sus fallos, visto que la tercerización es una de las formas de triangulación generalmente usadas, aunque su principal característica es la intervención de una empresa o cooperativa de carácter permanente o no, con objetivos de aceleración y calidad de servicios para una mejor adecuación al sistema económico actual. El autor menciona que la ETT es un pariente de la tercerización, visto que para él la subcontratación es llamada tercerización, y ésta es distinta de las empresas de trabajo temporal, teoría que falla porque el significado de tercerización es la venida de un tercero, lo que acarrea una triangulación, característica que se encuentran también en las ETT's.

Es válido citar a Ferreira Prunes, al mencionar la distinción entre servicios permanentes y ETT's, donde la única similitud entre las dos, según el autor, es la triangulación: "Note-se que distinguimos duas situações que não são assemelhadas, salvo no ponto de haver intermediação. Uma é a hipótese da Lei 6.019, outra é a de serviços acessórios ou complementares da empresa cliente. Em sentido oposto à ementa acima transcrita - o que se constitui em maioria absoluta dos julgados pesquisados: A contratação de serviços permanentes e indispensáveis à empresa não pode ser feito através de locação junto à empresa de trabalho temporário. E, em avenido tal contratação, fica a empresa tomadora responsável solidariamente com a empresa prestadora de serviços, pelo cumprimento das verbas trabalhistas deferidas ao empregado"¹⁴⁸. De esta forma se observa que el autor

¹⁴⁷ OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005, pág. 13.

¹⁴⁸ Basado em la decisión del TST, 2ª T., RR 4.578/85, DJ na 243/86, Rei.: Min. Barata Silva. FERREIRA PRUNES, José Luiz, Terceirização do Trabalho, Juruá, Curitiba, 1995, pág. 174.

diferencia la subcontratación de las ETT's, a pesar de que la nomenclatura de servicios permanentes tampoco sería la más indicada para denominar las subcontrataciones.

Para finalizar, una teoría similar es mencionada por Marinho Falcão: “Não há confundir, pois, empresa prestadora de serviço com as de prestação de mão-de-obra, e assim tem entendido a jurisprudências: "Relação de emprego. Empresa prestadora de serviços. As empresas prestadoras de serviços não se confundem com as locadoras de mão-de-obra, porque assumem compromisso formal para fins de execução das tarefas especializadas, a que se propõem, no âmbito da tomadora, não estando sujeitas ao regulamento da Lei nº 6.019/74, e nem incluídas na vedação emanada do Enunciado nº 256/TST, adstrita a casos de evidências de grau de às Leis Trabalhistas (TRT da 10a Reg., Ac., RO 2551/91, DJU 28- 10-92, Rel. Juiz José Aparecido Guimarães)”¹⁴⁹.

El autor hace una diferenciación entre prestadoras de servicios, que serían las empresas de contratas y subcontratas, y prestadoras o locadoras de mano de obra, que serían las ETT's, lo que significa que es fundamental expresar en una legislación, de forma detallada las formas de tercerización y sus características, con finalidad de no tener dudas acerca del objeto de este estudio, que es la subcontratación, como es el caso español, que hay dos legislaciones distintas que tratan de especificar el contenido y las formas de uso de la subcontratación y de las ETT's, como será visto mejor en su momento.

A lo que discierne a la nomenclatura de la subcontratación en el caso español, es importante citar el histórico no de la subcontratación sino, más específicamente de su propia nomenclatura, dado por Olmo Gascón al mencionar que proviene tal fenómeno del sector de la construcción y que solo posteriormente paso a ser utilizado en otros ámbitos empresariales:

¹⁴⁹Sigue explicando el autor: “A empresa fornecedora, neste caso, se obriga perante a empresa adquirente, mediante contrato, a fornecer determinada quantidade diária, semanal ou mensal de certo tipo de embalagem, com preço certo por cento ou milheiro, ficando a empresa-adquirente com a obrigação, apenas, de pagar o preço contratado. Um outro exemplo, v.g., que bem poderia ilustrar quanto vimos afirmando, diz com a editoração livreira, em que a editora que patrocina a edição não está obrigada a realizar todos os trabalhos inerentes à editoração, tanto assim que uma determinada empresa lhe fornecerá a capa, uma outra a composição gráfica, uma terceira poderá se encarregar da encadernação, e, assim por diante, a atividade de confecção da obra será inteiramente terceirizada, recebendo a editora, finalmente, o trabalho pronto para lançar no mercado através de uma distribuidora. Livra-se, a empresa terceirizante, por consequência, dos encargos sociais e trabalhistas que teria com empregados se tivesse, ela mesma, que produzir o produto de sua finalidade mercantil: eis um dentre muitos benefícios da terceirização. A terceirização, entre a empresa terceirizante e a terceirizada, passa, necessariamente, por um contrato entre as partes, como em qualquer outro negócio, com uma grande diferença, ou seja, esse contrato guarda características especiais, podendo ser um contrato comum ou se constituir num misto de vários contratos, em que encerra, ao final, um pacto completamente novo. A propósito dessa particularidade. Sérgio Pinto Martins. A Terceirização e o Direito do Trabalho, Malheiros Editores, 1995, p. 43, enfatiza: "Seria o caso de se verificar uma mistura de licença de patentes, de marcas ou de know-how, ou seja, um contrato envolvendo em parte questões de propriedade industrial, porém tendo elementos de contrato de pesquisa, de subempreitada, de fornecimento de engineering, de locação de mão-de-obra, concessão mercantil, representação comercial autônoma, e até mesmo do franchising, (...). Não há, assim, a preponderância de um único contrato, mas de vários deles". MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, pág. 38.

“La mayoritaria opinión doctrinal de que los mismos deben encontrar cobijo en el artículo estatutario, ha sido objeto de algunas matizaciones, como de que a pesar de que los términos contratación o subcontratación de obra o servicio determinado, dada su abstracción, puedan obedecer a un deseo del legislador de incluir en el precepto un amplio abanico de conductas, lo cierto es, que la adopción de la terminología de subcontrata tiene su origen en que la figura a la que originariamente se dirigía el precepto —la contrata—, no se refería a una clase genérica de actividades, sino a un supuesto concreto de negocio interempresarial («parcelaciones de la edificación, reforma o restauración de un inmueble»), fenómenos de externalización de funciones que a partir de la década de los 70 se extienden al resto de los sectores productivos, adoptándose legalmente el término de subcontrata, no siendo más que la contrata tradicional, exportada a otros sectores distintos al de la construcción”¹⁵⁰.

Lo que se puede observar en sus palabras es que su percursor fue la construcción, inclusive la nomenclatura clásica para determinar los sujetos de una subcontratación era de “empresario principal-contratista-subcontratista” siendo que el primero también era llamado de promotor, tema que mejor será abarcado posteriormente.

Aunque, tratando más a fondo el tema de la nomenclatura, al principio en España también se cuestionaba no solamente la nomenclatura y si su representación y legalidad de las subcontrataciones como se puede percibir en las palabras de Montoya Medina: “Expuestas las funcionalidades más características de las técnicas descentralizadoras, no hay que dejar pasar por alto que las mismas, y en especial la subcontratación de actividades productivas, presentan singulares inconvenientes”¹⁵¹.

Segundo Palomeque López, la subcontratación es definida como: “Contrata (o subcontrata) es una expresión que se refiere a la relación contractual que materialice supuestos de descentralización productiva, empresarial, tales como contrato de empresa, contrato de ejecución de obra, de arrendamiento de servicios o, incluso, supuestos de contradicción administrativa para la gestión indirecta de servicios (SSTS 27-9-1996, A. 6910 y

¹⁵⁰ La autora sigue explicando el fenómeno de la subcontratación en la historia española: “(...)En la génesis de esta multiplicidad de fórmulas de externalización de controvertido encaje en el régimen de la contrata y subcontrata, tiene un papel nuclear el incremento social y productivo del sector servicios. En las últimas décadas el sistema productivo ha trasladado su punto de apoyo del sistema propiamente industrial, al de utilidades prestadas directamente al consumidor. Ello unido al fenómeno de la desmembración empresarial a través de mecanismos descentralizadores, ha provocado un importantísimo aumento de las subcontratas de servicios frente a las de obras. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs.40-41.

¹⁵¹ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 41-42.

18-3-1997, A. 2572) por los que el empresario contratista (empresa auxiliar) se compromete a la realización de una obra o servicio determinado y el empresario contratante o comitente (empresa principal) adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto. La figura puede continuar de forma encadenada y el contratista aparecer como principal que subcontrata una parte de su labor”¹⁵².

Blat Gimeno define que la ciencia económica otorga a la subcontratación un doble sentido: “En una acepción amplia, designa toda descentralización al exterior de la empresa de las actividades o fases que integran su ciclo productivo. En un sentido estricto, cuando se habla de subcontratación se hace referencia a la operación mediante la que una empresa encomienda a otra la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios”¹⁵³.

Autores como Martín Valverde, Rodríguez–Sañudo Gutiérrez y García Murcia definen la subcontratación, inclusive se preocupan más con el cuño social que las contrataciones pueden causar en la sociedad, como se puede percibir: “Contrata y subcontrata son en principio figuras lícitas en la organización de las actividades empresariales. Estas fórmulas de organización productiva pueden ser utilizadas, sin embargo, con una finalidad fraudulenta: elusión de las responsabilidades empresariales por parte de quien utiliza los servicios de los trabajadores, aplicación a los trabajadores pero sin aparecer como empleador, medio para que la plantilla de la empresa principal no llegue a sobrepasar un determinado número de trabajadores, aplicación a los trabajadores de la empresa contratista de normas sectoriales distintas de las aplicables en la empresa principal u otras”¹⁵⁴.

Para Rivero Lamas y Val Tena, la terminológica subcontratación es criticada, pues, según ellos, se debe hacer extensiva también al equívoco que tal nomenclatura entraña, visto que la “subcontratación designa en el lenguaje económico empresarial, y también en su versión inglesa, la forma más común de descentralización productiva mediante el uso de contrataciones, esto es, la exteriorización de una parte del proceso productivo de la empresa utilizando la contratación con otras empresas, cualquiera que sea la forma contractual que se

¹⁵² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 536.

¹⁵³ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contrataciones y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 53.

¹⁵⁴ Y sigue explicando los autores: “En estos casos, el que figura como contratista no es empresario más que en apariencia, consistiendo su intervención solamente en prestar su ficticia personalidad como tal para desplazar hacia él las responsabilidades empresariales que corresponden al empresario principal, que es el real, al recibir directamente los servicios de los trabajadores por el otro”. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ–SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín & GARCÍA MURCIA, Joaquín, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 231.

utilice, denominándose genéricamente subcontratista al que ejecuta directamente las funciones descentralizadas. El uso que se hace del término subcontratación en el contexto del artículo 42 LET pretende incluir tanto a la mencionada significación económica, como los supuestos en los que el contratista, que se compromete a realizar obras o servicios para la empresa principal, decide pactar con otro u otros contratistas la realización de una parte de aquellas o estos”¹⁵⁵.

El concepto quizás más completo – en el cual tampoco se encuentra ninguna discusión en los días actuales acerca de él – es el de Alonso Olea y Casas Baamonde, en el cual expresa: “El empresario (contratista) que, asumiendo los riesgos, obligaciones y responsabilidades propios de dicha condición de empresario, con “una organización y gestión propias” (Rodríguez-Piñero), con “una actividad actividad empresarial propia” (STSud 16 junio 2003), “una organización productiva propia” (art. 4.1.a) LSCons), acepta la realización de obras o servicios cuya ejecución le confía otro (empresario principal), para sí propio o para la ejecución le confía otro (empresario principal), para sí propio o para la ejecución de un encargo que a su vez ha recibido de otro empresario, en cuyo caso éste es el principal, lo que quiere decir que el contratista subcontrata (confía a un subcontratista) parte de su encargo (apareciendo entonces la serie (1) empresario principal, (2) contratista, (3) subcontratista, que puede ser también un trabajador autónomo, en vez de la serie simple empresario principal-contratista). Contratos todos ellos lícitos – resultantes de la amplia posibilidad del uso por casa empresa de empresas auxiliares – cuyos efectos laborales reflejos se abordan por el complejo art. 42 ET y, además, específicamente para el sector de construcción por la LSCons, desarrollada por RD 1.109/2007, de 24 de agosto”¹⁵⁶.

El concepto de contratas puede ubicarse dentro de la categoría negocio jurídico, entendido como un acto de voluntad, por el que varios sujetos establecen una relación conforme a sus fines e intereses, y susceptible de ser tutelada por el Derecho. En la figura de la contrata, como se verá, concurren todos los requisitos para poder hablar de un negocio jurídico: “existe una declaración de voluntad, un acuerdo, entre varios sujetos, manifestado a través del consentimiento expreso de cada uno de ellos; además este negocio jurídico presenta una serie de rasgos particulares, que permiten definirlo: se trata de un negocio

¹⁵⁵ AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 36.

¹⁵⁶ ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, Derecho del Trabajo, Madrid, Thomson Civitas, 2008 págs. 166-167.

jurídico oneroso y bilateral, que tiene como objeto la ejecución de obras o servicios a cambio de un precio”¹⁵⁷. Inclusive serán vistas críticas posteriormente de que el legislador no tuvo la precisión suficiente para fijar el negocio jurídico al que se dirige la tutela contenida en el art. 42 ET.

El termino contratas y subcontratas ha sido utilizado desde siempre por el art. 42 ET y también ha sido discutido, como se pudo percibir, por la doctrina y juristas tal nomenclatura, como también las dudas interpretativas y el auténtico ámbito aplicativo de ésta norma. Otros preceptos extraestatutarios igualmente han mencionado tal nomenclatura como se puede ver por ejemplo el art. 1.3 Ley 2/1991 que trataba sobre la información a la representación de los trabajadores en cuestión de empleo, en la cual mencionaba la obligatoriedad de notificación por parte de la contratante a los representantes de los trabajadores en el caso que ocurriera una subcontratación.

Como ha ocurrido en Brasil, al parecer se percibe que el término subcontratación ha venido de la ciencia económica, en este sentido es importante la explicación de Olmo: “Paradójicamente, las normas laborales no han adoptado el término subcontrata en su acepción jurídica, es decir, como contrata sobre contrata o contrata de segunda mano sino que utilizan ambos términos de forma indiferente, otorgando idéntica protección a ambos fenómenos. De este modo la vacilación del redactor del art. 42 ET debe interpretarse de forma que la fórmula completa de descripción del campo aplicativo del precepto se halla en el primer párrafo, en el que se cita la contrata y subcontrata conjuntamente, y «que las responsabilidades de subcontratistas del título y del párrafo segundo utilizan este término en su significación económica de empresa especializada o subsidiaria a la que se hace un encargo productivo», lectura avalada por los nuevos números añadidos al precepto por el RDL 5/2001, que alude en todas las ocasiones a contratas y subcontratas”¹⁵⁸.

En el área negocial la nomenclatura contrata es un término utilizado para especificar de ejecuciones de obra en la legislación administrativa pero que no fue acogida por la legislación

¹⁵⁷ LLANO SÁNCHEZ, Mónica, Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, La Ley, Madrid, 2000, págs. 29-30.

¹⁵⁸ Y sigue explicando la autora: “El concepto económico de contrata no sólo aparece en los orígenes del propio art. 42. Normas posteriores como la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, en su art. 1.3 (incluido actualmente al art. 64.1.1.º ET) al determinar la obligatoriedad de la información al menos trimestralmente a los representantes de los «supuestos de subcontratación» en la empresa, emplea la noción «en su acepción económica» equivalente a los fenómenos de «externalización» de servicios y de descentralización productiva de la empresa”.OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs.18-19.

civil, pues solo reconoce la figura genérica de los arrendamientos de obras. Segundo Olmo “la dificultad de conceptualizar unívocamente una figura como a contrata se multiplica notablemente cuando de lo que se trata es de dar una noción a nivel internacional, buscando dar cobertura legal a la contrata, con todas diversidades y peculiaridades existentes en los países que la utilizan. Buena prueba de ello ha sido el Informe VI «Trabajo en régimen de subcontratación», OIT, 85.a reunión, 1997, que en sus conclusiones ampara bajo el régimen de la subcontratación figuras tan diferentes que ha sido imposible dar un tratamiento homogéneo a las mismas, alcanzándose un resultado bastante decepcionante”¹⁵⁹.

Es válido hacer un paréntesis explicativo y reafirmar que la regulación de la figura de la subcontratación en la legislación española, obedece a dos modelos complementarios que la desarrollan: el primero de ellos, como ya mencionado anteriormente, establece de forma general la figura de la subcontratación en el artículo 42 ET, en donde se expresa de forma ampliada y universal el uso de este contrato.

El segundo es la Ley 32/2006 de subcontratación en el sector de la Construcción, incorpora una definición más rigurosa de las figuras de contratas y subcontratas, al establecer una serie de novedades en las relaciones y sujetos que intervienen en estos contratos como lo es: promotor, contratista o empresa principal, subcontratista y autónomos, así como regular los niveles de subcontratación, introduciendo así una definición del concepto de subcontratación, específico para el uso de este contrato en actividades de la construcción. Inclusive, nunca es poco, resaltar el objeto fundamental de este estudio que es analizar algunas figuras jurídicas pertenecientes al régimen jurídico de las contratas y subcontratas en España como forma de implantación, en lo que sea posible, al contexto social, político y económico, y consecuentemente, a la legislación laboral brasileña.

Después de haber hecho el paréntesis, es importante también mencionar la noción de empresario, que es frecuentemente utilizada tanto por la rama mercantil como por la laboral, aunque no necesariamente tengan el mismo sentido, pues pueden existir empresarios mercantiles que no son empresarios laborales, de esta forma sería mejor empleado el vocablo empleador. El art. 42 ET establece como los empresarios que contraten o subcontraten con otros, y en este caso se trata tanto del contratante como del contratista. Aunque la

¹⁵⁹ OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 21-22.

jurisprudencia no ha aceptado tal sentido, ampliándolo también a otras personas, asociaciones o entidades que puedan calificarse en el sentido de subcontratación.

En relación a la definición de empresa contratante, muchas definiciones diferentes fueron adoptadas por la doctrina, e infelizmente muchos fueron utilizados para la institución en operaciones empresariales para los que no fue ideada; así que éste era otro de los temas de debates en la doctrina española hace algunos años; y por tal motivo, los autores y jurista pedían que la legislación buscara un concepto de empresario principal más riguroso, en el cual no se pudiera dar márgenes a ampliaciones o males interpretaciones – como es el caso de las cesiones ilegales de trabajadores -, o también como es el caso de la diferenciación entre subcontratas y de la franquicia o cualquier otro fenómeno de outsourcing, que solamente tienen en común entre ellos la existencia de un empresario interpuesto.

En relación a la subcontratación en el ámbito de la Administración Pública española, siempre ha sido un tema controvertido, aunque en los días actuales parece ya solucionado, al final el Tribunal Supremo ha ampliado la utilización del concepto de empresario, y la Administración Pública ha podido rellenar los requisitos exigidos para considerado como tal, entre tantos otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en los cuales reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en la administración pública.

Otra definición discutida era la de empresario contratista, éste al menos debe tener las prerrogativas de un empleador-empresario, sea contratante o contratista, pues estos deberán tener trabajadores y todo el complejo en que implica tener una empresa, a pesar de que parte de la doctrina no afirma ser necesario, en relación al contratante, que haya trabajadores pues puede ser hecho una equiparación a los trabajadores correspondidos en el caso de haberlos tenido; dado que en los días actuales pueden haber casos de extrema descentralización productiva, siendo el principal objetivo de la normativa laboral proteger a los trabajadores subcontratados independiente si el empresario principal sea titular o no de relaciones laborales. Una de las características esenciales para no ser considerada como una cesión ilegal de trabajadores es que el poder de dirección solamente puede ser ejercido por la contratista, mientras que los lineamientos técnicos son determinados por la contratante.

Resumiendo, en este sentido, cinco son los requisitos, apuntados por Olmo Gascón, para el reconocimiento de licitud de una contratista: “en primer término, disponer de una organización con existencia autónoma o independiente; contar con los medios materiales y

personales necesarios para el desarrollo de su actividad; desarrollo de una actividad lícita, propia y específica, que sea diferente de la de la empresa principal; organización, dirección y control efectivo del desarrollo de su propia actividad, y por último, asunción de las responsabilidades y los riesgos propios de una gestión empresarial”¹⁶⁰.

Regresando al tema del negocio jurídico, hace unas décadas atrás también se veían críticas al legislador español por estos no haber tenido el empeño suficiente para fijar el negocio jurídico al que se dirige la tutela contenida en el art. 42 ET, en el cual tales autores afirman que la nomenclatura usada tampoco es la adecuada, la clasifican como poco académica, atécnica y procedente del lenguaje coloquial o del argot industrial, como expresa Nores Torres. Segundo éste “si bien se ganaba en comprensión por parte de los destinatarios de la norma, se perdía en rigor técnico e, igualmente, se generaba un problema interpretativo de importancia en el momento de atribuir un significado preciso a los términos en cuestión”¹⁶¹. Igualmente se reclamaba la dirección del art. 42 ET a los casos de realización de obras, faltando hacer mención a los servicios, aunque en los días actuales el título del art. 42 ET se denomina “subcontratación de obras y servicios”.

Para la doctrina española, nunca fue un problema difícil de reconducir la contrata de obras o servicios a la figura del contrato de ejecución de obra o al contrato de empresa, a pesar de que ninguna de las dos tuviera reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico español, aunque se basaban en el art. 1.544 CCE en el cual trata del arrendamiento de obras y servicios¹⁶², como el contrato en que una parte se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por cierto precio.

¹⁶⁰ OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs.34-35.

¹⁶¹ NORRES TORRES, Luis Enrique, El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág 32.

¹⁶²Es importante citar que: “En nuestro ordenamiento, el origen del contrato de arrendamiento de obra o servicio determinado, se encuentra en el de naturaleza civil regulado escuetamente en el CC (arts. 1583-1587), normativa sobre la que cabe destacar el evidente retraso con que se adopta en España (85 años después de la promulgación del Código Napoleónico). Todo contrato de ejecución de obra «engendra una serie de vínculos, determinantes de los correspondientes efectos jurídicos y que, a lo que a nosotros importa, son vínculos de orden civil y vínculos de orden laboral», si bien actualmente, tal normativa debe entenderse derogada o inaplicable para los trabajadores asalariados, que quedan bajo el ámbito aplicativo del ET y del resto de las normas laborales. El hecho de que la contrata y subcontrata, encuentre su molde jurídico en el contrato civil de ejecución de obra, ha originado problemas de confusión entre ambas figuras; por contrato de ejecución de obra cabe entenderse aquél por el que «una de las partes se obliga a ejecutar una obra (...) por precio cierto» (art. 1544 CC); «dentro del genérico arrendamiento de obras se distingue, según el sujeto que se obliga a ejecutar la obra, entre el contrato de obra (también denominado «arrendamiento de obra» o «ejecución de obra» stricto sensu), en el que el contratista que asume la realización personal de la obra, ayudado, a lo sumo, por algún ayudante; y el contrato de empresa o contrata, en el que el contratista es una persona física o jurídica, que actúa a través de una organización empresarial de la que es titular y en la que emplea trabajadores asalariados »”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 05-06.

Autores, como es el caso de Olmo Gascón, dejan claro su postura de que a pesar de haber tenido problemas de confusión entre ambas figuras¹⁶³ son institutos diferentes. Igualmente hay que mencionar el art. 1.588 CCE contempla que la ejecución de la obra puede contratarse de forma que quien la ejecute ponga únicamente su trabajo o industria, o que esta también podrá suministrar el material necesario para la misma.

La problemática de la reconducción de la contrata al contrato de empresa, siendo considerada como un variante del contrato civil de ejecución de obra, también calificada por el CCE como arrendamiento de obras, es como adecuar el tipo contractual de los servicios conforme menciona el art. 42 ET. Particularidad interesante a ser resaltada es que el CCE hace una diferenciación conceptual y regularización conceptual distinta entre los arrendamientos de obras y los de servicios¹⁶⁴, la doctrina española toman posturas distintas: una parte considera que se puede hacer una equiparación entre las contratas y el contrato de empresa, bastando solamente incluir como eventual objeto del contrato tanto las obras como los servicios; mientras que la otra parte de la doctrina niega la identificación de la contrata con el contrato de empresa.

Otro tema analizado fue la diferenciación hecha entre las contratas de obras y las de servicios. Olmo Gascón la ha descrito claramente: “A parte de las diferencias conceptuales y constitutivas de las contratas de obras o servicios (sobre todo en orden al resultado final del contrato interempresarial), no se ha tenido en cuenta que el elemento distintivo y determinante de cada una de ellas es la perdurabilidad en el tiempo. Mientras que las contratas de obras —la contrata original de introducción civil— suelen concertarse por un tiempo concreto: el de la perfección de la propia obra, en el caso de las de servicios, de origen más moderno coincidente con la eclosión de la terciarización del mercado, la perdurabilidad es manifiesta. Se trata en este último caso de subcontrataciones que satisfacen necesidades no

¹⁶³ En este sentido: “Pues bien, es en esa referencia a la posibilidad de poner «trabajo o industria» donde se ha querido ver el reconocimiento de la diferencia entre el simple contrato de ejecución de obra y el contrato de empresa, figura esta última a la que remitiría el artículo 42 ET cuando emplea la expresión «contrata de obras y servicios» según ya se ha señalado. En definitiva, se trataría de un supuesto de locatio operis singularizado por una característica muy concreta: quien asume la ejecución del encargo, en lugar de emplear un trabajo prevalentemente personal, lo lleva a cabo valiéndose de una organización empresarial”. NORRES TORRES, Luis Enrique, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 32-33.

¹⁶⁴ Al respecto: “Sin adentrarse en un análisis profundo de las mismas, interesa destacar que, en el momento de afrontar la regulación de la primera figura, lo hace tomando como referente aquellos contratos que tienen por objeto las obras de construcción, como si descartara otras posibilidades o, en definitiva, otros eventuales objetos. Esta particular perspectiva, que late en toda la sección destinada a disciplinar el arrendamiento de obras, resulta especialmente clara en los supuestos de hecho contemplados en los artículos 1591, 1593 y 1594 Ce, donde las referencias a dicho universo de la construcción son continuas: «el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción... igual responsabilidad tendrá el arquitecto...»; «el arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra...»; «el dueño puede desistir... de la construcción de la obra...»; etc”. NORRES TORRES, Luis Enrique, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 42.

perentorias con una duración incierta y mayoritariamente no limitada en el tiempo; además es habitual que añadidamente, las contrata de obras se ejecuten con exclusividad para un único empresario principal, mientras que las de servicios se presten para varios simultáneamente”.

A pesar de ser poca la diferencia conceptual entre ambas, la autora ha mencionado que es fundamental en el momento de aplicación del régimen jurídico, quedándose excluida de tal concepto otros institutos como es el caso de la compraventa, suministro de bienes, los que se encuadran en el régimen de las ETT's, entre otros.

Otro punto bastante discutido por la doctrina española fue lo relacionado al concepto de propia actividad, en el cual hubo una dificultad en diferenciar lo que hace parte de la propia actividad de una empresa y las actividades accesorias, siendo a nivel práctico que sean analizada caso por caso – semejante aplicación para tal diferenciación debe ser utilizada para Brasil, y en este sentido también hay que mencionar que en la doctrina española la utilización de la vía de contratos de servicios, puede provocar un resultado material no expreso por el art. 42 ET, como son los casos de las empresas de limpieza, seguridad, jardinería, comedor, mensajería, etc., que de alguna forma son casos típicos en España de subcontratación. El tema de la propia actividad será mejor analizado en el próximo capítulo.

El artículo 42.1 ET permite que existan contrata y subcontratas en la propia actividad de la empresa, como se ha acabado de mencionar. La empresa matriz o principal contrata una empresa contratista para realizar una obra o servicio determinado en contrapartida de pagar un precio, de igual manera se puede seguir la cadena y la empresa contratista puede subcontratar los servicios, no siendo considerada como una cesión ilegal en los casos que sigan las reglas estipuladas por el ET: El contratista, conforme el art. 42.1 ET, deberá estar al corriente en el pago de la Seguridad Social, como también que tenga constitución patrimonial y organización empresarial propia y toda la instalación necesaria para la realización del trabajo a ser contratado.

Así que la definición de la propia actividad es la clave para identificar los servicios que pueden ser contratados por la empresa principal. Conforme el Dossier de los “últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contrata y subcontratas de obras o servicios, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresas”, se puede percibir el posicionamiento de este tribunal en relación al concepto de propia actividad que es lo del trabajo inherente a su ciclo productivo.

Hay dos posicionamientos doctrinarios, apuntados por el Dossier, en que define tal concepto. El primero, que es el entendimiento mayoritario, engloba no solamente las actividades esenciales de la empresa sino también las que resulten necesarias para el buen funcionamiento y organización del trabajo, es decir, las tareas complementarias, mientras que la segunda considera solamente las tareas correspondientes al ciclo productivo, o nucleares, de la empresa principal.

En el caso que no se sigan las determinaciones mencionadas en el art. 42 ET se considerará un caso de cesión ilegal – tema también mejor analizado en el próximo capítulo - o en otras palabras, “cuando no se aportan medios patrimoniales, ni se asumen los riesgos de la explotación (STS 17-7-1993, A. 5688), ni se ejerce un poder directivo, con dirección y gestión propias (sts 19-1-1994, A. 352). La necesidad del soporte de esta relación contractual es esencial para que la regulación legal de la contrata o subcontrata no sea simplemente una norma de cobertura con la que se defraude la prohibición del art. 43 LET, la mera actividad de ceder ilegalmente personal”¹⁶⁵.

Por último, - antes de entrar en el punto de especificaciones, histórico, características y peculiaridades de las contrata y subcontratas - es válido mencionar sobre el concepto de lugar de trabajo, que de alguna manera se encuentra relacionado con la actividad propia de la empresa, es entendido por este tribunal como que en la hipótesis de contrata o subcontrata, no se insenta de la responsabilidad, como será visto más detalladamente adelante, y que el lugar de trabajo no es ajeno a la empresa principal, es considerado como un todo. Igual de válido es mencionar que en los casos que se produzcan accidentes laborales, las instalaciones donde sucedan son equiparadas como el centro de trabajo. De esta manera, se amplía el entendimiento de lugar de trabajo, en el cual éste puede ser realizado en el campo, aire libre, dentro de la propia empresa principal, o en cualquier otro sitio, como se puede denotar “pues se trata de del área geográfica de la propia actividad de la empresa, en donde se hallan los

¹⁶⁵ Sigue explanando la importancia de definir el significado de “actividad propia”: “no tiene en el plano jurisprudencial fuerza expansiva y se define con referencia a las inherentes e indispensables al fin de la empresa principal, y que se incorporan al propio ciclo productivo, al resultado final de la empresa, a lo que pone en el mercado (...). De este modo, quedan fuera los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa comitente (...), dejando así de lado la interpretación que iguale propia actividad a todo cuanto profesionalmente realice un empresario. La jurisprudencia exige una conexión intensa entre las actividades del principal y del contratista (...). De este modo, cuando se dan esos dos elementos definitorios (contrata referida a la propia actividad) se aplica la permisividad del artículo 42 LET y puede realizarse la desconcentración funcional que una empresa necesite”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pág.517.

materiales (postes, conductores, cables) que son de su propiedad o están a su disposición, mediante los cuales realiza aquella y cuya conservación y mantenimiento le corresponde”¹⁶⁶.

2.3 Histórico, características, clasificación, fundamentos y finalidades de la subcontratación

"Pensar es el trabajo más pesado que hay,
y quizás sea la razón para que tan pocos se dediquen a eso."

Henry Ford

Después de un análisis teórico de las definiciones de subcontratación de ambos países, se estudiará las peculiaridades de la subcontratación. En relación al histórico de la tercerización – que de alguna forma se encuentran las contratas – autores, como es el caso de Castell, afirman que la tercerización en sentido amplio de la palabra, no es un fenómeno completamente reciente de esta sociedad globalizada actual. En la antigüedad se observaba el uso frecuente de herramientas de trabajo cedidas por el empleador al empleado, para que este realizase una determinada tarea, mismas que se le entregaban antes de la realización y al final del trabajo; todavía las herramientas eran del empleador y muchas veces se devolvían cuando terminaban las obligaciones profesionales¹⁶⁷. De la misma manera se puede ejemplificar con: la creación de las Corporaciones de Oficio, visto que la característica de la relación de trabajo es similar a la de una subcontratación; sin olvidar, que en la misma época de pleno auge “fordista”, existía la subcontratación, obviamente en un número más reducido comparado con la actualidad¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Mayor explicaciones véase LUQUE PARRA, Manuel & GINÉS I FABRELLAS, Anna. DOSSIER últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. IUSLabor 2/2006, Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>

¹⁶⁷ Castell argumenta que la subcontratación no es un fenómeno actual, y si una amplitud de su uso, cuando explica en su libro que “na Europa, entre os séculos XVI e XVIII, se practicava el “putting-out system”, sistema de subcontratação onde o comerciante fornecia lã, o tecido de lã ou o metal, e às vezes até as ferramentas, a trabalhadores habitantes no meio rural, retornando estes o material acabado ou semi-acabado” LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra. Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, págs. 74-75.

¹⁶⁸ También se puede citar a Romano Martinez: “Como o subcontrato não contrariava as características da personificação e da intransmissibilidade do vínculo, veio a ser aceite no direito romano. Parece que a sublocação se praticou desde tempos mais remotos, como os do Código de Hammurábi. (...) Na empreitada o comitente não podia exigir do condutor que este executasse pessoalmente a obra, a não ser que a execução por terceiro não satisfizesse o interesse do credor. Fora destes casos, o empreiteiro podia utilizar, na execução da obra, o pessoal auxiliar de que necessitasse; e podia também encomendar a execução da obra, total ou parcialmente, a um terceiro substituto”. ROMANO MARTINEZ, Pedro, O subcontrato, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, págs. 59-61.

El concepto histórico de la concepción de tercerización propiamente dicha, que igual de las cooperativas, empezó con un objetivo interesante, una nueva forma de venta de servicios, que con el pasar de los años fue siendo modificada sus ideas por la realidad del mercado de la época, realidad aprovechada por las empresas tomadoras y multinacionales que dictan las reglas. La explotación de las relaciones entre empresas y utilización para enmascarar la intermediación de mano de obra no tardaron a aparecer.

Es válido mencionar los pensamientos de los autores a cerca de la tercerización en los inicios de la década de los años noventa. La nueva teoría de tercerización estaba basada en que el reto era llegar más al cliente, a través de productos más accesibles y de igual o mejor calidad. El cliente era el principal argumento, la buena colocación en el ranking de ventas y el propio lucro eran apenas las consecuencias naturales de la tercerización. De esta manera la empresa tendría que acabar con la barrera y la concepción tradicional de conceptos pre-establecidos de concentrar todo en una sola empresa.

Segundo el autor Efing, el surgimiento de la subcontratación¹⁶⁹ - concepto un poco distinto del habitual porque pone el empleado como la figura que buscó no más querer ser subordinado al empleador - pudo ocurrir: “dentro da idéia de evolução social, o empregado, subordinado ao empregador, caracterizando relação de emprego, foi cada vez mais buscando o afastamento do vínculo empregatício resultante da subordinação. As relações de trabalho e de emprego passaram a apresentar tendência de certa descaracterização, vez que é evidente a busca pela referida não-subordinação e com isso o aparecimento de microempresas, o

¹⁶⁹En relación al histórico del surgimiento de la subcontratación, es válido citar a Cavalcante: “Para que se possa analisar a terceirização, como forma de organização da produção capitalista no Brasil, há necessidade de incursionarmos pela história da indústria nacional, que teve como marco o boom industrial ocorrido nos anos 50, através do qual o Poder Público Federal, como atrativo para que as grandes empresas se instalassem no país, conferiu uma série de subsídios e créditos, o que, de fato, atraiu o capital estrangeiro dando origem à indústria brasileira. Como esses subsídios eram concedidos unicamente para o ativo imobilizado (materiais e equipamentos), as grandes empresas passaram a importar o maquinário de suas matrizes no exterior. Aliado a esse fato, o fechamento do mercado brasileiro à concorrência internacional restringiu as possibilidades de suprimento das empresas instaladas no país, reforçando a tendência de concentrarem nelas próprias todo o ciclo produtivo. Realmente, enquanto a indústria crescia, havia a estagnação dos seus segmentos periféricos, não conseguindo os fornecedores internos suportar as exigências da demanda, notadamente no atendimento da nova realidade tecnológica que se impunha, o que obrigou esse segmento a manter uma política de suprimentos própria, arcando, em consequência, com todas as fases da produção. Laborava desfavoravelmente às empresas nacionais a precariedade das comunicações e transportes, bem como a concessão de empréstimos pelo Estado, que facilitava a verticalização, na medida em que possibilitava às grandes empresas se instalarem com capital suficiente para concentrar todas as etapas do processo produtivo”. Cavalcante Júnior, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, 98. O también a Pereira da Silva al mencionar que: “De 1940 até os tempos recentes são decorridos mais de 50 anos e o processo não ficou parado. A terceirização vitimou as áreas de serviço e ocupou novos espaços, como gestão jurídica, logística, atividades meio (assim entendidas aquelas que envolvem processo fabril, mas não constituem especialidade do produtor do bem final—como um amortecedor para um automóvel). Exemplificando ainda: a estampagem de peças metálicas para a construção de uma geladeira ou a unidade de refrigeração de um aparelho de ar condicionado não são atividades-fim para um fabricante de geladeiras ou de aparelhos de ar-condicionado. São atividades-meio e, portanto, não devem fazer parte de seu processo produtivo”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 29.

crescimento da terceirização do trabalho, na qual o contrato passa a ser firmado não mais entre empregado e empregador, mas sim, entre tomador e a empresa prestadora. Desfazendo-se com isso o vínculo entre tomador e prestador direto de serviço. Tudo isso visando otimizar a atividade produtiva. Délio Maranhão afirma, na relação à tendência da economia: "Entram em cena os modelos de verticalização e horizontalização da atividade econômica, significando aquela a centralização funcional, vale dizer, unifica-se sob comando único todas as atividades que, direta ou indiretamente, concorrem para o empreendimento percorrer todas as etapas de produção e, assim, atingir sua finalidade"¹⁷⁰.

Diferente concepto tiene Ferreira de Castro, que afirma que históricamente la subcontratación tiene su origen en la II Guerra Mundial¹⁷¹. Contradiendo tal teoría, otros mencionan que se instituye antes de la guerra - época que también coincide con el surgimiento de la globalización - a pesar de afirmar que ya existían desde antes actividades prestadas por terceros.

Mientras que, del punto de vista de la intermediación de la mano de obra, el surgimiento de la subcontratación, según palabras de Prunes, ocurrió en épocas más remotas, como se puede percibir: "Entre as muitas leituras sobre a intermediação de mão-de-obra em seus muitos aspectos e espécies, vale a transcrição de escritos do clássico Maurice Dobb (Salários, México, Fondo de Cultura Económica, 3a ed. da tradução em espanhol, 1957, p. 57):

¹⁷⁰EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 34. Varios autores tratan del surgimiento de la subcontratación, segundo Souto Leiria y Saratt, el surgimiento sucedió: "nos Estados Unidos, antes da II Guerra Mundial, e consolidou-se como técnica de administração empresarial a partir da década de 50, com o desenvolvimento acelerado da indústria. No Brasil, a rotina da terceirização foi introduzida pelas fábricas multinacionais de automóveis, que, tendo a agilidade como meta, nada mais são do que montadoras, intencionalmente dependentes da produção de peças entregues a outras inúmeras empresas. Hoje em dia, é difícil imaginar qualquer empreendimento industrial ou comercial que não possua ramificações, ou que não tenha parte de seus serviços ou produtos realizada por terceiros SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial, São Paulo, Editora Gente, 1996, pág. 22. En este sentido: "Não se pode negar que terceirização seja uma tendência econômica e reformulação do sistema produtivo capitalista. Através dela, estrutura clássica é alterada, passando a predominar o modelo vertical das etapas do processo produtivo, é alterada, passando a predominar o modelo horizontal, organizado com a menor hierarquia possível. (...) Antes considerada como uma entidade auto-suficiente que se ocupava de todas fases e etapas do processo produtivo, agora a empresa centra-se naquilo que é sua especialidade". AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de & SOUZA E SILVA TORRES, Marcos, Terceirização e direito comparado, em Terceirização no direito do trabalho, Série Ciências Laborais, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004, pág.140.

¹⁷¹Para el autor Jerônimo Souto Leiria, la subcontratación – nombrada por él como tercerización - no es un movimiento nuevo: "A Terceirização não traz no seu bojo algo completamente novo. Como prática de administração empresarial, ela se consolidou nos Estados Unidos a partir da década de 50, com o desenvolvimento acelerado da indústria. Um pouco mais tarde foi introduzida no Brasil pelas fábricas de automóveis que adquiriram as peças de um sem-número de outras empresas, guardando para si a atividade fundamental de montagem dos veículos. (...) Já não se pode mais imaginar na realidade, qualquer empreendimento que não possua ramificações ou que não tenha parte de seus serviços ou produtos realizados por especialistas. Pode-se dizer, então, que inédita mesmo é a importância que a Terceirização adquiriu nos panoramas cultural, social e econômico do mundo todo, e, no Brasil, em especial, nos campos jurídico, trabalhista e empresarial. A contratação de parceiros pressupõe um jogo negocial com regras novas, adaptadas caso a caso, mas onde sempre Sejas contempladas modificações na cultura empresarial aprimorando-se o conhecimento e a informação, reconhecendo-se efetivamente que o saber adquire supremacia em larga escala". SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, págs. 22-23.

" La subcontratación. En los casos en que los trabajadores están desorganizados, un sistema de pagos por resultado, puede abrir la puerta a los más diversos modos de explotación. Así sucede porque cuando el método de pago es más complicado, e incita al obrero a acelerar la velocidad de su trabajo, hay más probabilidades de que se abuse de su ignorancia y debilidad. En el pasado, abusos de esta naturaleza acompañaban a un sistema conocido con el nombre de «subcontrato», que entonces era bastante común. Dentro de este sistema que, en realidad, era una supervivencia del sistema doméstico anterior al advenimiento de las fábricas, el capitalista daba trabajo a cierto precio a otra persona, una especie de jefe de cuadrilla, o subcontratista, quien, a su vez, daba ocupación a los trabajadores para hacer la tarea. El subcontratista obtenía su ganancia logrando que le hicieran el trabajo a un precio menor al que había contratado con el patrón, de donde dependía; en consecuencia, su especial interés de reducir al mínimo los salarios que pagaba. Si el patrón le recortaba, él a su vez recortaba los salarios de las personas que ocupaba"¹⁷².

En relación a la subcontratación propiamente dicha en Brasil, ésta fue originaria de la empresa "Riocel", una de las pioneras en contratación de servicios subcontratados en Brasil. De igual manera la nomenclatura inicial dada por la empresa IBM, fue la de vendorización, aunque ésta no es conocida ni se quedó como nombre técnico para la subcontratación; mientras que en España siempre ha sido conocida como subcontratación, aunque es válido citar que en algunos otros países de Latinoamérica, como Uruguay¹⁷³ y Argentina también utilizan el termino tercerización.

Es procedente hacer una mención más específica sobre la empresa Riocel¹⁷⁴, visto que no todo ocurrió perfectamente desde el inicio, ya que muchos problemas fueron detectados en el acto de subcontratar servicios. Al principio, por la facilidad y por el deseo de soluciones inmediatas, algunas áreas no deberían ser subcontratadas y otras no tuvieron un análisis total

¹⁷² FERREIRA PRUNES, José Luiz, *Terceirização do Trabalho*, Juruá, Curitiba, 1995, págs. 294-295.

¹⁷³ En relación a la ley La ley 18.099/07 – sobre la protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial en Uruguay, al parecer no haber sido suficiente, fue complementada por la Ley 18.251/08, en el cual fue para aclarar o sustituir disposiciones de la primera¹⁷³. Esta fue una de las veces que fue cuestionada por todas las organizaciones de empleadores – las grandes, medianas y pequeñas empresa, siendo esas nacionales o departamentales. Cuatro fueron los principales cuestionamientos que llevaron a la hechura de la nueva ley. El primero, como bien apunta Ameglio, está relacionado con el ámbito de aplicación de la ley por ser muy extenso como impreciso; el segundo se refiere a la preferencia para que sea establecida la responsabilidad subsidiaria al revés de la solidaria, siendo aplicada ésta solamente en los casos de fraude o insolvencia fraudulenta. El tercero se trata de los mecanismos de salvaguarda que exonera la responsabilidad de las empresas que sean diligentes en ejercer el derecho de información; y por último, sería delimitar el alcance del concepto de "obligaciones laborales". Más informaciones véase AMEGLIO, Eduardo J., *Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial*, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 2008.

¹⁷⁴ Indústria de celulosa y papel situada en Guaríba, estado de São Paulo.

a cerca de la implantación de la subcontratación o quizás no maduraron o planearon bien la forma de hacerla. A medida que se fue ajustando con el tiempo y después de una minuciosa planificación y de ajustar ciertos criterios en el momento de elegir a las empresas contratistas, la Riocell consiguió los objetivos buscados en un principio.

En 1985, la Riocell tenía 4580 empleados, y algunos de ellos en sectores de sus actividades-medio, como por ejemplo: jardineros, personal de limpieza, restaurante y otros servicios. En la actualidad hasta el sector de recursos humanos fue subcontratado. En 1995, el autor Jerônimo Souto Leiria hace una investigación, en donde se verificó que la Riocell tenía 636 empelados, y cerca de 600 puestos de trabajo fueron rescindidos, aunque el autor defiende que al revés de los que piensan que el fenómeno de las contrata y subcontratas trae el desempleo, hubo cerca de 1000 puestos de trabajo creados por la subcontratación de la Riocell, inclusive ex empleados abrieron nuevas empresas y prestan servicios a ella.

Las experiencias de la Riocell, según el autor, han traído grandes ventajas para la propia empresa, pues hubo la disminución del número de demandas laborales durante los últimos años. En el año 1991, fueron presentadas 397 demandas, de las cuales 45 fueron demandadas por terceros, significando un gasto de R\$ 696.799,65. En 1992 las demandas laborales bajaron a 143, siendo 49 de terceros, y el costo total fue de R\$ 266.574, 39. En 1993, fueron 80 demandas, 24 de terceros, y los cargos fueron de R\$166.420,12. El costo unitario de cada demanda subió de R\$ 1.755,16 en 1991 para R\$ 1.957,88 en 1994, porque el contrato dejó de ser de 2 años y pasó a ser de 5 años, por lo tanto de 730 para 1.825 días¹⁷⁵, en donde proporcionalmente se nota que hubo una baja de los costes, lo que hay que mencionar es que estos costes laborales no fueron desembolsados por la Riocell, sino por las contratistas.

Al analizar el avance histórico de la subcontratación en Brasil, el autor Jerônimo – el cual fue uno de los primeros a tratar del tema y por tal motivo será más detallada su teoría acerca de la subcontratación en Brasil - creía que la razón del uso de las contrata y subcontratas, no era el lucro inmediato ni la instantánea reducción de los costo, y sí la construcción de relaciones ágiles y duraderas entre empresas que buscaba un objetivo final en común, que era superar los desafíos y la crisis que se instalaba en la economía brasilera, sino

¹⁷⁵ Véase SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, O Caminho para a administração pública e privada, 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993.

obtener éxito juntas, pues era la única manera de sostenerse en este nuevo modelo de mercado internacional.

Los años noventas para Brasil fueron marcados por el llamamiento a la competitividad; la única manera de adecuarse a los nuevos parámetros comerciales en que las naciones de primer mundo ya se encontraban más confortables y acostumbradas con esas ideas. Este era el único medio por el que Brasil, igual que España, podía conseguir alcanzar la modernidad, y eso significaba el aumento de la productividad y calidad final del producto, con accesibles precios a la hora de la venta. La concepción de que todo lo que no fuera vocación final de la empresa debería ser entregada a especialistas en el ramo, es decir a las empresas contratistas.

Con la unión de fuerzas es como se podía superar las dificultades. La idea de “parceria”, entendida como una alianza o co-participación, era muy clara para el autor Jerônimo Leiria, a diferencia de la explotación de una sobre la otra. Teóricamente un negocio solo es verdaderamente rentable cuando es rentable y fructífero para ambos lados, de allí viene la palabra “parceria”¹⁷⁶. A pesar de saber diferenciar actualmente subcontratación de “parceria”, se percibe que en algunos casos puedan venir juntas, como ejemplo: “A história mostra também que em muitas ocasiões as relações entre empresas e governos eram tão afinadas que se encaixavam plenamente no conceito de parceria, sem, contudo, representarem casos de terceirização. Esses exemplos demonstram a existência de parceria sem terceirização e vice-versa. Evidentemente, quando isso ocorre, a terceirização passa a ser uma contratação nos moldes tradicionais, o que não se tem verificado nos últimos tempos”¹⁷⁷.

La subcontratación era llamada por este autor como el modelo “gana-gana”, pues las empresas estaban unidas lado a lado, cooperando entre sí, siendo capaz de ofrecer una a la otra, ventajas que las llevarían a la competitividad en el mercado de consumo, ambos se beneficiarían del trueque y de esta asociación los resultados no podrían ser otros que positivos.

¹⁷⁶El autor intenta explicar su teoría de la necesidad de “parceria”, usando la idea abajo expuesta de José Luiz Ferreira, alegando la naturaleza de la sociedad de existir siempre un intermediador. El expresa: “É difícil de concretizar uma situação de produção útil e rentável, com a inexistência de intermediários ou colaboradores em alguma das fases operacionais. Em tudo o ser humano usa intermediários, notadamente quando de sua capacidade, momentânea ou permanente, técnica ou até psicológica. Não é sem razão que o ser humano, desde remotas datas, até com Deus procura fazer diálogo a través de intermediários (pontífice = fazedor de pontes = intermediador entre duas margens opostas...)”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, O Caminho para a administração pública e privada, 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág.28.

¹⁷⁷ ALVAREZ, Manuel S. B., Terceirização: parceria e qualidade, Rio de Janeiro, Campus, 1996, pág. 09.

Para solidificar su teoría, el autor Jerônimo Leiria cita a Donald Stewart Jr. que expresa: “Não são as razões de natureza altruística que levam dois estranhos a cooperar entre si; a cooperação só existirá se cada uma das partes envolvidas for capaz de oferecer à outra uma vantagem comparativa, ou seja, algo melhor e mais barato. A troca voluntária só se realiza quando ambos os parceiros aumentam a sua satisfação, quando ambos se beneficiam da troca. O resultado da troca voluntária é sempre positivo; a satisfação de um não é obtida às custas da insatisfação do outro. Cada parceiro dá mais valor àquilo que recebe do que àquilo de que se desfaz”¹⁷⁸.

De esta manera se puede afirmar que al estar cooperando de manera igualitaria la empresa contratista, demostrará más interés en el desarrollo de su actividad y por encontrarse en una posición de independencia de la contratante, se comportará como una emprendedora más creativa en la búsqueda de soluciones y inventos nuevos, para atraer la atención y fomentar el consumo, y en consecuencia, la mayor venta de productos.

Lo más interesante, es que para Jerônimo Leiria, no era todavía necesario una legislación específica para tratar de la subcontratación, aun que aceptaba que más adelante sería necesario reglamentarla. Para él, las lagunas existentes en la ley, y por tratar de una reciente nueva forma de relacionamientos entre empresas, harían que las contratistas legítimas no temieran a ningún futuro contratiempo o a ningún tipo de problema, al revés de las que operaban con irregularidades o de manera innecesaria, pues tendrían serios problemas con las demandas judiciales.

Dentro del análisis de los diversos autores en la década de los noventa, como se ha señalado, hay aun otras teorías interesantes para ser analizadas e interpretadas sus finalidades, en esta época de apertura de la economía global en Brasil. Autores como Frank

¹⁷⁸SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, O Caminho para a administração pública e privada, 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág. 24. Para cualquier tipo de explotación, garantizaba el autor Jerônimo Leiria estaría la Justicia del Trabajo para punir a los que cometían fraudes al nuevo instituto de la subcontratación. La concepción de trabajar juntos para lograr un fin común era imprescindible para una buena relación entre empresas y consecuentemente entre los empleados de la contratista, porque si siguiendo correctamente los pasos estos no tendrían sus salarios y tampoco sus derechos laborales y de la Seguridad Social violados. Al menos era la teoría inicial sostenida por los autores y administradores de empresas de esta época. Incluso advertía Jerônimo Leiria, que si la subcontratación era hecha específicamente con el objetivo de reducir costes, sin importar los trabajadores y la cadena que lleva a la calidad, así como tampoco los resultados a medio y largo plazo, se tendrían serios problemas y lo que supuestamente sería un ahorro para la empresa contratante o quizás rentabilizado como lucro, será considerado como un gasto innecesario. La Justicia del Trabajo establece que después de reconocido el vínculo del empleado subcontratado, al demostrar la ilegalidad de la subcontratación no solo pagar lo debido, sino también un valor actualizado con intereses. En lo caso de que la contratista no se haga responsable de sus obligaciones y no pague lo debido a los trabajadores, responderá la empresa contratante; así lo que aparentemente parecía ser un lucro, será un gasto mucho más excesivo de una subcontratación responsable; por tanto, habrá casos en que es mejor seguir con los trabajadores habituales que contar con una subcontratación. Hay que hacer un análisis previo antes de cambiar algún sector de la empresa, para verificar si realmente es ventajoso implantar la subcontratación.

Stephen Davis, defensor de la multifuncionalidad¹⁷⁹ y tercerización, hace una lista de servicios que podrían ser subcontratados por una empresa, como son los casos de: ambulatorio médico interno, asistencia farmacéutica, asistencia jurídica, asistencia médico-hospitalaria, asistencia odontológica, comedores, canastas básicas alimenticias, club social o recreativo, convenio de óptica, guarderías, cursos para funcionarios y sus dependientes, estacionamiento, periódicos internos, puesto bancario en la empresa, seguridad privada, restaurante de funcionarios, seguridad de ejecutivos, seguro de vida y de accidentes personales, servicios domésticos prestados a los ejecutivos de la empresa, transporte y alquiler de vehículos.

El autor también defiende la teoría de terminar con la estructura organizativa de la área de recursos humanos de una empresa, como ya se ha mencionado, sería un caso de multifuncionalidad en que el dirigente de este sector supiera administrar los contactos con las empresas subcontratadas en los casos que los necesite, como por ejemplo: las planillas de pago, correo interno y externo, fax, graficas, limpieza y conservación, fotocopias, asuntos laborales como despido o contratación entre otros, seguridad patrimonial, u otro servicio que el dirigente necesite de accesoria de una contratista; de esta manera se gasta apenas lo necesario, no hay cargos de servicios que a lo mejor no sean utilizados con tanta frecuencia en determinados periodos en la empresa.

Obviamente no es visto con buen grado en Brasil –ni en la gran mayoría de los países, incluyendo España - la subcontratación exagerada de los sectores internos de la empresa, principalmente se puede cuestionar la complejidad de pasar a otras empresas todos estos servicios de una vez, como conseguir el control de todos y señalar en cuales servicios son realmente necesarios tales cambios y si hay compensación en los costes y beneficios a corto y a largo plazo para la empresa contratante.

Sin mencionar que en los días actuales la subcontratación, desafortunadamente, está siendo muy buscada para burlar los costes laborales, tributarios y de seguridad social tanto en Brasil como en España. En la hipótesis de que la subcontratación ha creado mayores costos, o que tal vez haya bajado la calidad del producto ofrecido en el mercado, o quizás en el caso de

¹⁷⁹El autor entiende como multifuncionalidad el ejercicio de varias funciones por los dirigentes de una empresa, que no haya tantas ramificaciones en las cuales serían simplificadas y con la cooperación de todos algunos servicios podrían ser dispensables, todo para conseguir la meta de una empresa más productiva y competitiva en el mercado mundial. Según el autor la multifuncionalidad implicaría en que los dirigentes de cualquier área o ramo dentro de la empresa se torne más generalista, que asuma nuevas e diferentes responsabilidades, adopte una visión más amplia del negocio, asuma una postura emprendedora y tercerice las tareas especializadas. El texto original se encuentra en STEPHEN DAVIS, Frank, Terceirização e multifuncionalidade, STS, São Paulo, 1992, pág. 11.

ineficiencia en la estructura o forma en que se siguen internamente por cuenta de alguno de los servicios subcontratados que no confieren con el patrón esperado o exigido.

Tampoco se está de acuerdo con algunas ideas del autor brasileño Jerônimo Leiria, como es el caso en que se ha constatado con sus investigaciones de mercado, que la categoría profesional que más causaba conflictos laborales en el pasado era la de los trabajadores de reformas en el sector de la construcción, como: fontaneros, ferretero, soldadores, albañiles, entre otros; dando como solución a este problema la subcontratación de estos sectores, su justificativa para despedirlos y transformarlos en empresas contratistas, vendiendo incluso sus máquinas para que los antiguos trabajadores sean ahora empresarios, dueños de su propio negocio. Lo que no sería la mejor manera, porque fatídicamente seguirían dependiendo de la empresa principal, con la diferencia que ya no tendrían sus derechos laborales y de Seguridad Social. En resumen este autor defiende la multifuncionalidad y subcontratación en las siguientes áreas: auditoría, comercio exterior, desarrollo del producto, importación y exportación, informática, jurídico, laboratorio, marketing, investigaciones de mercado, proyectos, propaganda, recursos humanos y relaciones públicas.

Jerônimo Souto Leiria, como se había mencionado, es uno de los primeros en escribir sobre la subcontratación en Brasil, cuando todavía estaba en una etapa inicial y sus análisis eran hechos de manera empírica; trata de la tercerización en su concepto más puro e idealizador, y dentro de este la subcontratación, como se podía esperar a principio en los años ochenta e inicios de los noventa. Al confrontar posicionamientos de otros autores al inicio de la década de los noventa, se puede observar que las teorías de la subcontratación en este período se encontraban en su estado más rudimentario y bastante teórico, como es normal al principio de cualquier hecho novedoso.

En ese momento todavía muchos autores sostenían la idea de que el trabajador no sería perjudicado con la subcontratación, sino todo lo contrario, que tal hecho aumentaría sus horizontes de trabajo. En España pasó lo mismo, generalmente los economistas de los principios de los noventa eran a favor de la subcontratación, mientras que los laboristas tenían recelos con este nuevo instituto en relación a la precarización de los trabajadores, es decir, con sus derechos de Seguridad Social, de precaución contra los riesgos y accidentes laborales, entre otros temas.

Una de las razones dadas es que hubo la creación de más empresas de medio y pequeño tamaño, y en consecuencia, aumentaron los puestos de trabajo, pudiendo, supuestamente el trabajador, tener más opciones para elegir su trabajo, como también, estar con mayores posibilidades de abrir una empresa propia. El autor trata la subcontratación como una nueva forma de relación entre empresas y sus trabajadores, con el objetivo común de desarrollar los productos finales, su visión es un cambio absoluto de forma de repartir el poder, considerando la concurrencia como aliado, los enemigos como colaboradores. La razón del creciente uso de las subcontrataciones en Brasil, como también en España y en muchos otros países, se daba principalmente por los cambios económicos y subsecuentemente sociales.

La recesión llegó a la sociedad mundial, obligándola a ajustarse a las nuevas leyes de mercado y laborales. Uno de estos nuevos arreglos fue la disminución de las grandes industrias y fábricas y las asociaciones con pequeñas empresas, que se encontraba más rentable económicamente su uso, al revés de tener costes con los empleados. Por ser un tema nuevo, es normal que tuvieran muchas reacciones a los cambios, y muchos empresarios por ser paternalistas y conservadores, no aceptaban otra forma de empresa que no fuera la tradicional.

Con el pasar del tiempo, la práctica de la subcontratación deja de ser un nuevo fenómeno experimental por el sur de Brasil y se va propagando por todo el territorio. Cada vez más son los autores que tienen más datos para analizar la subcontratación y su repercusión al pasar de los años. Inclusive la subcontratación ya había sido dividida en cuatro modalidades en esa época. Los cambios también son percibidos en los posicionamientos de la Justicia Laboral con el pasar de los años; al principio muy críticos y restrictivos, la Justicia del Trabajo era reacia a la práctica de la subcontratación, admitida solo en casos muy específicos y determinados por ley. Antiguamente la contratante era co-responsable y solidaria ante la contratista. Cambiando este posicionamiento al reformar el Enunciado 331 del TST, en que la convierte en responsable subsidiaria de la empresa contratista, que será mejor analizado posteriormente.

Haciendo un recorrido en la historia legal de la subcontratación en Brasil se puede constatar su presencia en muchas de las leyes laborales, aunque no esté explícitamente tratando el tema. Una de las más antiguas fueron los Decretos-leyes 1.212 y 1.216, ambos de

1966, permitían que los bancos contratasen otras empresas para hacer el servicio de seguridad bancaria¹⁸⁰.

Pasados dos años vino el Decreto 62.756/68 que trataba de la reglamentación de las empresas de cesión de mano de obra, de esta forma hubo licitud en este tipo de agencia. El Decreto-ley 1.034/69 trataba de la utilización de empresas contratistas para hacer la vigilancia de instituciones bancarias y cooperativas de crédito, la única exigencia que hacía el gobierno era que los empleados antes que fuesen contratados se les tomasen sus antecedentes criminales y que les fuese concedido el permiso de trabajo dado por la Policía Federal.

Posteriormente fue aprobada la Ley 6.019/74, en el cual trata del trabajo temporal en las empresas urbanas, uno de los tipos de tercerización, pero no subcontratación. En 1983 fue editada la Ley 7.102/83, la cual será tratada más detalladamente al estudiar el enunciado 257 TST, que trataba del permiso de utilización de servicios de contratas y subcontratas por las instituciones financieras en los empleos de vigilancia y transporte de valores, revocando el Decreto-ley 1.034/69. Esta ley fue reglamentada por el Decreto-ley 89.056/83. Sin contar con las Súmulas editadas por el TST, en el cual será mejor analizado en el capítulo tercero.

Es válido hacer un resumen de esta ley con la finalidad de diferenciarla de la subcontratación. Específicamente la Ley 6.019/1974 trata de los trabajos temporales, comprendiendo por empresa de trabajo temporal la persona física o jurídica urbana, cuya finalidad es la de poner a disposición de otra empresa, de carácter provisional, trabajadores

¹⁸⁰Curiosa tal discertativa: “No meio bancário a expressão «serviços permanentes» tem sido usada em contraposição a «serviços temporários» e isto acarreta uma série de discussões em torno da intermediação de mão-de-obra, notadamente aquela prestada em atividade de faxina, conservação e asseio de prédios, prestada por empresas especializadas”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, *Terceirização do Trabalho*, Juruá, Curitiba, 1995, pág. 173. En este sentido es importante citar que los tribunales admiten la subcontratación pero si está de acuerdo con la legislación, como se puede percibir en el caso del TST que trata del trabajador de la contratista de la CEF que obtiene derecho a la igualdad salarial a los bancários de la CEF: “A Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho restabeleceu decisão que reconheceu a uma empregada contratada pela Probank Ltda. para prestar serviços à Caixa Econômica Federal o direito às mesmas verbas trabalhistas, legais e normativas concedidas à categoria dos bancários, uma vez que ela cumpria função idêntica na tomadora. A empregada foi contratada como digitadora em fevereiro de 2001. Em março de 2002, a Probank alterou a função para auxiliar de processamento. Ela, contudo, alegou jamais ter desempenhado essas atividades, pois trabalhava no setor de compensação de cheques, onde fazia também a coleta de envelopes, abertura de malotes, conferência, tratamento de documentos e retaguarda de entrada de dados na CEF e atividades de caixa. Embora exercesse atividades típicas de bancários, recebia salário inferior e cumpria jornada superior sem receber horas extras nem os reajustes concedidos pelos acordos coletivos da categoria. Ajuizou ação na Terceira Vara do Trabalho de Goiânia, e a sentença foi favorável em parte a suas pretensões. O Juiz condenou a Probank e a CEF (esta de forma subsidiária) a pagar-lhe diferenças salariais decorrentes do exercício de trabalho bancário e reflexos, gratificação de caixa, auxílio alimentação, adicional noturno e reflexos em FGTS, férias e 13º salário. A decisão, mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO), foi reformada pela Sétima Turma do TST, que retirou da condenação o pagamento das diferenças decorrentes da isonomia salarial, em virtude de não ter sido reconhecida a existência de vínculo de emprego diretamente com a CEF. Ao analisar os embargos da empregada, o relator, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, observou ser pacífico na SDI-1 o entendimento de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não pode gerar vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacionais, pois esses empregos têm de ser preenchidos por meio de concurso público. Mas essa impossibilidade não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas asseguradas aos da tomadora dos serviços, em face do princípio da igualdade. Processo: (E-ED-RR) 579/2006-003-18-00.5. Publicado em 2 de Setembro de 2008 às 10h34”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

debidamente calificados y por ésta remunerados y asistidos, siendo necesario para el funcionamiento de esa empresa de registro en el MTb y debidamente protocolizada en la DRT del Estado que sitúe la empresa. Demás diferenciaciones, como es el caso de la franquicia y otros tipos de contrataciones será visto a seguir en el punto específico de los tipos de contratos de subcontratación.

El contrato según la Ley 6.019/74 es usado para sustitución temporal de trabajadores o en hipótesis de acrecentamiento extraordinario, también de carácter transitorio, para suplir necesidades inmediatas de una empresa. El ejemplo clásico es el de una empleada que está de licencia por maternidad, mientras no vuelva a su puesto de trabajo, la empresa puede contratar, a través de esas empresas mediadoras, un sustituto para la empleada en su licencia¹⁸¹ de 120 días. En esos tipos de contrato temporal no podrá ser superior a tres meses, pudiendo ser prorrogable por igual periodo de tiempo, finalizado este tendrá que despedir al trabajador en caso que no quiera que se torne como un empleado indeterminado.

Los requisitos necesarios para que se pueda contratar, bajo normas de esta ley, son: contrato escrito entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador, que es su empleado, debe tener cláusulas y condiciones específicas por escrito, como garantías de remuneración mínima la del salario mínimo. Aunque una de las características peculiares de ese tipo de contrato por tiempo determinado es que el trabajador cedido tendrá que recibir remuneración igual al de la persona que está provisoriamente sustituyendo, o en los casos de necesidad urgente por conseguir suplir la demanda exigida por el mercado, tendrá que recibir conforme uno de la misma categoría y puesto ocupado en la empresa. Y en ningún momento puede prohibírsele ser contratado como trabajador de la empresa principal.

La empresa de trabajo temporal deberá cumplir los requisitos exigidos por la referida ley en lo que concierne a la remuneración del empleado siendo un recibo de pago especial, la anotación en la CTPS¹⁸², tener al día los pagos referentes a costos de Seguridad Social de esos

¹⁸¹La Ley 6.019/74 expresa que sólo hay dos hipótesis de contratación de empleados temporales, regidos por dicha ley, que son: sustitución de persona regular y permanente, o acrecentamiento extraordinario de trabajo.

¹⁸²En caso de que la empresa no haga las anotaciones exigentes en las normas laborales estará sujeta a sanciones, conforme expresa el art. 47 CLT: "A empresa que mantiver empregado não registrado nos termos do art. 41 e seu parágrafo único, incorrerá na multa de valor igual a 30 (trinta) vezes o valor-de-referência regional, por empregado não registrado, acrescido o valor em cada incidência". Tampoco se puede dejar de mencionar que no hay justificaciones para no tener hecho las debidas anotaciones en la CTPS del trabajador, ni en los casos de que no tenga esta documentación todavía y este en una ciudad que no hay representación gubernamental encargada de hacerlo; debiendo el empleador permitir dentro de los primeros treinta días de la contratación que el trabajador vaya al puesto de emisión más próximo de donde se encuentre. Conforme el art. 13 §3º CLT expresa: "§ 3º Nas localidades onde não for emitida a carteira de Trabalho e Previdência Social poderá ser admitido, até 30 (trinta) dias, o exercício

empleados, y enseñar toda la documentación necesaria cuando sea solicitada por la fiscalización del trabajo.

En caso que no sean seguidos los requisitos exigidos por la ley, la contratación puede ser caracterizada como de trabajo temporal y convertirse en relación de trabajo entre el empleado y la empresa principal. Es importante enfatizar que no hay vinculación contractual entre las empresas contratantes y los empleados temporales, estos mantienen vínculo laboral exclusivamente, desde que estén cumplidos todos los requisitos dispuestos en ley, con la empresa cedente. De esta manera las empresas principales no tienen, en principio, ninguna obligación laboral con los trabajadores, siempre que no hayan casos de insolvencia de la empresa cedente, pues en esos casos la empresa tomadora también es responsable, solidariamente, por las deudas de las contribuciones de la Seguridad Social, por la remuneración del trabajador y por la indemnización en los casos de despido sin motivo justificado, todo referido al tiempo en que ese trabajador estuvo trabajando directamente o indirectamente para él.

Los derechos que tienen los trabajadores temporales se encuentran en el art. 12 Ley 6.019/1974, son ellos: remuneración equivalente, como ya se había mencionado anteriormente, a la recibida por el empleado que está sustituyendo, es lo que la doctrina llama salario equitativo, siendo garantizada en cualquier hipótesis el salario mínimo. Duración de trabajo de 08 horas diarias y 44 horas semanales, con adicional mínimo de 50% para las horas extraordinarias. Vacaciones proporcionales al tiempo de trabajo hecho. El RSR es debido al trabajador, aunque no esté expreso en la legislación pertinente, pero la doctrina lo considera usando el principio de igualdad entre los trabajadores. El adicional por trabajo nocturno de mínimo de 20%. Indemnización por despido sin motivo justificado. Seguro contra riesgos y accidentes laborales. Protección de la Seguridad Social. Anotación en la CTPS. Y por último, tienen derecho al “Vale-transporte”.

En relación al despido por motivo justificado, el trabajador puede ser despedido desde que cometa alguna falta prevista en el art. 482¹⁸³ CLT. Lo que es peculiar de esta relación

de emprego ou atividade remunerada por quem não a possua, ficando a empresa obrigada permitir o comparecimento do empregado ao posto de emissão mais próximo”.

¹⁸³El art. 482 CLT expresa: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação do segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra

triangular es que verificada la incursión en la falta disciplinar y dando motivo de justa causa, se exige una aplicación de medida punitiva, la cual aunque es hecha por la empresa tomadora de servicios, su aplicación es del empleador temporal, pues ese es quien tiene el vínculo de la relación de trabajo con el empleado. De la misma forma, el trabajador puede romper con el contrato de trabajo alegando la justa causa, en caso de falta cometida por la empresa tanto la intermediadora como la principal¹⁸⁴, conforme dispuesto en el art. 483¹⁸⁵ CLT.

La competencia para juzgar los litigios entre empresa temporal y sus empleados es de la Justicia del Trabajo, conforme el art. 114 CF/88 y el art. 19 Ley 6.019/74, para que la empresa principal sea indicada coadyuvante tiene que constar en la petición ingresada en juicio¹⁸⁶. Si la empresa tomadora de servicios fue condenada en juicio como solidariamente responsable, puede ingresar en la Justicia Común con una acción de regreso con el objetivo de ser resarcido por la empresa temporal. Diferente si el problema es entre las empresas, deja de ser de competencia de la JT y pasa para la Justicia Común, ya que se trata de un contrato civil entre ambas.

En lo que se puede percibir que el razonamiento es plausible pero no se puede olvidar que hasta entonces no se hacia una diferenciación entre contratas y subcontratas con las ETT's, por lo tanto muchos autores se basan en esta ley para tratar de la tercerización en general, sin embargo lo más correcto es afirmar que las ETT's son una de las formas de

qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional”.

¹⁸⁴Viana da ejemplos de realización de faltas por ambas empresas. La primera seria la hipótesis de no pago del salario a su empleado por la empresa temporal, en el segundo caso sería la empresa tomadora no tomar providencias necesarias contra riesgos o accidentes laborales futuros. NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo, LTr, São Paulo, 2003, pág. 166.

¹⁸⁵ El art. 483 CLT determina: “O empregado pode considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores ás suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoa de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância do salário. §1º O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço. §2º No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho. §3º Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo”.

¹⁸⁶Viana comenta acerca de la responsabilidad de la empresa tomadora de servicios. “Pouco importa, no caso, se a tomadora conhecia ou não a situação econômica da fornecedora, ou se agiu ou não de boa-fé. De qualquer modo, responde a título de culpa – seja in eligendo, na escolha da parceria, seja in vigilando, durante a execução do contrato”. NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo, LTr, São Paulo, 2003, pág. 167.

tercerización. En relación a las contratatas y subcontratadas se percibe que esta no tiene la finalidad de sustitución de personal permanente y regular el acrecentamiento extraordinario de trabajo, el trabajador de la empresa contratista no va a sustituir un empleado de la empresa principal para hacer las tareas que hacía el empleado de ésta, tampoco será remunerado en igual valor – lo que sería muy bueno si pasara en la práctica de la subcontratación – ni tendrá los derechos laborales proporcionales asegurados por la Ley 6.019/74.

La función de reemplazar el crecimiento extraordinario, también puede ser hecha conforme el art. 445 CLT que trata de la contratación por plazo determinado. Las contratatas y subcontratadas tienen la función de sustituir parte de la producción interna de una empresa para mayor eficiencia, agilidad y calidad del producto final. La subcontratación, por todavía no existir una ley específica, básicamente es regulada por enunciados del TST, como serán mejor analizados en seguida¹⁸⁷.

Mientras que en España, - y en carácter de una definición muy superficial, apenas lo suficiente para diferenciarla de la subcontratación de las ETT's, que significa tratar básicamente del art. 43 ET - la definición de empresas de trabajo temporal son las que colocan a disposición de una empresa usuaria trabajadores contratados por ella misma, cedidos de forma temporal para suplir las carencias o necesidades de dicha empresa usuaria¹⁸⁸. Siendo

¹⁸⁷ La contratación por tiempo determinado nombrado por los arts. 445, 451 y 452 CLT es diferente de las empresas de trabajo temporal una vez que la contratación es directa entre empleador y el empleado, las características básicas son de período máximo de dos años, no pudiendo ser prorrogado, dentro de este límite temporal ora expuesto, por más de una vez so pena de ser considerado como un trabajador de plantilla, igualmente al terminar el periodo máximo, este trabajador solamente podrá ser contratado por la misma empresa como trabajador temporal después de seis meses del término de la última contratación temporal. Solo puede haber contratación según este precepto de la CLT en los casos de servicio cuya naturaleza o transitoriedad justifiquen la predeterminación del plazo, en las actividades empresariales de carácter transitorio o en los contratos de experiencia. Conforme se puede verificar, el art. 443 CLT: O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. § 1º Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. § 2º O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência. El art. 445 CLT expresa: "O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do Art. 451. Parágrafo único. O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias". El art. 451 CLT determina: "O contrato de trabalho por prazo determinado que tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo". El art. 452 CLT define: "Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou realização de certos acontecimentos". Igualmente es importante diferenciar las ETT's y la contratación directa por tiempo determinado de la Ley 9601/98, que fue un intento flexibilizador del gobierno de Fernando Henrique Cardoso, que para que pueda ser contratados trabajadores por tiempo determinado conforme esta ley los acordados con los sindicatos de los trabajadores, por lo cual no deja de ser una forma de triangulación, pues es necesario para su legitimidad la participación de éste como intermediador de la contratante y el empleado, y por supuesto hay que seguir demás requisitos impuestos por ley. Lo que se percibe en la práctica brasileña es que no logró éxito tal normativa por renegar de ésta por parte de los sindicatos, una vez que se percibe que habría cortado algunos derechos de los trabajadores.

¹⁸⁸ Interesante es notar que la Ley 14/1994 no trae en su texto una definición de empresa usuaria, lo que encontramos en el art. 1 LETT es la definición de empresas de trabajo temporal, así que se puede creer que el concepto será general de empresario, al asociarlo con el concepto de empleador dado en el 1.2 ET, una vez que la ley de ETT evitó definirlo, apenas acordando que en los

este tipo de cesión de trabajadores hechos exclusivamente por empresas de trabajo temporal que estén autorizadas por el Estado y que sigan expresamente los términos previstos en ley¹⁸⁹.

La cesión de mano de obra fue reglamentada en España a partir de la Ley 14/1994, antes de tal hecho el art. 43¹⁹⁰ ET prohibía terminantemente el uso de trabajadores temporales cedidos a otra empresa. Con el tiempo y debido a los cambios empresariales necesarios para la adecuación a las nuevas exigencias del mercado globalizado, se notaba una tendencia generalizada de la creciente utilización de trabajos atípicos. De tal manera que posicionamientos jurisprudenciales fueron modificando al pasar de los años. Los tribunales empezaron a exigir la presencia de ciertos requisitos formales para caracterizar una cesión de mano de obra, y cada vez mas empezaron a decidir casos de forma más distanciada de los dispositivos legales a cerca de la intermediación o cesión de mano de obra.

Los tribunales pasaron a intervenir en los casos de cesión de mano de obra en que las empresas eran fraudulentas o ficticias cuyo objetivo era simplemente el préstamo de mano de obra. Con la reglamentación de las ETT en la Ley 14/1994, la cuestión siguió igual observada pero tenía un punto positivo a su favor, la nueva legislación que trataba del tema. No se puede afirmar que abordaba de la manera que muchos autores esperaban, existen fallos pero fue la primera a normativizar la cesión de trabajadores por las ETT's y de alguna manera dejó de ser ablandado las condenaciones por falta de una legislación específica que causaba indirectamente una mayor tolerancia encubierta por parte de los juristas a la hora de evaluar

casos de un contrato de puesta a disposición deberá tener carácter temporal, como son todos. Tampoco se puede olvidar que en España la negociación colectiva puede especificar el uso de la práctica de cesión de trabajadores a empresas usuarias a través de sus cláusulas impeditivas conforme su ámbito de aplicación.

¹⁸⁹ La propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo tiene un concepto de empresas de trabajo temporal muy semejante a la definición del legislador español. Su contenido textual es bastante claro al denominar la ETT como "toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al derecho nacional, con vista a ponerlos a disposición de empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de éstas". A pesar de la ley española no expresar textualmente la dirección y control de estos trabajadores, se encuentra implícitamente aceptada en la ley de ETT en que pone tal trabajador a disposición de la empresa usuaria y basándose en el contenido de su propio art. 15 en que trata de la dirección y control de la actividad laboral.

¹⁹⁰ El art. 43 ET expresa: "Cesión de trabajadores. 1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. 4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal".

si se trataba de una cesión ilegal o no. No obstante la preocupación de los tribunales continuó siendo la de sancionar el uso ilegal de trabajadores cedidos de una empresa a otra, una vez que de esta manera podría estar fragilizando e hiriendo los derechos laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores.

El art. 43.1 ET es bastante claro en su posicionamiento de prohibición generalizada de la cesión de mano de obra dejando una única excepción al admitir la intermediación por una ETT. Obviamente necesita de determinados cuidados y prevenciones al contratar una empresa de trabajo temporal, hay que verificar todas las responsabilidades de ésta con sus trabajadores y con los órganos públicos pertinentes al tema, como es el caso de estar en día con las obligaciones de la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores temporales. También es pertinente mencionar la posición jurisprudencial en la cual considera como despido improcedente la extinción de un contrato laboral de un de los trabajadores de una ETT aun que esté alegando la extinción del contrato de puesta a disposición por haber terminado la causa, dentro de otras medidas tomadas por los juristas para la protección del trabajador temporal.

Existen casos de cesión de trabajadores que tiene su legislación específica y no son considerados como ETTs son los estibadores portuarios, conforme especificado en el Real Decreto-Ley 2/1986. Uno de los casos particulares de cesión de trabajadores es lo de ciertos altos cargos pertenecientes a grupos de empresas, que se encuentra dispuesto en el RD 1382/1995. Otro caso especial de cesión de trabajadores es el de los deportistas profesionales, dispuesto en el RD 1006/1995.

El art. 1 LETT especifica lo que es una empresa de trabajo temporal. Al mencionar que la cesión de mano de obra solamente puede ser hecha por una ETT debidamente autorizada en los términos previstos en ley¹⁹¹, significa decir ya desde principio que serán consideradas

¹⁹¹ La doctrina se divide en dos partes, la tesis mayoritaria considera el prestamismo ilegal de trabajadores exclusivamente en los casos de ETT no autorizadas conforme los términos de la ley. Siendo de esta manera, el sencillo hecho de una ETT esté debidamente legalizada no podrá ser encuadrada como prestamismo ilegal. Siendo en caso de irregularidades penalizadas conforme las sanciones del art. 16.3 LETT y no se aplicando el art. 43.2 ET. Algunos casos decididos en tribunales a cerca de esta tesis son validos de mencionar: STSJ Madrid 5 de julio 1999 (AS 1999, 2171), STSJ Castilla y León 18 de marzo 1997 (AS 1997, 578), País Vasco 30 de diciembre 1998 (AS 1998, 7504), entre otros. La otra parte de la doctrina considera que es posible haber un prestamismo por parte de una ETT, este posicionamiento no solo cuestiona la autorización de una ETT como también el incumplimiento del régimen de la cesión de la LETT. De esta forma se aplicaría el art. 43 ET, que en una visión crítica analizadora podría acoplar este precepto al del art. 16.3 LETT sin contradicciones. En este sentido hay decisiones como ejemplos: SSTSJ Comunidad Valenciana 10 de junio y 20 de julio 1999 (AS 1999, 3714 y 4703) y Andalucía 15 de marzo 2002 (AS 2002, 2642) ambos “aplican el art. 43.2 ET a supuestos de cesiones realizadas por una empresa de trabajo temporal con infracción del art. 6 LETT (se trataba en concreto de contratos temporales fraudulentos). Por ello declaran la responsabilidad solidaria de la ETT y la EU y la aplican a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido del demandante”. Texto basado en AA.VV.

cesiones ilegales de trabajadores aquellos casos en la ETT no está autorizada. Podría ser mencionado algunos casos, el primer sería de las ETT's que no obtuvieron todavía la licencia de actuar como tal, o que la autorización fue denegada, como también en la hipótesis de retiro por no obedecer todas las normas de estructuras básicas organizativas necesarias, o por último, si las actividades de la ETT estén temporalmente suspendida por reincidencia en infracciones muy graves o que no hayan requerido el regreso de sus actividades después de pasado el plazo de suspensión. Como se puede percibir en este resumen que hoy en día no hay como confundir una ETT con una subcontratación, a pesar de que en el pasado tal confusión ha ocurrido como será visto a seguir. Igualmente serán vistos argumentos de la doctrina española en que diferencian muy bien las dos.

También es importante mencionar algunos comentarios sobre la cesión ilegal de trabajadores – mejor tratada, al que se discierne a la subcontratación, en el siguiente capítulo – que sigue con varias polémicas en España principalmente al tratar de la responsabilidad derivada de ésta. Según el art. 43.2 ET serán responsables solidariamente la empresa usuaria y la ETT en todos los casos de obligaciones contraídas con los trabajadores, pertinente al periodo que estos estuvieron puestos a disposición de la empresa usuaria, como también con la Seguridad Social¹⁹². Y sin perjuicio de las demás responsabilidades incluyendo la penal – conforme dispuesto en el art. 312.1¹⁹³ CPE en que expresa que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen ilegalmente mano de obra.

Observando siempre que para la aplicación de la responsabilidad penal hay que tratar exclusivamente de un tráfico de mano de obra hecho por una empresa ficticia o fraudulenta que tenga únicamente actividades de préstamo de mano de obra, como también debe ser demostrado el perjuicio causado al trabajador o demás personas afectada con dicho tráfico. Caso no sea demostrado será apenas considerada como una cesión de trabajadores prohibida,

(Dir. Antonio V. Sempere Navarro): Comentario a las normas sobre empresas de trabajo temporal, Thomson Civitas, Madrid, 2005, págs. 24-26.

¹⁹² En este caso el art. 43.2 ET no coloca ningún límite al tratar de la responsabilidad solidaria con las obligaciones contraídas con la Seguridad Social, así que da márgenes de entendimiento por parte de los doctrinadores españoles de que no solamente incluye las cuotas sino también cualquier otro adicional pertinente a la Seguridad Social, como ejemplo de mejoras voluntarias, prestaciones, entre otros casos. También es válido mencionar que de acuerdo con el art. 10.2 del Real Decreto 1.637/1995 - Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social expresa la responsabilidad solidaria en cualquier tipo de cesión ilegal de trabajadores, sin hacer excepción de ningún caso.

¹⁹³ El art. 312.1 CPE expresa: “Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra”.

y según el art. 8.2¹⁹⁴ LISOS la cesión ilegal de trabajadores es considerada como una infracción muy grave, pero observe que esta responsabilidad es incompatible con la penal. Para no sobrar dudas en relación a la responsabilidad solidaria en los casos de cesión ilegal de mano de obra, también está expresa tal responsabilidad en el art. 127.2 LGSS, en el cual engloba todas las prestaciones debidas a la Seguridad Social.

Otro aspecto importante a ser tratado es el de caso haya tipificado el tráfico ilegal de trabajadores, según el art. 43.3 ETT, tendrá el trabajador, a su elección, el derecho de ser considerado como un trabajador fijo o en la empresa usuaria o en la empresa cedente, debiendo tener los mismos derechos a un trabajador equivalente a su mismo puesto de trabajo, empezando entonces a contar la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal de este trabajador. En general, lo que es visto en la práctica, es que la mayoría de los trabajadores eligen por ser considerado fijo en la planilla de la empresa usuaria por ser considerada con más posibilidades económicas y por ser el más solvente, supuestamente generando una mayor seguridad y estabilidad en el empleo.

Volviendo a la cuestión más específica entre las ETT's y la subcontratación en España, mencionada anteriormente, es válido comentar que al principio se cuestionaba si había compatibilidad entre los dos estatutos jurídicos, es decir, si un trabajador de una ETT pudiera hacer parte de una subcontratación, pero con el pasar del tiempo y madurando la doctrina y la jurisprudencia se percibe que hay una distinción entre los trabajos y que no debería haber mezcla de los tipos entre trabajadores subcontratados y los de una ETT. El contrato de puesta a disposición está bien definido en el art. 6.1 LETT en el cual determina la cesión de trabajadores entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria cuyo poder de dirección será de ésta. Tal ley no delimita específicamente los tipos de empresas que pueden hacer parte de la cesión legal de trabajadores, pero eso tampoco se puede decir que una empresa de subcontratación pueda hacer parte de este rol. Otra observación a ser hecha es que a pesar de que el contrato de puesta a disposición puede ser utilizado en obras o servicios determinados, conforme el art. 6.2.a LETT, eso no significa decir que los empresarios contratistas puedan utilizar de tal argumento para contratar ETT's.

Como expresa Olmo Gascón, existe una similitud entre subcontratación y ETT's: "La similitud entre el trabajo en empresas temporales y contratas y subcontratas son evidentes: la

¹⁹⁴ El art. 8.2 LISOS determina: "La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente".

existencia de un empresario entre los trabajadores y el que efectivamente va a utilizar los servicios, implica una corresponsabilidad respecto de algunas materias (en el caso de las ETT, por ejemplo salariales y de seguridad social, y en materia de seguridad e higiene, art. 16.2 y 3 LETT). De entre las mismas, llama la atención la prevista en el art. 17.1 LETT (Derechos de los trabajadores en la empresa usuaria) en el que se produce una extensión de la capacidad protectora de los representantes de la empresa usuaria, respecto de los trabajadores temporales puestos a disposición, posibilitando la presentación a través suya, de reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral¹⁹⁵.

Aun así, Olmo Gascón menciona no poder haber relación entre ETT y subcontratación debido al temario de las responsabilidades y requisitos mencionados por el art. 42 ET; que en la relación triempresarial (empresa principal, empresa contratista y ETT), la auxiliar no tiene ningún tipo de relación contractual, y consiguiente ninguna responsabilidad con los trabajadores de la ETT, menos todavía entre estos y la empresa principal, por lo tanto no se le puede aplicar el art. 42 ET. Igualmente una de las diferenciaciones es que la puesta a disposición, como su propio nombre lo determina, pone a la disposición de la empresa usuaria; es decir traspasa a ella el poder de dirección, mientras se sabe que eso no es posible en la subcontratación dado que en este caso está claro ser una hipótesis de cesión ilegal de mano de obra.

A pesar de la diferenciación clara, es importante mencionar que las empresas contratistas no están terminantemente prohibidas de utilizar de las ETT's, aunque no es bien vista en la doctrina y entre los juristas. Pues eso supondría una baja considerable en la remuneración del trabajador ya que pasaría a estar relacionándose con tres empresas distintas y la mayoría utilizando la subcontratación como forma de minimización de tiempo y de presupuesto. En el párrafo tercero del art. 16 LETT prevé de una responsabilidad subsidiaria, en la cual se convertirá en solidaria en los supuestos en que sean utilizados incorrectamente la utilización de ETT's por la subcontratación, y tal responsabilidad impuesta por la LETT es entre la ETT y el usuario que en este caso sería la empresa contratista¹⁹⁶.

¹⁹⁵OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 282-283.

¹⁹⁶ En este sentido es importante no confundir con el suministro de personal que tanto la subcontratación como la ETT recurren, como se puede citar a "Un caso concreto denunciado ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se produce cuando la Tesorería General de la Seguridad Social, subcontrata de acuerdo a su pliego de condiciones, la asistencia técnica administrativa para el tratamiento de documentos. La empresa contratista recurre a una ETT que aporta 158 trabajadores que junto a los de la propia contratista se integran directamente en el espacio organizativo y rector de la TGSS. La sentencia en instancia ha entendido que no se produce ni cesión ilegal de los trabajadores, ni subrogación del personal, ni despido alguno (Sentencia de 12-11-1998, Autos núm.. 85/98, del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid. Argumenta la inexistencia de la cesión en que «no pudiendo considerarse en modo alguno que no se aportara una infraestructura organizativa de la contratista para la ejecución de la

Pasando ahora al tema brasileño de las Súmulas del TST relacionadas con a la evolución jurisprudencial brasileña, dado que es una importante fuente jurídica en el caso de no existencia de ley específica brasileña sobre la subcontratación. El Enunciado 257 TST¹⁹⁷ trata de aclarar la Ley 7.102/83, que fue editada por la Resolución Administrativa 5/86 y publicada en el Diario de la Justicia de la Unión en 04-11-86 que expresa: “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”¹⁹⁸.

Antiguamente el vigilante tenía prerrogativas de policial, en el Decreto-ley 1.304/69, pero con la Ley 7.102/83 determinó que los vigilantes tienen el carácter paramilitar. Con esta ley, los servicios de vigilancia no son considerados como actividad normal de los establecimientos bancarios pudiendo ser contratados por estos o por otros establecimientos financieros.

Los requisitos exigidos por esta ley son: que para el ejercicio de la profesión el vigilante sea brasileño, mínimo de edad de 21 años, instrucción correspondiente a cuarta serie del primer grado, haber aprobado el curso de formación para vigilantes, haber aprobado en los exámenes de salud física, mental y psicotécnico, como también no tener antecedentes

contrata», (pág. 11 del fallo), aunque acto seguido reconociendo que «según hecho indiscutido, la prestación de servicios contratada se realizó en los locales de la TGSS, utilizando los ordenadores y programas informáticos de la misma, así como sus archivos y documentos», (pág. 13), raciocinio que no es de extrañar considerando que el órgano judicial entiende que la contrata o subcontrata es «como específica la doctrina más autorizada, como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero», (pág. 12). En cuanto a la aplicación del art. 44 ET al caso, el fallo se apoya en la inexistencia de tránsito de infraestructura material, mientras que en el tema del despido, y concretamente sobre la utilización del contrato para obra o servicio determinado concertado con los trabajadores suministrados por la ETT introduce una nueva posibilidad de limitar las prestaciones de trabajadores de ETTs contratados bajo esta fórmula, a la propia duración de la contrata, trasladando una causalidad que ya defendimos está incorrectamente interpretada, a unos trabajadores que ni tan siquiera son de la empresa contratista: «debiendo por lo demás entenderse que la mera limitación temporal de la concesión supone —en una interpretación teleológica del precepto en cuestión, al igual que por la naturaleza misma de las ETT, admitidas y reguladas actualmente en nuestro ordenamiento— el cumplimiento del requisito de la duración limitada que se exige para la válida suscripción del contrato por obra o servicio;», (págs. 14-15). Incomprensiblemente la sentencia es confirmada por el TSJ Madrid, en sentencia de 18-3-1999, RL, «Doctrina judicial de las Salas de lo Social de los TSJ», (2000), págs. 61-62”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 216-217.

¹⁹⁷ Enunciado es la denominación brasileña dadas para las unificaciones de jurisprudencias.

¹⁹⁸ Los precedentes del Enunciado 257 TST: “O vigilante em serviço em banco, vinculado a empresa especializada (Lei nº 7.102/83), não frui vantagens do regime de trabalho bancário (Precedentes – E- RR 485/80 – AC. TP 274/83 e RR 5.364/81, Ac. 1ª T 174/83). Pretensão improcedente” (Proc. TST E – RR 5.644/82, Ac. TP 2.149/86, j. 28-8-86, Rel. Min. Idélio Martins). “Vigilante não se confunde com vigia, estando sujeito à jornada de oito horas. Não conhecidos os embargos” (Proc. TST TP 2.203, E – RR 1.374/78, Rel. Min. Orlando Coutinho, j. 3-9-80, DJ 17-10-80). “Embargos não conhecidos porque o vigilante contratado por empresa especializada não é bancário, não havendo que se falar em responsabilidade solidária, conforme reiterados pronunciamentos do E. Tribunal Pleno. Incidência do Enunciado nº 42 deste TST” (Ac. TP 2.375/80, E – RR 766/82, j. 2-10-86, Rel. Min. Orlando Lobato). “A vigilância bancária tem disciplina específica, hoje consubstanciada na Lei nº 7.102, de 20-6-83. O vigilante em serviço no banco, vinculado a empresa especializada (Ley nº 7.102/83) não frui as vantagens do regime de trabalho bancário” (TST, 1ª T., RR 3.713/82, Rel. Min. Ildélio Martins, DJU 3-8-84, p. 12.078). Texto basado en los análisis de PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização e o direito do trabalho, São Paulo, Atlas S.A., 2007, pág.93.

criminales y deberá haber cumplido con las obligaciones electorales y de servicio militar, debiendo ser anteriormente registrado en la Policía Federal.

Esta ley se debe al crecimiento de los asaltos a los bancos, los cuales se encontraron con la necesidad de vigilancia especializada la cual no es su actividad principal, siendo una necesidad primordial de este tipo de servicio prestado, posteriormente se hizo obligatoria, según el art. 1º¹⁹⁹ de la referida ley, en esos recintos.

Para mejor comprensión importante tratar más específicamente la Ley 7.102/83, esta ley trata de aclarar y reglamentar la seguridad para establecimientos financieros y establecer normas para la constitución y funcionamiento de las empresas particulares que explotan servicios de vigilancia y de transporte de valores. En otras palabras admite el uso de empresas contratistas para determinada actividad de la empresa principal. Este concepto es bastante claro al analizar el art. 10 §1º y 2º de la nominada ley, que expresa: “São consideradas como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (...) 2º. As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residenciais; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas”.

De esta manera no hay confusiones en la permisividad de la ley del uso de la subcontratación de empresas de servicios de vigilancia y de transporte de valores para establecimientos bancarios o instituciones financieras, sin peligro de posterior aceptación de vínculo de relación de trabajo entre la empresa contratante y los empleados de la empresa contratista. Desde que se cumplan todos los requisitos de funcionamiento, incluso reglamentado por el Ministerio de la Justicia o por intermedio de sus órganos competentes²⁰⁰, y que no sea un servicio de vigilancia ofrecido por la misma empresa tomadora, caso también permitido por el art. 10 §1º de la referida ley en el cual determina: “Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa”.

¹⁹⁹El art. 1º de la Lei 7.102/83 expresa: “É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário que não possua sistema de segurança como a parecer favorável à sua aprovação elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta Lei”.

²⁰⁰El art. 20 I a y b Ley 7.102/83 determina: “Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal: I – conceder autorização para o funcionamento: a) das empresas especializadas em serviços de vigilância; b) das empresas especializadas em transporte de valores”.

El Enunciado 239 TST fue editado por la Resolución Administrativa 5/86 y publicado en el Diario de la Justicia de la Unión en 04-11-86 que expresa: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”²⁰¹. La finalidad de este Enunciado fue enseñar hasta que punto llegó la subcontratación en las actividades bancarias en relación a la prestación de servicios de procesamiento de datos²⁰² para todo el grupo bancario. Una de las pretensiones sería la de prestaciones de servicios de trabajadores que pudieran trabajar 8 horas, al revés de los bancarios ya que su legislación sólo permitía un período máximo de 6 horas diarias. Otro objetivo del Enunciado 239 TST fue cohibir la práctica fraudulenta abusiva de este tipo de servicios en las instituciones bancarias y financieras, que en principio se inició con la parte de

²⁰¹Los precedentes del Enunciado 239 TST: “I – Empregado que trabalha em empresa de processamento de dados, do mesmo grupo econômico do banco para o qual quase exclusivamente presta serviços, é bancário. II – Não se conhece de tema de revista que se apóia em divergência de julgados que não enfocam o ponto fulcral da questão” (Ac. 3ª T. 4.064/84, Proc. nº RR 4.673/83, j. 3-10-84, Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa, Recurrentes: Unibanco Sistemas S.A. e Unibanco – União de Bancos Brasileiros, e Recorrido: Manoel Antonio Castro Blembeel). I – Empregado de empresa de processamento de dados do mesmo grupo econômico do banco para o qual são prestados os serviços de computação é bancário. II – Não se conhece de revista que ataca matéria sumulada” (Ac. 3ª T. 681/84, Proc. RR 6.310/82, j. 21-3-84, Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa, Recurrentes: Banrisul – Processamento de Dados Ltda. E Banco do Estado do Rio Grande do Sul S. A., e Recorridos: Vânio de Aguiar Martins e outra). Empresa de processamento de dados, criada com capital majoritário de banco comercial, realizando os serviços que anteriormente eram executados pelo setor mecanizado, atuando nas próprias dependências do estabelecimento bancário. Fraude aos direitos que a lei assegura aos bancários (Ac. 3ª T. 2.493/83, Proc. RR 2.110/82, j. 13-9-83, Rel. Ad hoc Min. Guimarães FALCÃO, Recurrentes: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S. A. e Banrisul Processamento de Dados Ltda., e Recorrido: Wilson Moraes Pompa)”. La única excepción fue el AC: de la 3ª T. de nº 4.064/84, profiriendo el proceso TST RR 4.673/83. Texto basado en los análisis de PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização, Op. Cit, pág.96-97. En relación a la actividad bancaria, es valido citar la decisión del TRT 4: “As atividades preparatórias à concessão de empréstimos, tais como coleta análise e apresentação de documentos cadastrais e de comprovação de renda, são tipicamente bancárias. Por essa razão, um trabalhador contratado por empresa terceirizada para realizar as funções descritas acima tem vínculo de emprego com o banco tomador do serviço. A 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul baseou-se nesta certeza para prover o recurso ordinário interposto pelo autor de uma reclamatória trabalhista contra decisão da 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Segundo a Juíza Convocada Maria Madalena Telesca, Relatora do recurso, o fato de haver legislação regulamentando a atividade desenvolvida pela prestadora (denominada de correspondente bancário) não revoga o disposto pela Consolidação das Leis do Trabalho. E, para a magistrada, a descrição do serviço demonstra ser a empresa uma “espécie de setor do Banco”, terceirização “não admissível no Direito do Trabalho”. A Relatora destacou haver suficiente prova testemunhal de que o reclamante comercializava produtos identificados como do banco tomador de serviços, circunstância suficiente para caracterizar o vínculo. Acompanhando o voto da magistrada, a 6ª Turma determinou o retorno dos autos à origem, para análise dos demais pedidos do reclamante. Cabe recurso da decisão. Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Publicado em 19 de Julho de 2010 às 10h02”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

²⁰²En relación al Acórdão RO-0585/89 TRT 10ª Região en 05/03/1990 decía:“(…) O objeto social das empresas prestadoras de serviço constitui a prestação de serviços a terceiros, e para que ele tenha possibilidade de ser materializado há que existir meios para tanto. E é certo que tais meios consistem, além do indispensável material, como maquinário, ferramentas etc, na força de trabalho, sem a qual as empresas estarão fadadas à extinção. Em outras palavras, somente através da participação de seus empregados, na execução dos serviços contratados, é que as ditas prestadoras poderão desenvolver suas atividades precípuas, como ocorre com qualquer outro tipo de empresa. A situação peculiar de as tarefas serem, preferencialmente, executadas no âmbito de outra em nada altera a situação ora descrita. Isto porque a finalidade da utilização da mão-de-obra é perceptível, inclusive, a olho desarmado — conforme já foi dito, ela está ligada ao objeto social da empresa, que anormalmente é a prestação de serviços a terceiros. A apropriação do resultado do trabalho desenvolvido pelos seus empregados é evidente, já que sem este elemento jamais a empresa lograria êxito na consecução de seus objetivos“(…) Uma empresa de processamento de dados, que mantém um grande número de aparelhos de ar condicionado, contrata empresa especializada para lhe prestar assistência, porque vez ou outra tais equipamentos apresentam pequenos defeitos, que reclamam reparos. Mesmo que todos os dias, ao longo de anos, este ajuste se renove na sua materialidade, os empregados da empresa especializada nos aparelhos não serão transformados em empregados da área de informática. É de se notar que nem ao menos os mesmos empregados da primeira estarão vinculados pessoalmente à segunda, haja vista que os trabalhos é que constituem o objeto do contrato entre as empresas e não a mão-de-obra em si, pessoal. Todo este quadro é reforçado ainda pelo fato de, igualmente ao exemplo citado, as atividades das prestadoras não estarem ligadas às finalidades precípuas das tomadoras”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial, Gente, São Paulo, 1996, págs. 28-30.

contabilidad de los bancos²⁰³. Es incontestable que la actividad de procesamiento de datos es imprescindible a cualquier empresa, sea un banco o un comercio, o industria. Las elaboraciones de facturas, registro de clientes, controles de las inversiones, salidas de flujos de dinero. Es de funcionamiento necesario hasta para los tribunales. Y no se puede decir que los empleados de las empresas que prestan servicios a los tribunales de justicia sean funcionarios públicos.

De esta manera no se puede afirmar que el servicio de procesamiento de datos sea un servicio típicamente bancario²⁰⁴. Es una actividad medio de cualquier empresa, aunque en

²⁰³ Se percibe la fraude en este tipo de contratación, como se puede citar al TRT 3ª Región que trata em este decisão sobre la subordinación reticular justificante del vínculo de contratista con empresa red: “A 1ª Turma do TRT-MG, em julgamento recente, reformou sentença que havia negado ao reclamante a condição de bancário e o reconhecimento do vínculo de emprego com o banco tomador de serviços, ao fundamento de que o segundo reclamado e real empregador do reclamante não é instituição financeira e as atividades desempenhadas não seriam típicas de bancário. Por isso, no entender do juiz de 1º Grau, não se poderia declarar a nulidade de intermediação de mão de obra, já que o contrato de prestação de serviços mantido entre os réus mostrou-se regular e lícito. (...) Nesses casos, nos termos da Súmula nº 331 do TST, a contratação por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, já que não se trata de trabalho temporário. “O reclamante executava serviços tipicamente bancários para o primeiro reclamado, não obstante não ser a segunda reclamada do ramo financeiro. É que processava, manipulava, digitava e autenticava documentos do primeiro reclamado. Ademais, efetuava depósitos, inclusive em cheques, e autorização de débito de seus clientes” – ressalta o relator, lembrando que até o espaço físico onde trabalhava o reclamante era o mesmo que abrigava as duas reclamadas. Acrescenta ainda que o fato de não ser credenciado junto à câmara de compensação, não retira do reclamante o direito de ser enquadrado como bancário: “É público e notório que, nas agências bancárias, é diminuto o número de empregados. Em face disso, eles executam parte do serviço, o restante é produzido por empregados terceirizados” – completa. Para o relator, esse procedimento caracteriza fraude ao contrato de trabalho, atraiendo a aplicação do artigo 9º da CLT, já que se trata de terceirização ilícita. (...) Assim, no desempenho de suas tarefas bancárias, o reclamante estava submetido à chamada subordinação estrutural ou integrativa: “Na função de bancário, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais do primeiro reclamado. E uma vez inserido neste contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção” - explica. (...) a Turma deu provimento ao recurso para declarar a condição de bancário do reclamante e reconhecer o vínculo de emprego com o banco reclamado, anulando tanto o contrato firmado entre o reclamante e a empresa prestadora de serviços terceirizados, quanto o de prestação de serviços celebrado pelos reclamados. Assim, o processo deverá retornar à Vara de origem para o julgamento dos pedidos formulados pelo reclamante. Processo: (RO) 01251-2007-110-03-00-5. Publicado em 5 de Junho de 2008 às 12h39”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

²⁰⁴ Válido es citar el historico de las empresas de informática y de procesamiento de datos: “Para que isto se transformasse em realidade devemos ter em conta o imenso salto tecnológico que se seguiu à II Guerra Mundial, que bem podemos entender como início da II Revolução Industrial. Ocorreu a geração de novos trabalhos e novos equipamentos, evidenciando-se em poucos anos um progresso superior a todos os tempos precedentes. Por mais de um século as máquinas de calcular reinarão sem grandes modificações em seus princípios mecânicos e engrenagens de relojoaria. Apenas a elas foi agregada a força elétrica e, posteriormente, a impressão mecânica em fitas de papel. Umas e outras, nas versões mais aperfeiçoadas, sempre estiveram presentes nos bancos, desde aquelas calculadoras à manivela até as mais modernas eletromecânicas. A informática expandiu-se inimaginavelmente nos setores de comunicações, controle de dados e até na própria industrialização de produtos. Bancos de dados públicos e privados mantêm seus usuários com as mais precisas e minuciosas informações; a isto se agrega ainda uma rapidez espantosa, sem concessão a erros. Estas formas de registro e armazenamento de dados estão ainda, em plena evolução, mas já o sistema está definitivamente implantado, requerendo - contudo - novos técnicos, com novas aptidões e conhecimentos inexistente e nem sonhados até então. Tal a quantidade de dados a serem registrados e relacionados, que nem os bancos os podem acompanhar na medida em que se apresentam; impõe-se que empresas voltadas exclusivamente para este setor de computação, se encarreguem dessa imensa tarefa. Seus custos, contudo, são altos. Isto, paradoxalmente, representa grandes lucros. Assim, por dupla razão os bancos se associam ou criam empresas dessa natureza: em parte para auferir lucros com a diminuição de custos, em parte para preservar seus próprios segredos operacionais e de clientela. Os bancos aderiram rapidamente a estes sistemas, eis que o número de clientes aumentou consideravelmente. Milhões de lançamentos são feitos em agências que distam milhares de quilômetros umas das outras; e em frações de segundo, todos estes dados são catalogados e armazenados em poderosas máquinas centrais. O cheque conhece sua maior expansão e requer um controle extremamente complexo e de grande volume. Nisto tudo esta presente a informática, através de suas múltiplas máquinas: expedição de correspondência, lançamentos de contas (tributos federais, estaduais, municipais, «carnets» de prestações, cartões de crédito...). Não raro, nos mais variados lugares (supermercados, aeroportos, prédios públicos e até nas calçadas das ruas) podem ser obtidos, em qualquer dia ou hora, saldos bancários e até mesmo dinheiro...”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, Terceirização do Trabalho, Juruá, Curitiba, 1995, págs. 251-252. El TRT 3ª Región decide a favor de unos empleados de financiera son encuadrados como bancários: “Decisão da 8ª Turma do TRT-MG manteve enquadramento dos empregados da Losango Promoções de Vendas Ltda. como bancários, por entender que esta é, de fato, instituição financeira que substitui o Banco HSBC, seu sócio majoritário, nas

relación a los bancos no se puede considerar actividad auxiliar, como sería sin embargo en una empresa de computación donde la actividad principal sería la de prestación de servicios. Para los bancos significa que es una actividad inherente a ellos mismos.

Hay una dualidad referente a este enunciado, pues no hay un consenso si es considerado y permisivo o prohibido el procesamiento de datos como actividad principal o medio de los bancos. Si, en lo que no hay discusiones es si una contratista de procesamientos de datos trabaja para un grupo económico, es claro en el art. 2º, § 2º que hay la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo. Aunque no es suficiente ni termina las dudas acerca del tema, al contrario es más una manera de permitir la subcontratación en esta área.

En relación al encuadramiento sindical es válido citar el pensamiento de Pinto Martins cuando explica que “O art. 570 CLT estabeleceu que os sindicatos irão se constituir por categorias profissionais e econômicas, de acordo com o quadro anexo a que se refere o art. 577 CLT, conforme proposta da Comissão de Enquadramento Sindical. Assim, o Poder Executivo é que irá fazer o enquadramento sindical, permanecendo em vigor o referido quadro até que nova determinação legal o modifique, já que é vedada a interferência do Poder Executivo no sindicato”²⁰⁵. Alejando por completo la hipótesis de que los empleados de las contratistas en este ramo serán considerados como bancarios, que es otra categoría profesional distinta, exceptuando los casos de fraude a la ley.

Un motivo más de negación de equiparación de este tipo de trabajador con los bancarios ocurre principalmente si la contratista presta servicios en otro establecimiento que no sea el interno de la contratante, o si presta servicios a otras instituciones bancarias. Tampoco se puede afirmar el principio de la igualdad entre esos dos trabajadores, basado en las explicaciones dadas en el párrafo anterior, ni afecta al principio de legalidad ya que se

operações de crédito e financiamento, usando recursos financeiros desse banco. A decisão se assenta no artigo 17 da Lei 4.595/64, que equipara às instituições financeiras as pessoas jurídicas que exerçam atividades ligadas a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, conjugado com a cláusula 25 do Contrato Social da reclamada, a qual define, como seu objeto social, a recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos, o controle das operações pactuadas, além da administração de cartões e recebimento de pagamentos e faturas em geral. (...) Assim, a conclusão da Turma foi de que o enquadramento dos empregados da Losango no sindicato das empresas de assessoramento, perícias, informações e pesquisas é inadequado, mantendo o enquadramento da reclamada na categoria de instituição financeira e o recolhimento da contribuição sindical em prol do sindicato autor, ligado à categoria dos bancários. Processo: (RO) 00074-2008-059-03-00-9. Publicado em 29 de Agosto de 2008 às 16h04”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

²⁰⁵PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização, Op. Cit, pág.100.

tratan de dos tipos de trabajos distintos, ambos permitidos legalmente por la legislación laboral brasileña.

Se concluye que el Enunciado 239 TST no es seguido de manera literal, el propio TST solamente viene aplicándolo en los casos de fraude. Se puede dar como ejemplo algunas decisiones conferidas por este, como es el caso de “A aplicação do Enunciado 239 do TST, no sentido de que é bancário o empregado da empresa de processamento de dados que presta serviços a Banco integrante do mesmo grupo econômico, pressupõe desvirtualmente da atividade bancária, quando o trabalhador execute serviços, exclusivamente em benefício do Banco. Havendo prestação concomitante de trabalho em favor de variadas atividades empresariais, aquele verbete não ampara a pretensão de transformar-se o digitador em empregado bancário”²⁰⁶.

La propia orientación jurisprudencial 126 que trata acerca del Enunciado 239 TST, expresa: “Enunciado nº 239. Empresa de processamento de dados. Inaplicável. É inaplicável o enunciado nº 239 quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros”.

Resumidamente es correcto afirmar que hay una permisividad del uso de empresas contratista de procesamientos de datos, siendo restringido su uso en los casos de fraude. La razón dada por autores y juristas es que ésta es una actividad auxiliar, pudiendo disponer cualquier empresa de los servicios de las contratistas, incluso la contratación de las mismas por empresas del mismo grupo económico sin correr el riesgo de ser el Enunciado 239 TST interpretado literalmente por los tribunales laborales brasileños²⁰⁷.

²⁰⁶TST – E- RR 42.118/91.6, Ac. SDI 3.113/95, j. 28-8-95, Rel. Juiz Euclides Alcides Rocha, LTr 60-02/242. PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização . Op. Cit, pág.106.

²⁰⁷ Al respecto, um exemplo para aclarar en la práctica lo que se puede considerar fraude o no: “TST - Banespa reverte enquadramento de telefonista terceirizada como bancária. Por integrar categoria diferenciada, a função de telefonista não pode ser enquadrada na categoria profissional dos bancários. É o que estabelece a Súmula 117 do TST e foi o fundamento adotado pela Seção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior para reformar decisão que considerou uma telefonista terceirizada como bancária do Banco do Estado de São Paulo S. A. - Banespa. Em decisão anterior, a Quinta Turma do TST havia reconhecido a condição de bancária da empregada que trabalhou na empresa em período anterior à Constituição de 1988. Reformou assim decisão do Tribunal Regional da Segunda Região (SP) que indeferiu o enquadramento da telefonista como bancária. Inconformado com a decisão da Turma, o Banespa interpôs recurso à SDI-1 se opondo ao enquadramento, entre outros motivos, porque a função de telefonista pertence a categoria diferenciada da CLT e a empregada foi contratada para realizar atividade-meio da empresa e não desempenhava atividade bancária, como noticiou o acórdão regional. Ao examinar o recurso na seção especializada, o ministro relator Augusto César Leite de Carvalho avaliou que aquela decisão que enquadrava a telefonista como bancária não poderia ser mantida, uma vez que contrariava o entendimento da referida Súmula 117, segundo a qual “não se beneficiam do regime legal relativo aos bancários os empregados de estabelecimento de crédito pertencentes a categorias profissionais diferenciadas”. Seu voto foi seguido por unanimidade. (E-ED-RR-813144-76.2001.5.02.0013). Publicado em 19 de Agosto de 2011 às 10h02”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

El Enunciado 256²⁰⁸ TST fue editado por la Resolución Administrativa 5/86 y publicado en el Diario de la Justicia de la Unión en 04-11-86 que expresa: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”²⁰⁹.

Es válido dar ejemplos de decisiones de tribunales en relación al anterior Enunciado, pues este caso específico no lo considera como un trabajo temporal, por no tener carácter provisorio: “O trabalho de conservação e asseio não pode ser objeto de contratação pela Lei nº 6.019, por não se tratar de trabalho temporário. Menos ainda pela locação prevista no Código Civil, por ser atividade permanente, indispensável à vida da empresa. A contratação de locadora constitui fraude ao regime da CLT. Vínculo empregatício com o tomador do serviço quando há continuidade e o trabalho é prestado a uma única empresa. Quando o empregado trabalha em uma jornada subdividida em duas, o longo intervalo entre ambas deve ser

²⁰⁸En este sentido: “O Enunciado em comento foi alvo de muitas críticas por parte dos estudiosos do Direito do Trabalho que não aceitavam a posição do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria. Abaixo destacamos alguns comentários feitos à época. ARNALDO SÚSSEKIND emitiu opinião no sentido de que o Enunciado nº 256 não proibia uma empresa de contratar prestadora de serviço ou empreiteira para a execução de serviços ou obras, mas que a proibição estava restrita à contratação de trabalhadores por empresa interposta, não podendo supor “por ferir o sistema jurídico nacional, é que a súmula em foco tenha tido a intenção de proibir os legítimos contratos de prestação de serviços ou de empreitada de obras, previstos no Código Civil”. PAULO TEIXEIRA COELHO entendeu que o Enunciado nº 256 caracterizou como ilegal toda e qualquer contratação de empresa prestadora de serviços, e que existiam várias atividades de prestação de serviços a terceiros que não configuravam a locação de mão-de-obra. Assim, o Enunciado em foco “foi extremamente infeliz, pois generaliza o conceito de empresa interposta, estendendo-o a toda e qualquer empresa de prestação de serviços a terceiros”. IRANI FERRARI escreveu que o Enunciado em questão “considera ilegal, ab initio, o que poderá ser legal, porque não revogadas as formas de prestação de trabalho sob o enfoque da locação de serviços ou empreitadas” e que ainda era “contrário ao princípio da livre iniciativa e contra o Código Civil, no que respeita às prestações de serviços e também às empreitadas, se configuradas legalmente, este fim, podendo guardar seus aspectos de autonomia ou de legítimos empregadores”. ONOFRE CARLOS DE ARRUDA SAMPAIO manifestou-se lembrando que nem todas as empresas prestadoras de serviços têm como objetivo fraudar a legislação trabalhista e que “não estão tais empresas limitadas às atividades de baixo nível intelectual, meramente braçais, como limpeza e vigilância, mas abrangeu todos os campos, como as que fornecem serviços de alimentação, programação para computadores, assistência médica, odontologia, assistência técnica para equipamentos, manutenção elétrica etc.” AMADOR PAES DE ALMEIDA interpretou que “em nenhum momento quis o Enunciado transcrito eivar de nulidade a verdadeira terceirização, que consiste na contratação de empresas prestadoras de serviços para a realização das operações secundárias, ainda que permanentes, assim consideradas, como já se frisou, aquelas que não se relacionem com a atividade-fim”. Na opinião de MARLY A. CARDONE, o Tribunal Superior do Trabalho exorbitou ao editar o Enunciado n. 256, cristalizando o que não é cristalizável, já que a Jurisprudência, em sua função integrativa e formuladora do Direito, deve ter exatamente a flexibilidade que a lei não pode ter, examinando as facetas de cada caso. Manifestou-se OCTAVIO BUENO MAGANO dizendo que o Enunciado em questão “mostrou-se inteiramente divorciado da realidade palpante em nossos dias, em que sobressai o fenômeno da cooperação entre empresas, explicável pelas exigências da técnica e pela exacerbação da concorrência. Para enfrentar a concorrência, cada vez mais aguçada, a empresa precisa aumentar a sua produtividade, o que a leva a se especializar e a adquirir, no campo de sua especialização, dimensão que lhe permita o uso intenso da técnica”. A orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, contida no Enunciado nº 256, contrariava a idéia da terceirização, impedia a contratação das empresas prestadoras de serviços; por isso, à época defendia-se sua revisão, o que veio a ocorrer com a edição da Súmula nº 331”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, págs. 42-44.

²⁰⁹Los precedentes del Enunciado 256 TST: “ Empleado que sempre trabalhou para ou no mesmo estabelecimento, em atividade necesaria ao seu funcionamento. Não se caracteriza o trabalho temporário. Decreto-lei nº 1.034, alegado apenas na revista. Relação de emprego com o tomador do serviço. Revista não conhecida” (Ac. 2ª T. 2.176/80, Proc. RR 138/79, j. 7-10-80, Rel. Min. Marcelo Pimentel. Recorrente: Banco Bradesco S.A. e Oram S.A. Organização Rio-grandense de Serviços, e Recorrido: Adelar Ferreira de Moraes). Texto basado en los análisis de PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização, Op. Cit, págs.107-109.

remunerado como extra, porque o empregado ficou à disposição do empregador. Revista a que se nega provimento”²¹⁰.

En este mismo sentido, la decisión siguiente del tribunal reconoció el vínculo de la relación laboral entre la contratante con los empleados de la contratista: “Contratação de empresa para execução de serviços inerentes à atividade da reclamada. Ou há fraude ou mão-de-obra locada em situação não prevista na Lei nº 6.019/74”²¹¹.

El Enunciado 256 TST es muy claro al especificar las posibilidades de utilización de mano de obra por empresas interpuestas que es lo permitido por la ley, en el caso de los trabajos temporarios y de servicios de vigilancia. Y este era el entendimiento predominante en el TST. Luego vinieron las reclamaciones de las empresas de servicios de limpieza, alegando el principio de la igualdad ya que era permitido por el Enunciado el trabajo de empresas contratistas en vigilancia como lícitos.

La intención que tenía el referido Enunciado era combatir el fraude a la ley, pero que no se puede interpretar de forma taxativa. Lo que se prohíbe es la locación permanente de mano de obra. Es válido resaltar que la nueva ley de FGTS admite como empleador las empresas intermediadoras de mano de obra, sirviendo para reforzar la licitud de los servicios de contratas y subcontratas. Aunque todavía existían muchas dudas por parte de los juristas y autores acerca del tema, era necesario un nuevo Enunciado para aclarar lo que verdaderamente se debería posicionar en los tribunales en relación a la subcontratación.

El enunciado hecho para regular, y el más importante de todos, en relación a las contratas y subcontratas en carácter general, fue el Enunciado 331 TST. Éste fue editado por la Resolución Administrativa 5/86 y publicado en el Diario de la Justicia de la Unión en 04-11-86 que expresa, antes de la reforma de mayo de 2011: “Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3-1-74); II – A contratação irregular de

²¹⁰Ac. 2ª T. 377/82, Proc. RR 889/81, j. 2-3-82, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Recorrente: Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda. e Cia. Estadual de Energia Elétrica, e Recorrida: Margarida da Silva Ramos. Texto basado en los análisis de PINTO MARTINS, Sérgio. A terceirização, Op. Cit, pág. 108.

²¹¹Ac. 3ª T. 3.874/81, Proc. RR 402/81, j. 4-12-81, Rel. Min. Guimarães FALCÃO, Recorrente: Ripasa S. A. Celulosa e Papel, e Recorridos: Moacir de Oliveira e outros, Transportadora Ruratron Ltda. e Madeireira Patriarca Ltda. Texto basado en los análisis de PINTO MARTINS, Sérgio. A terceirização. Op. Cit, pág. 108.

trabalhador, a través de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II; da Constituição da República); III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta; IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”²¹².

Con la nueva reforma del Enunciado 331 TST, se ha modificado el apartado IV, y ha sido añadido dos más: el V, y VI, como se puede percibir: “(...)IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero

²¹²Los precedentes del Enunciado 331 TST: “Contrato de prestação de serviços – Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos na Lei nº 6.019, de 3-1-74, e 7.102, de 2-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços” (Enunciado 256/TST) (Ac. SDI nº 2.333/993, Proc. E – RR 0211/90.6, j. 10-8-93, Rel. Min. Cnéa Moreira, DJ 3-9-93). “Locação de mão-de-obra – Enunciado 256/TST. A Sociedade de Economia Mista, no caso a Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo Art. 10, inciso 7º, do Decreto-lei nº 200/67, realizar contratos de locação de serviços. O Enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir contratos legais. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o reconhecimento do vínculo empregatício, mantendo-se a solidariedade” (Ac. 1ª T. 3.308/92, Proc. RR 44.058/92.6, j. 28-10-92, Rel. Min. Afonso Celso, DJ 4-12-92). “Não se há que falar na aplicação do Enunciado 256, do TST, especialmente pela ausência de fraude, já que tanto a contratação do obreiro quanto a celebração do convênio estão dentro dos parâmetros legais. Revista conhecida e provida, para julgar improcedente o pedido” (Ac. 1ª T. 2.340/93, Proc. RR 62.835/92.0, j. 19-8-93, Rel. Min. Ursulino Santos, DJ 1-10-93). “A contratação de mão-de-obra, mediante empresa interposta, em se tratando de órgão público, está atorzada pelo Decreto-lei nº 200/67 e pela Lei nº 5.645/70. Ademais, nos termos do parecer do ilustre representante do Ministerio Público, Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho, no caso dos autos, além do serviço locado ser de vigilância – hipótese prevista na própria Súmula 256 do TST como legal por força da Lei nº 7.102/63 -, a Lei nº 5.645/70 chega a recomendar que os serviços de custódia, conservação e assemelhados Sejas contratados por via indireta no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional. Dessa forma, o INAMPS é parte ilegítima, não cabendo a solidariedade imposta” (RR 45.956/92ª, Ac. 3ª T. 5.251/92, Re. Min. Roberto Della Manna, DJ 6-8-93). “A Lei nº 5.645/70, na esteira do estabelecido pelo DL 200/67 (Art. 10, parágrafo 7º), facultou à Administração Pública a contratação de serviços de empresa do ramo de limpeza, entre outros, afastando, assim, a possibilidade de aplicação do Enunciado nº 256/TST para o fim de declarar-se a existência de relação de emprego entre o prestador de serviços e a tomadora (no caso, a União Federal)” (TST, RR 41.486/91.2, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, Ac. 3ª T. 46/92 DJ 26-3-93). “Tratando de empresa de serviços de limpeza e conservação que mantém contrato com entidade de Serviço Público, não há que se falar em atividade fraudulenta, ante o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70. Logo, incabível a responsabilidade solidária para pagamento das parcelas a que foi condenada a empresa prestadora de serviços” (RR 42.286/91.9, Ac. 4ª T. 2.936/92, Rel. Min. Leonaldo Silva, DJ 12-2-93). “O Art. 1º da Lei nº 5.645/70 combinado com o parágrafo 7º do Art. 10 do Decreto-lei nº 200/67, autorizam a Administração Pública a efetuar contrato de prestação de serviço, nos casos em que se especificam. Não se aplica, por tanto, o Enunciado 256 do TST, naquelas hipóteses especificadas” (RR 43.279192.2, Ac. 2ª T. 631/93, Rel. Min. João Tezza, DJ 18-6-93). “O que veda o verbete 256/TST é a contratação do trabalhador e não do serviço por interposta pessoa, pelo que, para que se perquirir da existência de subordinação direta daquele a esta e de pessoalidade na prestação de serviços sob a ótica da empresa contratante” (RR 24.086/91.7, Ac. 2ª T. 806/92, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 8-5-92)”. Texto baseado en los análisis de PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização. Op. Cit, págs. 118-119.

inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada; VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação”.

Básicamente las alteraciones recientes del Enunciado 331 TST es en lo relacionado con la responsabilidad de la Administración Pública al ser ésta contratante. Pues solo se aplicará entonces la responsabilidad subsidiaria al percibir que hubo conducta culposa por parte de ésta a la hora de hacer una subcontratación. Tampoco se puede dejar de mencionar que tal redacción tiene su polémica en relación a su legalidad, como será mejor visto en el punto de las responsabilidades en el capítulo cuarto de esta tesis.

A nivel didáctico se utiliza, hasta tal modificación, la misma división dada por el Enunciado, tratando de analizar las cuatro partes: 1. contratos temporales, 2. contrata y subcontrata en la Administración Pública, 3. servicios de conservación, limpieza, vigilancia y en las actividades auxiliares de la empresa contratante, 4. responsabilidad subsidiaria entre ambas empresas, la contratante y la contratista. El primer inciso del referido enunciado trata de la contratación de trabajo temporal, alegando que la contratación hecha por empresa interpuesta es prohibida, aunque en realidad no hay una punición, excepto para los casos de fraude a la ley.

El inciso segundo trata de afirmar la no vinculación de los trabajadores subcontratados de las empresas contratistas que prestan servicios para la Administración Pública con ésta misma, tema que será visto con más detalles en el próximo capítulo. El tercer inciso del referido enunciado expresa que no hay vinculación en las relaciones entre empresa contratista y la principal en los casos de vigilancia, conservación y limpieza, como también la prestación de servicios en actividades auxiliares de la empresa contratante.

El Enunciado 331 TST acabó negando el uso de los servicios de las contratistas en las actividades consideradas en la propia actividad de la empresa, siendo el gran problema de la doctrina y de los juristas definir cuáles son las actividades auxiliares y las propias de una empresa, tema a ser tratado minuciosamente posteriormente. A pesar de saber que las industrias automovilísticas utilizan servicios de contrata y subcontratas en sus actividades propias, haciendo específicamente el montaje de los automóviles, en este caso el inciso tercero afirmó que la no vinculación dependerá de la falta de personalidad y subordinación de los trabajadores de la contratista para con las empresas contratantes.

El inciso cuarto, como acaba de ser mencionado, será mejor tratado posteriormente en el capítulo cuarto, del referido Enunciado se refiere a la responsabilidad subsidiaria entre la contratista y la contratante en los casos de no cumplimiento de las obligaciones laborales y referentes a la Seguridad Social. La responsabilidad solidaria sólo ocurre en los casos de empresas del mismo grupo económico o entre empresas de trabajo temporal y la tomadora de servicios en los que ocurra la insolvencia de la primera. Aunque muchos autores, como por ejemplo Jorge Luiz Souto Maior, acreditan que la responsabilidad, en cualquier hipótesis, debería ser solidaria, pues sería una manera de forzar a las contratantes a que elijan mejor las contratistas que irán relacionarse.

Lo que sí es muy importante, podría incluso decir imprescindible, es la participación de la empresa contratante en la acción judicial y que conste también en el título ejecutivo judicial, so pena de no ser reconocida la responsabilidad subsidiaria. De igual manera se observa que en el grupo económico de empresas, para que sea válida la cobranza de la responsabilidad solidaria, es necesario que todas las empresas estén en el polo pasivo de la acción judicial para que puedan ser ejecutadas.

La empresa contratante que debido a la responsabilidad subsidiaria pagó los débitos laborales a los trabajadores de la contratista, tiene el derecho de regreso contra la contratista. Lo correcto para no tener ningún problema judicial es saber elegir a ésta antes de firmar un contrato civil, siendo de extrema importancia por parte de la empresa contratante verificar la idoneidad de la contratista y si cumple correctamente con los pagos tanto los laborales como los referentes a la Seguridad Social. En este sentido es válido ejemplificar una decisión jurisprudencial, salientando que la nomenclatura tercerización quiere decir subcontratación: “Ementa: Responsabilidade subsidiária. Terceirização ilícita. Transferência de atividade-fim. Inadmissível a terceirização que, não se restringindo a atividades-meio ou auxiliares, implica a transferência à prestadora de serviços de atividades-fim, essenciais à consecução do objeto social do empreendimento. A tomadora do serviços incurre, no caso, em responsabilidade subsidiária, derivada da culpa in eligendo ou in vigilando (TRT. 2ª R. – 8ª T. – Ac. N. 20.010.126.176 – Decisão: 26-3-2001 – RO01 n. 19.990.621.813, 1999)”.

Como se puede percibir, las contratas y subcontratas tienen su reglamentación principal en el enunciado 331 TST, a pesar de presentar lagunas en el cual se permite el mal

uso de éstas, fue editado la Instrucción Normativa 3/97 MTb, en el cual se nota el intento de disminuir la burla a las normas laborales en la contratación con empresas contratistas.

Esta normativa trata sobre la fiscalización del trabajo en las empresas de prestación de servicios de terceros y empresas de trabajo temporal. El primer punto a ser analizado, de importante valor, es que fue hecha una distinción clara entre contratistas y subcontratistas, denominadas por el legislador brasileño como “empresa de prestación de servicios” y las ETT’s. Lo que hace más curioso es que pasado más de una década de la edición de esta normativa – publicada en DO en 29/08/1997 – continúan muchos autores confundiendo o mezclando las contratistas y subcontratistas con el fenómeno de tercerización y con el trabajo temporal, o poniéndolas juntas sin hacer distinciones necesarias para tal entendimiento general.

La normativa 3/97 se divide en dos partes. La primera que se intitula de la empresa de prestación de servicios a terceros, y la segunda que trata sobre empresa de trabajo temporal. Este presente estudio tratará apenas en lo que concierne sobre las contratistas y subcontratistas. El art. 2º de esta instrucción normativa, por ejemplo, considera empresa de prestación de servicios a terceros la persona jurídica de derecho privado, de naturaleza mercantil, legalmente constituida, que se destina a realizar determinado y específico servicio a otra empresa fuera del ámbito de la propia actividad de la empresa. Las relaciones entre la empresa contratistas y la contratante serán de carácter de la ley civil, mientras que las relaciones entre la contratista y el trabajador de ésta serán disciplinados conforme la normativa de la CLT. En los casos de empresas de vigilancia y de transporte de valores, las relaciones de trabajo serán regidas por la Ley 7.102/83 y, subsidiariamente, por la CLT. Tema mejor analizado en el cuarto capítulo.

En los casos de ser empresas del mismo grupo económico, en que la prestación de servicios ocurra junto a algunas de las que hace parte de tal grupo, el vínculo de empleo se establece entre la contratante y el trabajador colocado a su disposición, conforme los términos estipulados en la CLT. Lo que si estipula esta normativa es que el contrato de prestación de servicios puede englobar la provisión de servicios, materiales y equipamientos.

En lo que concierne el contrato con la Administración Pública, conforme el art. 4º de la normativa, el contrato celebrado entre la empresa contratista y la persona jurídica de derecho público, es administrativo, con derechos civiles, en conformidad del art. 10 §7º del Decreto-Ley

200/67 y de la Ley 8.666/93. No generando ningún vínculo con los órganos de la Administración Pública Directa, Indirecta o Fundacional, y la contratación irregular del trabajador mediante empresa interpuesta, de acuerdo con el Enunciado 331 TST. La fiscalización del trabajo debe actuar conforme el art. 5º de esta normativa, pero es un punto que será tratado a parte. Importante resaltar también, basándose en el Decreto-Ley 200/67 fue publicado el Decreto 2.271/97 que en su art. 1º, párrafo primero se encuentran las actividades pasibles de la subcontratación, como son los casos de: limpieza, conservación, seguridad, vigilancia, transporte, informática, recepción, reprografía, telecomunicaciones y mantenimiento de edificios, equipajes e instalaciones. Mientras que el párrafo segundo de este mismo artículo veta la ejecución indirecta de las actividades, permitiendo no solamente las actividades del párrafo primero como también las que no están enumeradas en este desde que no corresponda a cargo existente en la administración referida.

El proyecto de ley 4.302/98, propuesto por el diputado Sandro Mabel, que abarcaba nuevas reglas para la tercerización, engloba en su primera parte las empresas de trabajo temporal y en segunda parte las empresas de servicios a terceros. Así que se puede decir que partió del Poder Ejecutivo una de las tentativas de legislación al respecto de la subcontratación, al haber enviado al Congreso Nacional, a través del Mensaje 344/98, el Proyecto de Ley 4.302/98. Conforme el relatorio encaminado por el Poder Ejecutivo, el Proyecto pretendía alterar la legislación del trabajo temporal, revocando la Ley 6.019/74, y establecer normas relativas a las empresas contratistas. En relación a estos es importante ver lo que dispone en el texto legal, conforme expresa el art. 19 de este referido proyecto, la empresa contratista es la persona jurídica de derecho privado, legalmente constituida que se destina a prestar servicio determinado y especificado para otra empresa, fuera del ámbito de la propia actividad de la contratante. Las relaciones de trabajo entre la contratista y sus empleados serán regidas por la CLT, y la empresa contratista contrata, remunera y dirige el trabajo realizado por sus empleados, estos no se subordinan al poder directivo, técnico y disciplinar de la contratante. El art. 20 de este proyecto especifica las características de la empresa contratante, siendo ésta la persona física o jurídica que celebrar contrato con contratista con la finalidad de contratar servicios, debiendo ambas tener como actividad principal tareas distintas, y dependiendo de la naturaleza de los servicios contratados, su prestación podrá desarrollarse en las instalaciones físicas de la contratante o en otro local por ella determinado, garantizando a los empleados las condiciones de seguridad y salud en el ambiente de trabajo previstas por la legislación laboral y por los actos normativos expedidos por la autoridad competente.

Es vedado a la contratante mantener trabajador en actividad diversa de la que fuera contratado por la empresa contratista. La contratante es subsidiariamente responsable, conforme establece el art. 21 del referido proyecto, por las obligaciones laborales y de la Seguridad Social garantizadas durante la prestación de servicios respectiva, aunque deberá haber estipulado en este caso la responsabilidad solidaria, inclusive para frenar la fraude en la utilización de las contrata y subcontratas. Al pertenecieren al mismo grupo económico, la empresa contratante es solidariamente responsable por las obligaciones laborales y de Seguridad Social relativas al periodo de duración del contrato, por ella firmado con la contratista, debiendo ésta fornecer mensualmente a la contratante comprobación del pago de los salarios y de la regularidad de su situación con la Seguridad Social y el FGTS, como también copia de las respectivas guías de recaudación, tema mejor analizado en el cuarto capítulo. El art. 22 de este proyecto trata de la vinculación laboral caso este presentes los elementos constitutivos de la relación laboral entre el trabajador subcontratado y la empresa contratante, o mismo sucediendo cuando el trabajo prestado por el trabajador caracterizar desvío de función.

El Capítulo III disciplina las disposiciones generales, y el art. 23 de este proyecto menciona que la contratista podrá adoptar como objeto social el fornecimiento de la prestación de servicios, y caso optando por esto deberá la contratista elaborar nómina especial prevista en el § 2^a del art. 8^a del referido proyecto. Las contratistas, segundo el art. 24 de este proyecto, en funcionamiento en la fecha de vigencia de esta ley tendrán el plazo de noventa días, a contar de su publicación, para adecuarse a las exigencias en ella contenidas, y finalizando, el art. 25 menciona que no se aplica el dispuesto en esta ley a las empresas de vigilancia y transporte de valores, permaneciendo las respectivas relaciones de trabajo reguladas por legislación especial, y subsidiariamente por la CLT.

Más específicamente relacionado al trámite de este proyecto de ley, es importante resaltar que al principio la intensión del Poder Ejecutivo era de responsabilidad subsidiaria, exceptuando los casos de que la contratantes y la contratista perteneciesen al mismo grupo económico, pero en la Cámara de los Diputados, el proyecto fue alterado con la aprobación del Substitutivo presentado por el diputado Jair Meneguelli, conforme explana Ribeiro de Campos. El Substitutivo 4.302-B fue mantenido por las Comisiones de Asuntos Sociales y de Constitución y Justicia del Senado Federal, en el cual se había establecido la responsabilidad solidaria de la contratante por las obligaciones laborales y de Seguridad Social referidos al

tiempo que durara la subcontratación, como también había previsto la fiscalización de la contratante en el cumplimiento de tales obligaciones, como debería ser. De igual manera fue establecido los requisitos para el funcionamiento de la contratista, que estuviera registrada en el Notariado de Registro de Personas Jurídicas, como también prueba de inscripción en el CNPJ; recaudación de la contribución debida al sindicato, capital en integralidad con un valor mínimo de R\$ 250.000,00, y registro en la Junta Comercial.

El contrato de prestación de servicios deberá contener la calificación de las partes, la especificación del servicios a ser prestado, el plazo para la realización del servicio, el valor, la forma de fiscalización de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social de la empresa contratista por la contratante, como también una multa e indemnización por el no cumplimiento de la cláusula contractual o de las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Determinaba también la prohibición a la empresa contratante de utilizar trabajadores en actividades distintas de las que fueron designadas en el contrato con la contratista, pudiendo los servicios ser ejecutados en las instalaciones físicas de la contratante o en otro local por ella designado. La empresa contratante deberá garantizar las condiciones de seguridad, higiene y salubridad de los trabajadores y garantía al trabajador de la empresa contratista el mismo atendimento médico y ambulatorio destinado a sus empleados, existente en las dependencias de la contratante.

Infelizmente el proyecto de ley sufrió algunas modificaciones en el Senado Federal, siendo la más destacable la responsabilización que vuelve a ser subsidiaria. Al regresar a la Cámara de los Diputados, el relator del Proyecto 4.302-C, el diputado Sandra Mabel, que fue favorable, conforme explana Ribeira Campos, al Substitutivo del Senado Federal, relató que la responsabilidad solidaria solamente iría desestimular la contratación de los trabajadores y nuevos puestos de trabajo en las microempresas y empresas de medio y pequeño porte. Al ir para la votación el proyecto de ley ha recibido cantidades de críticas de varias entidades como es el caso de la OAB, Asociación Nacional de los Magistrados de la Justicia del Trabajo, de la Fiscalía Pública del Trabajo y del Presidente del TST, tanto en las cuestiones referentes al trabajo temporal como a la subcontratación. Hay autores como es el caso del sindicalista Santana que afirma que tal proyecto incluso podría venir a empeorar la situación de subcontratación en Brasil²¹³, argumentando que hubo unas sugerencias por el órgano sindical

²¹³En este sentido: "E o Projeto de Lei do deputado Sandro Mabel é um projeto que regulamenta o que está aí e até piora. Hoje, não existe uma legislação que regulamente a terceirização. Você tem a Lei n. 6.019 sobre trabalho temporário e uma súmula do TST, Tribunal Superior do Trabalho, a súmula 331, ou 330. [...] Como não tem legislação sobre a terceirização, o que se utiliza hoje é a interpretação dessa súmula. [...] E o pior é que, depois dessa súmula ampliou-se a terceirização. E o Sandro Mabel, que é um

responsable en la CUT, como es el caso de que la representación fuera hecha por el sindicato de la actividad preponderante. De esta manera, sería una legislación importante, caso si también caracterizase la responsabilidad solidaria, pero infelizmente no ha sido aprobada como debería ser, restando solamente esperar que haya una nueva tentativa de legislación relacionada al tema.

En este momento, es fundamental para este presente estudio comparado, mencionar un poco más sobre la evolución histórica de las contrata y subcontratas en España, que actualmente está prácticamente regida por un precepto que es el art. 42 ET. Otros preceptos correlativos a tal materia, que también deben ser nombrados, son los art. 104 y 127.1 LGSS en relación a la responsabilidad empresarial por las obligaciones de la Seguridad Social y el art. 24.2 y 3 LPRL correspondiente a la seguridad y salud laboral en el marco de las contrata, conjuntamente con el art. 42.1 y 3 LISOS que trata de la responsabilidad empresarial administrativa en el ámbito de la subcontratación.

Para Pedrosa Gonzáles, el surgimiento de la contrata en España fue con la Ley 13 de abril de 1877, General de Obras Públicas, en el cual en su art. 25 expresaba: “el Gobierno podrá ejecutar las obras de cargo del Estado por administración ó por contrata. El primer método se aplicará únicamente á aquellos trabajos que no se presten á contratación por sus condiciones especiales, ó porque no puedan fácilmente sujetarse á presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, ó por otra cualquiera circunstancia”.

Históricamente, en general, se acepta que el art. 42 ET es heredero del Decreto 3.677/1970, el cual prohibía la interposición en las relaciones laborales y también establecía una responsabilidad solidaria del principal por las obligaciones laborales y de seguridad social que fueran contraídas por el contratista en los supuestos de contrata de la propia actividad, mejorando este decreto la cuestión de la responsabilidad subsidiaria que para estos casos habían empezado a introducir ciertas normas sectoriales y que igualmente estaban presentes en la normativa histórica sobre la seguridad social y sobre accidente de trabajo.

empresário, resolveu fazer um projeto para regulamentar a terceirização. Esse projeto tem andado a passos largos dentro do Congresso, sendo aprovado até por unanimidade em algumas comissões. Está se consolidando como um projeto "tão bom" que termina nem precisando ser votado no plenário. Ele vem tão autorizado, tão forte que faz um acordo de liderança e aprovam. Não precisa ir para o voto a voto". SANTANA, Robson, Práticas de terceirização nas empresas industriais, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 185.

Después vino el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 con apenas modificaciones que contemplaba el contenido del Decreto 3.677/1970. Posteriormente llegó el art. 42 ET, lo cual introdujo ciertos límites materiales, principalmente a los de caracteres salariales, y límites temporales en relación a la responsabilidad de la empresa comitente; importante también es mencionar la prohibición de la interposición de mano de obra advenida en el art. 43 ET, aunque la legislación laboral española ha aceptado tal interposición en los casos de ETT's.

La primera norma laboral que trata de subcontratación fue la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, conforme se encontraba dispuesto en su art. 1 la responsabilidad por motivos de accidente laboral tanto por parte del empresario contratista como por la contratante, a pesar de que debido a un reglamento de julio de 1900 ha modificado el tipo de responsabilidad para subsidiaria, es decir, primeramente la responsabilidad era del contratista y caso el incumplimiento de sus obligaciones pasaba a responsabilizar la contratante.

Posteriormente surgió la implantación del carnet de empresa con responsabilidad para las empresas de construcción y obras públicas regulado mediante un Decreto en 1954, y siendo desarrollado en 1956 por una Orden en el cual, en su art. 3, y conforme explica Olmo Gascón: “la renovación anual del carnet venía condicionada a la justificación empresarial de que los trabajadores por ellos ocupados, “disfrutaban de los derechos que por su trabajo les otorgan las disposiciones laborales y de Previsión Social en vigor”; en segundo término, se establecía la responsabilidad subsidiaria de las empresas de la construcción, respecto de los destajistas o subdestajistas con los que hubiese establecido los correspondientes conciertos, en materia laboral y de previsión social (art. 9)”²¹⁴.

Aunque para Olmo Gascón, el antecedente más evidente de la actual regulación del trabajo en subcontratación es el art. 59.1 de la Ordenanza de la construcción de 1970, que estipulaba que las empresas que subcontratasen con otras deberían exigir de las contratistas que estuviesen al día en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y que la contratante sería la responsable subsidiaria caso del no cumplimiento de las obligaciones de la contratista.

También es notable mencionar que el Decreto 3.677/70 fue un ejemplo que siguió la legislación actual, que exigía el carnet de empresa que implicaba una responsabilidad solidaria

²¹⁴ OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 08.

entre la empresa principal y sus contratistas tanto a nivel salarial como también relacionado con la Seguridad Social. La autora sigue haciendo un recorrido en el histórico de la subcontratación y menciona que el art. 4 Decreto 3.677/70 fue absorbido por el art. 19 Ley 16/1976 de Relaciones Laborales con pequeñas alteraciones, tampoco dejó de mencionar la figura de la cesión ilícita de mano de obra, supuesto en el que se podía vincular como contrato por tiempo indefinido el trabajador subcontratado con la empresa contratante, igualmente la redacción segunda de este mismo precepto es utilizada por el art 4 del Decreto de 1970.

Estos son los antecedentes del art. 42 ET, sucesor de la RLR; también es conveniente expresar que hay otros textos legales de algunas ordenanzas laborales, que para sectores determinados regularon el tema de las contrata, como es el caso de la Ordenanza de 11/1963 para la industria del esparto, la Ordenanza de construcción, vidrio y cerámica de 1970, Orden sobre normas complementarias de la ordenanza siderometalúrgica de 1976.

La redacción original del ET de los años 1980 trataba de una forma de subcontratación muy distinta de las repercusiones que causan hoy, el modelo de descentralización productiva que se encuentra en el precepto del art. 42 ET prácticamente no fue alterado, trayendo grandes dificultades para acomodarlo en la realidad actual donde se encuentra la descentralización productiva cada vez más expandida.

Básicamente este artículo se preocupa de la responsabilidad empresarial pertinente a las empresas contratantes ante las obligaciones sociales que afectan a los trabajadores de la contratista que prestan servicios a la misma, como también con los complejos requisitos para la comprobación sobre la situación de la contratista frente a la Seguridad Social. La preocupación del legislador era no dejar al trabajador descubierto en sus derechos aplicando la responsabilidad solidaria de las empresas contratantes, pues presupone que la principal ofrece una seguridad económica mayor que la auxiliar.

Según el autor Valdés Dal-Ré, al explicar la evolución en el tratamiento normativo del régimen de contrata y subcontratas en España, primero menciona la nueva forma de organización empresarial a través de las “empresa-red”²¹⁵, y en segundo lugar explana el

²¹⁵Según el autor: “En primer lugar, las decisiones empresariales de descentralización productiva, que forman el sustrato contemplado por aquel pasaje legal como base del entero sistema de protección, han experimentado un proceso de extensión y generalización tan intenso como extenso. Hasta tal punto, que el recurso por parte de las empresas a formas de externalización de actividades ha proporcionado la aparición de un nuevo modelo de organización empresarial (empresa-red), que ha dado al traste y arrumbado el modelo anterior de empresa fordista. Esta formidable expansión de la descentralización productiva ha aumentado de manera exponencial el recurso por parte de las empresas a las fórmulas de la contratación y, por consiguiente, ha

cambio conceptual de carácter reductor que hubo en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El concepto de “actividad normal”, fue sustituido por el de “propia actividad”²¹⁶, siendo interpretada de una manera amplia y flexible, de esta manera, la empresa contratista participa de la propia actividad de la empresa, basándose en el criterio de sustituibilidad, siendo el concepto de propia actividad aclarando “en primer lugar, aquellas actividades que, aún no formando parte de la función productiva del empresario principal resultan necesarias para la producción del bien o la prestación del servicio, constitutivo de su objeto social, o, más en general, para el cumplimiento de los fines empresariales perseguidos (administración, gestión mercantil o financiera, atención a los clientes o, en fin, informática, por ilustrar el criterio con algunos significativos ejemplos) (...). Pero también, en segundo lugar, las contrataciones y subcontratas que tienen por objeto servicios comunes o generales, tales como la limpieza de locales empresariales, la vigilancia y seguridad de los centros de trabajo (...), los servicios de comedor o de cafetería (...), el transporte (...) o los servicios de envío de correspondencia o mensajería. En consecuencia, sólo quedan excluidas de la noción legal y, por tanto, del ámbito del art. 42.1 ET, las actividades privadas de conexión, por colateral que sea, con el fin productivo de la empresa”²¹⁷. Sistema muy similar al que tiene Brasil en los días actuales en respecto solamente a los servicios comunes o generales, de carácter no esencial de la empresa.

Luego pasando a una segunda etapa, bastante distinta de la primera, en el cual la interpretación pasa a ser sustituida progresivamente, por la de que solamente las actividades de la empresa que fuesen consideradas esenciales para la consecución del propio trabajo interno son las que pertenecen al tipo legal de propia actividad, en el cual “quedan extramuros del ámbito de aplicación del tan mencionado art. 42 ET todas aquellas actividades, principales

incrementado con igual intensidad la población laboral que presta su trabajo en empresas que contratan o subcontratan con otra principal”. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Contratas y subcontratas: las reformas pendientes*, Relaciones Laborales, N.2, Madrid, 2007, pág. 02.

²¹⁶En este sentido: “El elemento determinante para que entren en juego las particulares previsiones del artículo 42 ET consiste, según se acaba de señalar, en que la contrata pueda ser calificada como perteneciente a la «propia actividad» de la empresa principal. Ciertamente, la expresión entrecomillada ha suscitado importantes problemas interpretativos y originado diversas propuestas doctrinales y jurisprudenciales al tiempo de determinar su significado y alcance. Tales propuestas, en un intento simplificador, han oscilado básicamente entre dos grandes tendencias: por un lado, la interpretación topográfica; por otro, la funcional. Y no sólo en nuestro entorno, sino también en otros ordenamientos próximos que se han encontrado con problemas interpretativos similares⁸. En todo caso, se puede anticipar, ninguna de ellas resulta plenamente satisfactoria”. NORRES TORRES, Luis Enrique, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 90.

²¹⁷VALDÉS DAL RÉ, Fernando, *Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes*, en AA.VV., *Relaciones Laborales*, nº 2, año XXI, La ley, Madrid, 2007, pág. 03.

o accesorias, que no sean absolutamente indispensables no ya para el funcionamiento de la actividad normal de la empresa principal sino para el desarrollo de su propia actividad, en cuanto garantía de su finalidad productiva”²¹⁸. La consecuencia fue la proliferación de empresas contratistas y subcontratistas en España, trayendo resultados negativos para la protección de los derechos de los trabajadores.

Otra interpretación jurisprudencial debe ser analizada, donde se afecta a la causa de los contratos temporales de obra o servicio determinado, en el cual es tenida en cuenta la duración de los contratos temporales y la vigencia de las contrataciones o de la concesión administrativa. Primeramente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo defiende la teoría de independencia entre el carácter temporal de los contratos y la duración de las contrataciones civiles o mercantiles, siendo la legalidad de estos contratos de obra o servicio dependiente de la naturaleza de la tarea acordada y no de la temporalidad de la prestación de un servicio a tercero.

Más una vez fue modificado este entendimiento por otra decisión jurisprudencial, pasando en este momento ser importante para su validez el carácter temporal de la duración determinada de los contratos civiles o mercantiles entre la empresa contratante y la contratista. De esta manera, las empresas principales seguían utilizando de las contrataciones y subcontratas como una forma de realización de trabajo sin la responsabilidad de ser el empleador, inclusive la noción de “propia actividad” las libera de los riesgos y costes de asumir una responsabilidad solidaria encadenada. Y para las empresas contratistas, el giro en la causa del contrato temporal de obra o servicio determinado disminuye y aligera los riesgos y costes laborales derivados de la colaboración en proyectos empresariales ajenos”²¹⁹.

Lo que se puede observar es que el art. 42 ET ha sido tema de estudio y de interpretaciones a lo largo del tiempo justamente por no ser considerado satisfactorio y determinante en la materia de contrataciones y subcontratas, en el cual dejaba para la elucidación de los casos presentado a los tribunales, la decisión jurisprudencial que fue cambiando con los años y, más favorablemente, hasta entonces, a las causas empresariales, de descentralización productiva.

²¹⁸ VALDÉS DAL RÉ, Fernando, *Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes*, en AA.VV., *Relaciones Laborales*, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, pág. 03.

²¹⁹ Al respecto véase VALDÉS DAL RÉ, Fernando, *Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes*, en AA.VV., *Relaciones Laborales*, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, pág. 04.

Caso semejante pasa con Brasil, en el cual por falta de una legislación que regule detalladamente, como debería ser tal tema, el TST se encarga de solucionar los conflictos juzgando conforme su doctrina unificada (Enunciados), siendo el pertinente a contratas y de mayor importancia, como ya se ha dicho, el Enunciado 331 TST. Resumidamente, lo que sucede en Brasil, y lo que sucedió en España, fue una falta de firmeza del legislador - en el cual es innegable el factor político y económico de influencia determinante en el mercado de trabajo - junto con las decisiones jurisprudenciales, el cual muchas veces no protegía los derechos de los trabajadores, lo cual debería ser prioridad de los entes públicos.

A partir de la reforma de 2001 en España, lo que se hizo fue apenas acrecentar la reglamentación de un triple deber de información y consulta a los trabajadores²²⁰ de la contratista, a los representantes de los trabajadores de la empresa principal y auxiliar, y por último a la Tesorería General de la Seguridad Social. En lo más importante, que sería reglamentar acerca de los dispositivos pertinentes a la subcontratación, no hubo ninguna modificación sustancial, dejando una enorme laguna en esa materia, pues lo que se necesitaba era una nueva ordenación normativa contemplando las carencias empresariales delante del mercado de capital económico mundial y cómo afectaría en los derechos de los trabajadores²²¹.

²²⁰ Inclusive es válido mencionar el histórico del derecho de información de los trabajadores en materia de subcontratación laboral: "Con anterioridad a la reforma del art. 42 operada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, y acogiendo de forma definitiva lo previsto en la derogada Ley 2/1991, de 7 de enero, —art. 1.3—, en materia de derechos de información en supuestos de subcontratación, ya contábamos con el art. 64.1.1.º ET; veamos en primer lugar que establece este precepto para después analizar las novedades introducidas por la reforma. El art. 64.1.1.º ET, determina que «Los representantes legales de los trabajadores deberán recibir, al menos trimestralmente, información acerca de las previsiones del empresario (...) de los supuestos de subcontratación». Esta norma ha sido exhaustivamente analizada por la doctrina, por ello únicamente destacamos los siguientes aspectos: - la referencia al término subcontratación engloba tanto a las contratas como a las subcontratas. - al utilizarse una noción económica de subcontrata, que no jurídica, y no estableciéndose lo contrario en el precepto, la obligación es operativa tanto para las contratas y subcontratas pertenecientes a la actividad propia como impropia. - transcurrido el plazo determinado para que la información se haga efectiva, podrá instarse el procedimiento sancionador previsto en la LISOS, «en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada, por la Inspección de Trabajo». - la vulneración de este deber empresarial constituye una infracción grave (art. 7.7 TRLISOS)". OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 156-157.

²²¹ A nivel de complementariedad, es válido citar nuevos cambios debido a la reforma de 2001, y en este caso se trata de la representación de los sindicatos, a pesar de que posteriormente habrá un punto específico para tratar sobre él: "Criterios para la negociación colectiva de 2001, 14 de noviembre de 2002, pág. 1, y UGT, Negociación colectiva, 2001. Prioridades y objetivos, pág. 21. Ambos sindicatos más representativos habían denunciado la grave repercusión que tienen estos procesos de descentralización en el empleo, al provocar una mayor desreglamentación laboral y un perjuicio en las condiciones de trabajo, teniendo una seria dificultad la acción sindical real para "defender y garantizar los derechos de los trabajadores. En esta misma dirección el Consejo Económico y Social había reclamado la necesidad de una reforma normativa de este precepto que tuviera como objetivos: " Garantizar la seguridad del tráfico mercantil, permitir procesos de descentralización productiva, así como depurar el mercado de contratas fraudulentas que lesionan los derechos de los trabajadores y generan competencia desleal " (La economía sumergida en relación a la Quinta Recomendación del Pacto de Toledo, Madrid, 1999, pág. 70)". MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, La descentralización productiva en la unificación de doctrina, La Ley, Madrid, 2003, pág. 20.

Con tal reforma hecha por la Ley 5/2001, ha sido producido modificaciones tras más de veinte años sin cambios en el texto del art. 42 ET, a pesar de ser una mudanza positiva, muchos autores creen que fue insuficiente para el contexto en que se presentaba la subcontratación desde entonces. Autores como Cruz Villalón definen la subcontratación como el contrato hecho entre una empresa principal y una auxiliar de una parte de la actividad productiva, mientras que tal empresa auxiliar, por su vez, subcontrata con una segunda auxiliar una subparcela de lo contrato y así sucesivamente.

O como es el caso de Rodríguez Piñero que definía la subcontratación como un contrato de segunda mano donde el originario contratista asume el papel de comitente. La autora Olmo Gascón, criticaba una de las propuestas hechas de delimitación del tema de la subcontratación en el cual mencionaba que sería un concepto de negocios interempresariales en los que existe una subordinación económica y organizativa por parte de la contratista con la contratante, visto que, en su opinión, quedarían excluidas ciertos tipos de subcontrataciones clásicas como sería el caso de las empresas de vigilancia o de limpieza, por ejemplo, que pueden atender a varias empresas contratantes a la vez, por lo tanto, deduce la autora que el requisito de la dependencia económica nos es plausible para el concepto de subcontratación.

Ella terminó su raciocinio acerca de este tema mencionando la imposibilidad de obtenerse un concepto que englobe todos los tipos de subcontratas, como se puede notar: “parece que debemos a empezar a reconocer que es así: no se puede perseguir obcecadamente un concepto que sirva para englobar actividades empresariales que mutan y evolucionan como un virus según las necesidades del propio sistema productivo. Ello pone de manifiesto lo que ya conocíamos, que la realidad va siempre por delante de la norma y en Derecho del Trabajo mucho más porque la realidad que regla nuestra disciplina es la económica, ágil y mutable. Todas estas consideraciones no pertenecen al ámbito de la ideología, son datos reales y objetivos, y ello no es una disculpa o una justificación a la que parece que estamos obligados los que pensamos que el Derecho del Trabajo se está quedando atrás —quizás deliberadamente—, excusas que sin embargo no se exigen a los que apuestan por opciones jurídico-laborales abiertamente liberales”²²².

²²² Sigue explicando la autora: “(...) En lo que aquí interesa, es inútil por imposible encontrar un concepto de contrata y subcontrata que englobe todos los fenómenos en los que existe un empresario interpuesto diferente a una ETT, y ello nos lleva a tres reflexiones: sí muchos de esos negocios externalizadores no deberían ser considerados como cesiones ilegales de trabajadores, en segundo lugar, que el art. 42 ET debe ser modificado, y por último que el único concepto de contrata y subcontrata indiscutible es el presente en el Estatuto de los Trabajadores”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 28-29.

En desacuerdo con la reforma hecha en 2001, es pertinente la crítica de Molero Marañón que considera tal reforma frustrante pues explica: “ si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un precepto que cuenta con una vigencia ininterrumpida de veinte años en los que su redacción legal ha permanecido invariable, en un contexto normativo caracterizado precisamente por un incesante y vertiginoso movimiento legal que ha venido a configurarse prácticamente como una nota o distintivo actual de la disciplina social y que, sin embargo, no ha afectado a una de las instituciones laborales que requería con mayor inmediatez de una profunda reforma legislativa. Dicha inmutabilidad legal resulta sorprendentemente incomprensible, si se repara en las sustanciales transformaciones que se han verificado en las estructuras productivas y organizativas de las empresas, en el funcionamiento del mercado y en desarrollo tecnológico durante estos últimos veinte años, que han conducido a una profunda remodelación del concepto de empresa para el que, seguramente, han sido los procesos de descentralización productiva los que han terminado más decisivamente el cambio del modelo tradicional o clásico en un proceso que, a nuestro entender, ya no tiene marcha atrás”²²³.

Dejando margen para las interpretaciones judiciales, se favorece la práctica de las actividades de las contratas y subcontratas en detrimento de las condiciones de trabajo. En la práctica lo que se nota es que no sólo por causas económicas se están basando las empresas para el mayor uso de las subcontrataciones, sino también como una forma de reducir la plantilla, quitándose toda responsabilidad de las obligaciones con los empleados y, consecuentemente, minimizando los costes laborales existentes en una contratación directa.

La jurisprudencia de unificación, específicamente la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo cuando dictó su doctrina en esta época, a través de la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina, se posiciona acerca de casi todas las cuestiones más importantes que suscita la normativa vigente en una progresión cuantitativa que va aumentando con el pasar del tiempo, y teniendo su ápice en los últimos años.

En los primeros años se preocupaba la Sala del Social con la delimitación del supuesto de hecho que activa la norma, verificando que la forma de la contrata y subcontrata se encuadrara en el ámbito de pseudo contrata o si pertenecía a la actividad de la empresa como

²²³MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, La descentralización productiva en la unificación de doctrina, La Ley, Madrid, 2003, págs. 19-20.

principal. La razón de esta tendencia ocurrió por la delimitación de la contrata real y la cesión ilegal de trabajadores, que la gran mayoría de las veces fue generada por las empresas de telecomunicaciones o sus filiales, problema encontrado en Brasil, donde se practicaban irregularidades con sus trabajadores asalariados, como también el uso frecuente e indebido por parte de la Administración Pública. Y en los últimos años la Sala Social se preocupó más con la delimitación del ámbito objetivo que alcanza la responsabilidad empresarial.

No se puede dejar de mencionar que en 2004 el gobierno español firmó la Declaración para el diálogo social – siendo una de las mayores preocupaciones la temática de la calidad de empleo, de cómo generar más puestos de trabajo, estabilidad y el creciente uso de la contratación temporal, todo teniendo en cuenta los cambios en la organización del mercado de trabajo - en el cual representantes de los trabajadores, como los sindicatos UGT y CC.OO²²⁴, y asociaciones empresariales, como CEOE y CEPYME²²⁵, siendo un periodo de abertura de negociaciones y discusiones en diversos temas, a pesar de no tratarse tal declaración expresamente sobre la descentralización productiva.

Ambos defendiendo intereses antagónicos, los primeros para que hayan medidas de reglamentación en materia de contratas y subcontratas y medidas que impidan la cesión ilegal de los trabajadores. Mientras que el segundo, alegando la no necesidad de redefinir los principales conceptos de las contratas y subcontratas del art. 42 ET, para dejar la limitación de la responsabilidad únicamente a los realmente vinculados por una relación directa de contrata.

²²⁴En este sentido es válido mencionar las propuestas de estos representantes de los trabajadores: “En el catálogo de medidas propuestas figuran, entre otras muchas, las siguientes: 1) la definición con mayor precisión de las contratas y subcontratas, clarificando el campo de aplicación del art. 42 ET, incluidas las concesiones administrativas y las empresas de servicios; 2) la redefinición del concepto de “propia actividad”, de manera que la norma contemple una realidad en la que, de modo creciente, hay actividades dentro de los procesos productivos y de una misma empresa que se consideran “actividades complementarios o de servicios”; 3) la ampliación de los elementos que cubre la responsabilidad solidaria: tipos de actividad, “retribuciones en su conjunto y no sólo al salario” (indemnizaciones por despido, salarios de tramitación, dietas, pluses, etc.), situaciones de fraude en la contratación, y 4) la ampliación, mejora y garantía de “los derechos de los trabajadores y de las organizaciones sindicales, tanto de la empresa principal como de la subcontratista, de negociación, de información y consulta y de coordinación, en las distintas formas de descentralización productiva”. VALDÉS DAL RÉ, Fernando, Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, págs. 08-09.

²²⁵En contra de las propuestas sindicalistas se encuentran las asociaciones empresariales que defiende: “bien diferente es la posición expresada por las asociaciones empresariales CEOE y CEPYME en esta materia en un documento hecho público en octubre de 2005 bajo el título “Planeamientos empresariales para el diálogo social sobre el mercado de trabajo”. Tras descartar la conveniencia de redefinir o delimitar los principales conceptos (empresario principal, contrata, subcontrata y propia actividad) manejados en el art. 42 ET, las propuestas empresariales entienden que este pasaje no necesita de más revisión que la limitación de la “responsabilidad únicamente a quienes están vinculados por una relación directa de contratas”. VALDÉS DAL RÉ, Fernando, Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, pág. 09.

Ante esta problemática, el gobierno español²²⁶, que se posiciona más cerca de las ideas sindicales, presentó en uno de los encuentros del diálogo social en 2005, alegando que el art. 42 ET prácticamente inalterado podría ser una forma de deterioración de los derechos de los trabajadores. En mayo de 2006, en consecuencia de tales hechos, fue editado el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo -AMCE, y la RDL 5/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo - RDLMCE, que tratan de la descentralización productiva, en relación a los derechos de información, no objetivamente a la revisión normativa del ámbito aplicativo de las garantías de los apartados 1 y 2 del art. 42 ET.

Hubo modificaciones en el año 2006, introducidas por la Ley 43/2006, en lo que se refiere específicamente a las contratas y subcontratas en el cual el objetivo del legislador era garantizar la calidad del empleo de los trabajadores españoles en las contratas y subcontratas.

Es válido para finalizar, exponer el posicionamiento crítico del autor Valdés Dal-Ré en relación a la jurisprudencia correspondiente y el propio art. 42 ET, en el cual menciona que el único hecho ocasionado por las interpretaciones jurisprudenciales fue “en lugar de aunar de manera equilibrada flexibilidad para los empresarios y seguridad para los trabajadores, ha efectuado una interposición unilateral, multiplicando las medidas de flexibilidad a favor de los empresarios mediante el expediente de reducir el ámbito de imputación del art. 42 ET y ampliar la causa de la contratación temporal por obra o servicio determinado. Sin embargo, nuestra experiencia jurídica evidencia que las interpretaciones jurisprudenciales derivadas de giros jurisprudenciales rara vez, si alguna, retornan a las orientaciones de partida; aquellas interpretaciones, antes al contrario, tienden ya a consolidarse, bajo la excusa de representar la “nueva doctrina legal”²²⁷. De esta forma, segundo el autor, fue perdida una excelente oportunidad de lograr un equilibrio entre seguridad y flexibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico de las contratas y subcontratas.

²²⁶El documento presentado por el Gobierno fue a favor de adoptar siguientes medidas: “1) definir, a la luz de la jurisprudencia, los conceptos contenidos en el art. 42 ET (empresarios principales, contratista y subcontratista, contrata de obras y servicios y propia actividad); 2) reforzar la implicación del empresario principal en la cadena de subcontratación mediante obligaciones más intensas en materia de información en empresas y de comprobación sobre cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, y 3) ampliar los derechos de información de los representantes de los trabajadores, incluida la posibilidad de que los de la empresa principal y los de las empresas contratistas y subcontratistas puedan ejecutar coordinadamente sus funciones”. VALDÉS DAL RÉ, Fernando, Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, pág. 09.

²²⁷VALDÉS DAL RÉ, Fernando, Contratas y Subcontratas: las reformas pendientes, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, pág. 10.

Volviendo a la cuestión del histórico de la subcontratación en Brasil, es válido mencionar a una de las primeras decisiones de la Justicia Laboral brasileña en la que no reconoce la responsabilidad solidaria de una empresa contratante en los casos de no cumplimiento de la contratista con sus empleados.

Esta demanda contra la empresa Pirelli S.A., es uno de los primeros pasos para el cambio de la legislación: “intermediação de mão-de-obra. Ementa: Inexistindo qualquer vestígio de fraude contra os empregados, estes são diretamente ligados à própria empregadora, empresa de prestação de mão-de-obra permanente, e não à tomadora dos serviços. Situação que não se confunde com a prevista na Lei n. 6.019. Neste caso em exame, pode-se afirmar que as leis trabalhistas brasileiras não proibem a intermediação de mão-de-obra; apenas os tribunais dão responsabilidade ao tomador quando o intermediário é simples “testa-de-ferro” (Acórdão RO-3375/88, 08/Ago/89; presidente – Antônio Salgado Martins; relator – Carlos Blauth)²²⁸”.

La justificación para una mayor utilización de las contratas y subcontratas²²⁹ de mano de obra, es que las empresas se ayudan de forma mutua y adicionalmente una complementa la otra. Ambas tienen el mismo objetivo en común, la finalización de un producto, como por ejemplo: las empresas automovilísticas. No hay comentarios de la ilicitud en este ramo de comercio por utilizar la contratación de servicios de contratas y subcontratas, para realizar las actividades principales de la empresa, y estos servicios se vienen prestando hace más de cincuenta años.

²²⁸SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial. São Paulo, Gente, 1996, págs. 26-27.

²²⁹Es interesante mencionar algunas legislaciones latinoamericanas en relación a las contratas y subcontratas, como es el caso de Venezuela, que trata de la responsabilidad de las empresas de cesión de manos de obra, como también regula la responsabilidad solidaria entre la contratista y contratante. En México no existe la figura de la subcontratación en la ley de trabajo, sino la de intermediario entre el patrón y el trabajador; este intermediario solo podrá ser considerado patrón, cuando tenga bienes suficientes para garantizar las prestaciones laborales, de lo contrario, la empresa beneficiaria del trabajo será responsable solidario, subsidiario de dichas prestaciones. No obstante una forma de “subcontratar en este país”, es celebrar un contrato de “prestación de servicios profesionales” con otra empresa, que suministre un servicio no esencial a la principal y que regula exclusivamente el Derecho Civil. En Perú la subcontratación es prohibida en relación a la prestación de servicios en empleos permanentes que sea remunerado por otra empresa o entidad diferente con la que ocurre el vínculo laboral, sin embargo permite la contratación de contratas y subcontratas en los servicios de manutención, vigilancia, limpieza, seguridad y para ocasiones excepcionales siempre que los empleados tengan un vínculo definitivo con la empresa de subcontratación de los servicios. En el caso de Colombia, las empresas que realizan servicios de subcontratación son los legítimos empleadores y es considerada como lícita tal actividad, no sucede de esta manera con los intermediarios que dirigen y explotan por cuenta propia su actividad. La legislación laboral colombiana expresa la responsabilidad solidaria entre la empresa contratante y contratista. Igual se permite que los trabajadores pidan la retención del pago de la empresa contratante en relación a la contratista en los casos en que esta no haya pagado los cargos laborales a sus empleados. La legislación laboral argentina tampoco permite la cesión de mano de obra admitiendo apenas la contratación temporal de trabajadores, y asegurando la responsabilidad solidaria.

Hay una gran discusión de este tema en la doctrina brasileña - problemática que no existe en España debido, como se había comentado, que la subcontratación puede ser hecha en la propia actividad de la empresa principal - de cómo clasificar las industrias automovilísticas, siendo importante la confrontación de posicionamiento como en el caso de Carelli, que hace una crítica bastante fundamentada a Pinto Martins, en relación a la subcontratación en las empresas automovilísticas y al trabajo a domicilio realizado por costureras brasileñas; éste es defendido por Carelli como una manera de dificultar la verificación de la subordinación, y por consecuencia, la vinculación de la relación de trabajo entre las costureras y la empresa textil, en el cual se nota una explotación del trabajo femenino, tema mejor discutido en el capítulo tercero.

La primera crítica, es que no se puede permitir la utilización de la subcontratación en la propia actividad de una empresa, basándose en las empresas automovilísticas, pues estas fueron las precursoras de la reestructuración productiva, debiendo ser tratada, por tal razón, en un capítulo aparte en el que se refiera a las contrataciones con empresas contratistas, en las actividades principales de la empresa.

Así afirma Carelli haciendo una crítica a Pinto Martins: “De fato o autor dá como exemplos de terceirização lícita em atividade-fim primeiramente aquela ocorrente na indústria automobilística e, em segundo lugar, as costureiras que realizam seus trabalhos em seu próprio domicílio para a indústria da confecção. Quanto ao primeiro exemplo, a indústria automobilística, (...), foi o campo inaugural da reestruturação produtiva, e, por isso, deve ser tida como um capítulo à parte em relação à terceirização. Isto, pois, atua realmente em rede, realizando parcerias com empresas fornecedoras de autopeças, sendo firmados contratos de fornecimento de produtos, e não prestação de serviços, fugando do alcance do direito do trabalho. Não olvidamos, entretanto, da forte subordinação (aqui não a específica do Direito do Trabalho, mas dependência econômica entre empresas) exercida sobre as pequenas empresas, que deve ter tratamento específico da área de direito mercantil. Quanto ao segundo exemplo, nada mais falacioso. É notória a existência de subordinação no caso das fábricas de roupas no Nordeste e no interior de Minas Gerais, onde o trabalho em domicílio é utilizado para dificultar a verificação da subordinação e do vínculo empregatício, sempre existentes nesses casos. Foi infeliz o exemplo do autor, pois, conforme a literatura sociológica sobre esse tipo de trabalhador, é uma das formas mais perversas de exploração do gênero

feminino existentes”²³⁰ El trabajo femenino em las contratas subcontratas será un punto analizado a parte.

La finalidad de la empresa contratista es la de perfeccionamiento de determinada fabricación de un producto, colaborando al final con la empresa principal, pues esta no se siente capacitada o en la mayoría de los casos, no quiere hacerlo; y siguen con argumentos acerca de las contratas y subcontratas: muchos autores afirman que el objetivo de ésta, es que no es sólo un objetivo de lucro, sino también de dar rapidez, flexibilidad, destreza y colocar a la empresa en condiciones favorables de competencia con las demás.

En el sentido del aumento del desempleo²³¹, una vez más, es válido mencionar a Efring: “Contudo, não se pretende com a terceirização admitir a redução dos níveis de emprego, mas sim sua ampliação, com a criação de novos postos de trabalho (terceirizados). Segundo Sérgio Pinto Martins, para o estudo do tema terceirização, “há que se lembrar as lições de Rafael Caldera, de que 'o direito do trabalho não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é a que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são feitos do trabalho'. Há necessidade de conciliação entre os avanços tecnológicos, aptos inclusive a gerar novos empregos (1985:18 e 27)”²³².

²³⁰ LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág.100.

²³¹ Es válido mencionar que: “Neste sentido, GABRIELA NEVES DELGADO alude que “a terceirização tende a ampliar o desemprego: a maioria dos empregados que têm seus contratos de trabalho extintos com as empresas tomadoras não consegue inserir-se, novamente, no mercado de trabalho formal”, e ainda, adiciona a autora que “o mecanismo terceirizante também estimula processos de alta rotatividade da mão-de-obra, sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços causando insegurança e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thompson, São Paulo, 2006, pág. 23. El desempleo también está relacionado con las necesidades actuales mediante los cambios tecnológicos y las repercusiones sociales causadas por ese. Igual se observa una proliferación de contrataciones atípicas, que hasta entonces, como expresa su propia nomenclatura, eran atípicas. Con el tiempo pasa a ser bastante usada en contraposición al modelo clásico de contrato por tiempo indeterminado. En este sentido: “A precarização do emprego se manifesta no campo do direito através da gradativa expansão e aceitação dos chamados contratos atípicos. Estes incluem contratos com duas notas características, o tempo parcial ou o prazo determinado, cada qual como atipicidade predominante”. AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, pág.216. En este sentido, también es pertinente las palabras de Pereira da Silva: “Talvez a solução não esteja aqui no Brasil, ou apenas no Brasil. As conseqüências sociais nefastas da automação, globalização e tudo o mais certamente levarão os governos dos países a repensar seus métodos e processos. Alguma coisa, em nível mundial, deverá acontecer para minimizar ou acabar com o desemprego. Um acordo multinacional que privilegie simultaneamente o desenvolvimento de tecnologias e o impedimento de sua utilização, ou implantação compatível com a capacidade econômica de absorção de mão-de-obra, pode parecer utópico, mas também são previsíveis reações sociais catastróficas se o nível de desemprego continuar crescendo a ritmo alarmante, como acontece, por exemplo, na Alemanha e Japão. Medida de tal magnitude significa abdicar temporariamente de vários aspectos da globalização e da redução de custos por meio da racionalização. Porém, de que adianta produzirmos sempre mais, com melhor qualidade e custos mais baixos se o exército de desempregados continuar crescendo, sem acesso ao consumo? Estaremos produzindo para quem? Esta é a esperança, pois nenhum país poderá conviver por muito tempo com o desemprego, sem ter sérios problemas sociais, principalmente no campo da marginalidade”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 35.

²³² EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 35.

Lo que se puede afirmar es que hubo un aumento de empleos en esos tipos de negocio, y hasta la creación de nuevas empresas contratistas debido a la demanda del mercado. El problema está en que los empleados contratados por éstas, trabajarán en otras, haciendo muchas veces la misma función que hacían antes como trabajadores a tiempo definitivo, pero ganando considerablemente menos de lo que ganaban antes.

La explicación es sencilla: si no fuera de esta manera, las empresas contratantes tendrían un gasto adicional en el caso de que la remuneración del trabajador de la contratista fuera similar a la de un contratado por las empresas principales. Éstas tendrían un aumento en los gastos de un intermediario, ya que tendrían que pagarles lo correspondiente, no sólo a los servicios sino también por la coordinación que daría la empresa contratista.

La empresa contratante no se contentaría apenas con no tener responsabilidad con los costes laborales y de Seguridad Social con los trabajadores, y de todas maneras si estos valores fueran pagados por las contratistas, y siguiendo la suposición que los salarios fueran similares, ésta transmitiría el valor correspondiente a la hora de hacer el acuerdo con la contratante, caso contrario saldría la contratista en desventaja y no podría mantenerse en el mercado, pues sus pasivos serían más grandes que los activos.

En este sentido es válido mencionar a Robotela que citando el DIEESE, después de reconocer que la subcontratación se desarrolla entre las empresas más organizadas, competitivas y líderes de mercado, que expresa que hay muchas artimañas, como el mismo lo explica: “a) serve de instrumento de combate às entidades sindicais; b) reduz o número de empregos; c) permite degradação do ambiente de trabalho e das condições de segurança e higiene, já que as subcontratadas geralmente não têm a estrutura das empresas contratantes; d) gera o paradoxo de existir dois patrões a comandar o processo, ou, em certos casos, de inexistir patrão definido; e) desintegra a identidade de classe dos trabalhadores; f) dificulta a filiação, organização e militância sindical”²³³.

²³³ Sigue todavía hablando el autor que “Para o DIEESE, a terceirização só não tem avançado mais no Brasil por uma dificuldade básica de relacionamento entre empresas: “não há estabilidade e não há confiança entre elas, e assim não há cooperação”. Para o ilustre professor mineiro, torna-se comum a variação no lugar da prestação de serviços. À exclusividade dessa prestação sucedem-se as cessões do trabalhador entre empresas, com seu deslocamento para estabelecimentos diversos. Emprega-se a intermediação para colocação simultânea de pessoal de um mesmo escritório à disposição de várias empresas (office sharing). O trabalho a domicílio apresenta-se sob a feição moderna do trabalho à distância ou teletrabalho, executado no telelocal. A pactuação de cláusula de disponibilidade faculta a utilização da mão-de-obra às empresas integrantes de grupos econômicos, indistintamente, a uma ou mais filiais” (“Formas atípicas de trabalho subordinado”. AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, págs. 244- 245.

Otras consecuencias negativas también son apuntadas por el autor, como es el caso de la mayor inseguridad en el empleo, mayor rotatividad de mano de obra, tendencia de individualización de las relaciones profesionales, instalación o desplazamiento de empresas para regiones de poca industrialización y de incipiente organización sindical.

Es pertinente también aclarar que la subcontratación no es un tipo de *empreitada*, aunque en la práctica es bastante confundida y utilizan ésta, muchas veces como una forma de subcontratación. La *empreitada* en Brasil – instituto más similar en España sería el *encargo* - busca el resultado final que es la realización de alguna obra, tampoco hay un sistema de *aparcería* entre ambas partes, idea fundamental en los casos de subcontratación, según algunos autores, aunque otros autores no descartan la posibilidad de una combinación entre los dos, tema que será analizado posteriormente.

Uno de los posicionamientos de la doctrina brasileña clasifica las *contratas* y *subcontratas* en tres niveles didácticos: la inicial, sería en las actividades auxiliares de la empresa como *vigilancia*, *limpieza*, etc.; la intermedia, estaría correlacionada indirectamente con la actividad principal de la empresa, como por ejemplo: *manutención de máquinas* de la empresa contratante; y por último, la avanzada, que sería las empresas *automovilísticas* que utilizan las subcontrataciones en la propia actividad de la empresa, que más adelante se analizará; como es en el caso del régimen jurídico laboral español, que se encuentra en ésta última etapa en lo que concierne en *contratas* y *subcontratas*. En España, pasa lo mismo que en Brasil, existen varias construcciones doctrinales en relación a la clasificación de la subcontratación, pero que lo más importante es tener en cuenta que no son clasificaciones legales.

Otras divisiones hechas por autores brasileños acerca de la subcontratación, es relacionado con la etapa del *dumb sourcing*, que es el proceso inicial de ésta, en el cual se busca contratar servicios que no son de la propia actividad de la empresa, como es el caso de *vigilancia*, *limpieza* y *conservación*; mientras que el *smart sourcing*, sería un etapa más adelantada de la subcontratación, en la cual se nota un mayor compromiso entre la empresa contratante y la contratista.

Aunque hay autores, como es el caso de Souto Leiria²³⁴, que utilizan una clasificación distinta de la anterior, y que afirma que existen cuatro modalidades de subcontratación: La primera fase sería cuando una empresa industrializa la materia básica. La segunda fase o etapa intermediaria será cuando el producto es agregado en el proceso de producción. La tercera es en la fase final donde el modo de vender y prestar el servicio de asistencia técnica está dirigida a quien concibió el producto, pero es realizado por terceros, como es el caso de la franchising. La cuarta y última modalidad es la forma mixta de utilización de las demás fases mencionadas, siendo su máxima expresión la subcontratación total, en el cual se puede citar los casos de las cadenas de comidas rápidas, donde la producción, administración y comercialización son realizadas por terceros.

En los países industrializados ya se puede constatar el fenómeno de la cuarterización o “tercerización gerenciada”²³⁵ – término que debería ser sustituido por la contratación de una

²³⁴En relación a las contrataciones y subcontratas, aunque el autor le nombre en el género “tercerización”, hace una división en cuatro etapas que es válido mencionarlas: “Há quatro modalidades consagradas de terceirização. Uma delas é a terceirização de primeira etapa, quando uma empresa industrializada matéria-prima pronta. Por exemplo: a malharia que faz a malha com um tipo de fio, cor e textura já elaborados. Depois, existe a terceirização de etapa intermediária, em que o produto ou serviço é agregado no andamento da cadeia produtiva. Por exemplo, a compra de serviços de transporte, alimentação ou limpeza. A terceira modalidade é a terceirização da etapa final, que acontece quando o modo de vender e prestar assistência técnica atende à vontade de quem concebeu o produto, mas é realizado por terceiros. Exemplo: o sistema de franchising. A quarta e última modalidade são as formas mistas de terceirização composta pela união de duas ou mais etapas descritas anteriormente, chegando à sua expressão máxima que é a terceirização total. Exemplo: as cadeias de fast food, em que a produção, administração e comercialização são inteiramente realizadas por terceiros”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo y SARATT, Newton, Terceirização. Uma alternativa de flexibilidade empresarial, Gente, São Paulo, 1995, pág. 18.

²³⁵Es válido citar un caso de cuarterización con la Administración Pública brasileña: “TST - Empregada terceirizada receberá salário equivalente a bancário do Banco do Brasil. Em decisão unânime, a Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho garantiu a uma trabalhadora terceirizada o direito de receber o mesmo salário pago aos bancários do Banco do Brasil que exercem cargo ou função similar ao dela, além dos benefícios próprios da categoria previstos em normas coletivas. Com fundamento em voto do ministro Maurício Godinho Delgado, o colegiado concluiu que a empregada desempenhava atividades típicas de bancário, apesar de ter sido contratada por outra empresa. O relator aplicou ao caso a Orientação Jurisprudencial nº 383 da Seção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal, segundo a qual a contratação irregular de trabalhador, por meio de outra empresa, não gera vínculo de emprego com a Administração Pública, mas, pelo princípio da isonomia, garante o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF/TO) havia reformado, em parte, a sentença de origem para declarar nulo o contrato de trabalho e conceder à empregada apenas saldo de salário, depósitos do FGTS e horas extras. O TRT observou que nem se tratava de terceirização ilícita de mão de obra, e sim de “quarteirização”, pois a empresa Cobra Tecnologia fora contratada para realizar o processamento dos envelopes dos caixas eletrônicos para o banco e valeu-se de pessoal fornecido pelo Centro Educacional de Tecnologia em Administração (CETEAD) - entre eles, a autora da ação. De acordo com o Regional, a empregada prestava serviços na Tesouraria do Edifício Sede I do Banco do Brasil, em Brasília, desempenhando tarefas próprias de bancário, com subordinação direta à administração do banco, ainda que o empregador formal fosse o CETEAD. De qualquer modo, como houve intermediação de mão de obra sem prévia realização de concurso público, como exige a Constituição Federal, e a ex-empregada se beneficiara dessa situação ilícita, o TRT restringiu os créditos salariais, tendo em vista a nulidade do contrato. Entretanto, ao examinar o recurso de revista da trabalhadora no TST, o ministro Maurício Godinho destacou que os serviços de processamento de envelopes dos caixas eletrônicos revela o desempenho de tarefas típicas dos empregados bancários, pois serviços de processamento desenvolvidos na retaguarda da agência são essenciais ao empreendimento do banco. Assim, a empregada tinha razão em pleitear os mesmos salários e benefícios pagos à categoria, considerando o princípio da isonomia. Para o relator, na medida em que a empregada realizava atividades comuns àquelas desempenhadas pelos bancários, deve ter os mesmos direitos assegurados a essa categoria profissional, do contrário haveria desprestígio do trabalhador e premiação da discriminação. Ele também reconhece que a terceirização ilícita (ou, como na hipótese, a “quarteirização”) não produz vínculo de emprego com o Banco do Brasil, que é empresa pública, porém, nos termos da Súmula nº 331, item V, do TST, há a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos trabalhistas devidos ao empregado. No caso analisado, como desde a sentença de primeiro grau houve a condenação pela responsabilização solidária das empresas envolvidas, sem qualquer contestação, o relator a manteve. Por fim, o ministro Godinho deferiu o pagamento de diferenças salariais, considerada a equivalência salarial entre a remuneração recebida pela empregada e pelos bancários do Banco do Brasil com cargo ou função similar. O relator ainda estendeu à trabalhadora as vantagens previstas em acordos coletivos para a categoria dos bancários

empresa para administrar las demás empresas contratistas que trabajan para una principal –, el cual sería una agencia encargada de gerenciar las empresas de subcontratación, supuestamente también se encuentra una ventaja para las empresas contratantes que tienden a disminuir los gastos, si se analiza desde el punto de vista, en que una vez más se da la supresión de empleo por contrato indeterminado en la organización dentro de la empresa principal. Empresas multinacionales son normalmente las que se adhieron a esta práctica, como es el caso de la empresa GR, integrante del grupo Ticket Servicios, que gerencia los distribuidores de la IBM²³⁶. La terminología doctrinal de la cuarterización no es utilizada en España, siendo apenas considerada una subcontratación a más.

La auditoría y evaluación de los resultados de los servicios de la empresa responsable por el acto de cuarterización, segundo Ramos Soares, será efectuada por la contratista, una vez que ésta es su contratante. La contratante principal podrá colaborar en esta evaluación, pero no es recomendable que se mantenga contactos con la empresa cuarterizada, y sí con su contratista, visto que con aquél, no mantiene ningún tipo de relación contractual. Las correcciones eventuales en la actividad cuarterizada deben de ser dirigidas vía contratante-contratista, que irá a repasarlas a su contratado, el cual procederá las modificaciones necesarias.

El ejemplo clásico de cuarterización²³⁷ en Brasil es el de la IBM. La empresa tenía una red de cincuenta y nueve proveedores en noventa contratos de prestación de servicios. Para controlar todo estos servicios de las empresas tercerizadas eran necesarios diecisiete funcionarios de la IBM. En el final de 1990 la IBM entregó a una empresa contratista llamada GR -Grupo Ticket Serviços, em sua atividade GRIS (GR Infra-estrutura e Serviços)-, para la administración de sus proveedores, teniendo un sector dentro de la propia sede de IBM.

pedidas na ação. Processo: (RR-9740-43.2008.5.10.0019). Publicado em 15 de Agosto de 2011 às 09h53". Disponible en: newsletter@iob.com.br

²³⁶Datos ejemplificados por PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização e o direito do trabalho, São Paulo, Atlas S.A., 2007, pág.21.

²³⁷En este sentido: "Com a adoção crescente da terceirização, algumas empresas, em especial as de grande porte, acabam se defrontando com uma questão até então inexistente: o surgimento de uma estrutura interna mastodôntica para administrar os contratos com as parcerias. O que havia sido proposto conceitualmente com a terceirização (aumento de qualificação e produção, melhoria do produto final, enxugamento da máquina administrativa e do quadro de pessoal, redução de custos, maior competitividade) desaba de maneira integral e as organizações voltam a se perder no labirinto da burocracia. Ora, se tal situação fosse inexorável, perderia completamente o sentido a defesa da parceria. É o que já descobriram determinadas empresas, calcadas em exemplos do Primeiro Mundo devidamente comprovados em sua eficácia. Trata-se da quarteirização ou terceirização gerenciada. Na verdade a quarteirização é a terceirização elevada ao exponente da vanguarda, com a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar as parcerias". SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág. 126.

Según el autor Jerônimo Leiria, las actividades cuarterizadas son todas las que no hacen parte de la producción final de la IBM, inclusive pueden ser cuarterizados los servicios de limpieza y manutención de ellos. Dentro de los puntos positivos afirmados por el autor, es que los costos fueron minimizados en 17%, elevación de los niveles de calidad, flexibilidad y agilidad en las decisiones²³⁸.

Como también puede ocurrir el antónimo de la contratación de empresa, para administrar las contratistas de una empresa principal o de la propia subcontratación. Una parte de la doctrina ya empiezan a usar una nueva terminología, aunque se cuestiona si tal nomenclatura sería la más adecuada, que es la de destercerización, o insourcing como es dicha en los EE.UU. Se trata de una subcontratación al revés, cuando se vuelve a contratar a los empleados de la empresa contratista como empleados bajo el régimen de contratación común.

Normalmente ocurre cuando la contratación entre las empresas no es exitosa, principalmente en relación a la calidad de los productos, que normalmente debería ser la misma, aunque ofrecida por una empresa contratista. En España, tampoco mencionan esta nomenclatura de destercerización, pero eso no significa decir que tal fenómeno no ocurra, pues puede suceder perfectamente.

Las razones apuntadas para esta nueva forma de gerencia de empresas es de la mayor calidad y seguridad ofrecida en la prestación de servicios especializados, normalmente se encuentra en el ranking de los servicios de gerenciamiento de empresas contratistas de una empresa principal, que son las consultoras técnicas e interlocutores entre empresa contratante y las contratistas que prestan servicios a ésta.

De todas maneras tampoco hay vinculación entre ninguna de las empresas, nada que pueda derivarse en una relación laboral más adelante. Los mismos sistemas, características, finalidades y consecuencias de la subcontratación son usados por las empresas de gerenciamiento de contratista.

²³⁸Dados ofrecidos por el autor Jerônimo Souto Leiria en SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, págs. 126-127.

Lo que se pretende analizar a fondo es la relación que se encuentra entre las contratas y subcontratas y el derecho del trabajo, la intención es comprender cómo el segundo se encuentra dispuesto a regular la primera, para saber sus límites, cuándo esa es válida o cuándo simplemente es ilegal so pena de anulación del objeto discutido, lo cual será analizado en un capítulo aparte.

Lo que sí debe estar en discusión es el principio protector y la determinación legal de la identidad de ambas partes, empleado y empleador²³⁹. Una vez que la función y finalidad del derecho del trabajo es mantener el equilibrio entre las partes²⁴⁰, objetivando oponer obstáculos a la explotación de la parte más débil de la relación de trabajo. Muchos otros principios se originaron de éste ahora expresado, como es el de la determinación legal de la identidad de los autores, etc. y uno de los más complejos y debatidos en los días actuales, que es el concepto de subordinación y dependencia, cuestión que no será analizada por no ser fundamental en este estudio.

Muchos autores brasileños, como también españoles, continúan con la idea tradicional que el derecho del trabajo²⁴¹ deberá regular las relaciones de trabajo subordinado o por

²³⁹Pertinente es mencionar a Souto Maior: “sobre prisma da realidade jurídica, percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco de dignidade perdida, ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a Justiça do ex-empregado, dada a razoável incidência desta situação, passou a ser Justiça do “ex-empregado de alguém, só não se sabe quem”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A terceirização sobre uma perspectiva humanista, em AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág.54.

²⁴⁰En este sentido: “A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém não só essas situações, mas também condições sociais ao trabalhador. Assim, o Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as condições de trabalho dos obreiros e também suas situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade. O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito da empresa, não só no que diz respeito às condições de trabalho, mas também para assegurar uma remuneração condigna a fim de que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade. Visa o Direito do Trabalho melhorar essas condições do trabalhador”. PINTO MARTINS, Sérgio, Direito do Trabalho, Atlas S.A., São Paulo, 2005, pág. 51.

²⁴¹Aunque el derecho del trabajo es cambiante y adaptable a las necesidades sociales del momento. En este sentido: “A análise do Direito do Trabalho na atualidade requer, como um de seus pressupostos, o desenvolvimento de abordagens interpretativas e críticas, que considerem a história como elemento integrado às transformações e às diversas configurações do mundo contemporâneo. Tais interpretações constituem subsídios à compreensão do ramo justralhista, de modo integrado ao processo mais amplo e complexo, constituído por variáveis sociais, políticas, econômicas, culturais e jurídicas, presentes ao movimento incessante da humanidade a través dos tempos. (...) A análise histórico-sociológica da evolução do trabalho e dos direitos que lhe são correlatos, a través do estudo dos paradigmas do Estado constitucional, também é necessária, por ser um instrumento que permite a visualização das contradições inerentes à própria evolução do Direito do Trabalho, a través de seus avanços e retrocessos, de suas rupturas e transformações no mundo contemporâneo” NEVES DELGADO, Gabriela. As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo. En Terceirização no direito do trabalho. Série Ciências Laborais. Belo Horizonte, Mandamentos editora, 2004, págs. 19-20. A nível de complementariedad histórica, es válido citar el surgimiento de la CLT: “O dia 1º de maio de 1943 vem sendo comemorado pela classe trabalhadora brasileira como um momento inesquecível. É que a partir daquela data entrou em vigor no país o Decreto-lei nº 5.452, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, a famosa CLT, obra do presidente Getúlio Vargas, que entrou para a História como o pai dos trabalhadores. É bem verdade que o dispositivo legal, naquele momento histórico, trouxe algumas garantias importantes para os assalariados, especialmente porque eram raros os países que conseguiam sustentar um sistema capitalista que não o de caráter selvagem, ou seja, aquele que explora a mão-de-obra até seu limite máximo, sem se preocupar com os direitos e com o respeito às classes trabalhadoras. Mas também não se pode negar que a CLT é, hoje, diante dos avanços da sociedade e da crescente modernização na relação capital-trabalho, de lado a lado, um instrumento que trava os avanços em lugar de estimulá-los”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton,

cuenta ajena, y no los contratos venidos de las nuevas formas de actividad económico-empresariales. Es decir, con los trabajados considerados como atípicos, a pesar de que estos son bastante utilizados actualmente. Cabero Morán es adepto de la corriente tradicional, pero también expresa que las formas atípicas de trabajo deben ser regulados por leyes específicas, inclusive para que no haya posibilidad de precarización del trabajo, o en el caso que ya exista, que sea punida o evitada.

Este entendimiento es unánime universalmente, sin embargo tampoco se puede olvidar la función social del derecho laboral; lo que se espera en realidad es el análisis de la veracidad de una empresa contratista y regularidad con sus obligaciones tributarias, laborales y de la Seguridad Social. Si es que en verdad es una subcontratación lícita de prestación de servicios o si es apenas una cesión ilegal de mano de obra dañina a la sociedad, que es uno de los ejemplos de mala utilización de la subcontratación, entre otros aspectos la contratación hecha por las dos empresas o entre empresa y autónomo. Dudas y contradicciones que puede acarrear las contratas y subcontratas, en especial en Brasil y España, como será mejor analizado luego a seguir.

3. Supuestos más frecuentes de subcontratación

“La duda: la escuela de la verdad.”

Francis Bacon

A partir de aquí se encontrarán más divergencias y formas de diferenciar la subcontratación en ambos países, principalmente en la forma de analizarla y las perspectivas que las contratas y subcontratas toman en su rumbo. Existen, algunas veces, similitudes entre institutos que tratan de la contratación entre las partes interesadas en Brasil y España. Es

Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial, São Paulo, Gente, 1996, pág. 79. Valido también es citar la autora Neves Delgado: “A análise do Direito do Trabalho na atualidade requer, como um de seus pressupostos, o desenvolvimento de abordagens interpretativas e críticas, que considerem a história como elemento integrado às transformações e às diversas configurações do mundo contemporâneo. Tais interpretações constituem subsídios à compreensão do ramo justrabalhista, de modo integrado ao processo mais amplo e complexo, constituído por variáveis sociais, políticas, econômicas, culturais e jurídicas, presentes ao movimento incessante da humanidade através dos tempos”. NEVES DELGADO, Gabriela, As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág.19.

decir, tanto en Brasil como en España no existe una modalidad contractual específica para la subcontratación, principalmente en la relación entre el contratante y el contratista. Se recurre a las reglas generales existentes en ambos ordenamientos jurídicos. El término contrata en España es utilizado de forma genérica – diferentemente de Brasil que solo se considera restrictamente como subcontratación la de mano de obra –, y así se engloba cualquier tipo de modalidad de contratación, tanto pública como privada que lleve a cabo la realización de obras o servicios para otro mediante una organización propia con los medios personales y materiales necesarios para el buen funcionamiento de la actividad acordada.

El principal objetivo en este punto será sobre todo analizar en detalle la legislación brasileña para comprender lo que realmente puede ser considerado como un contrato de una subcontratación, que al fin y al cabo también se analiza lo que es permitido subcontratar y no. Inclusive serán vistos argumentaciones de autores con la finalidad de diferenciar ciertos institutos que muchos consideran como formas de subcontratación. No siendo necesaria tal profundidad en el caso español una vez que en España no hay una discusión de los que puede ser considerado como subcontratación y no, visto que existe una definición bien explicativa de las contrataciones, como también se permite contratar tanto en las actividades auxiliares como en la propia actividad de la empresa. Mientras que en Brasil, como ya se ha sido estudiado en el capítulo anterior, hay confusiones a la hora de identificar y diferenciar un real caso de subcontratación de otros institutos.

Tanto en España como en Brasil, la subcontratación es considerada como un negocio jurídico que tiene como características la bilateralidad, la patrimonialidad, de atribución patrimonial, y que sea oneroso, inter vivos y no solemne. Aunque autores, como es el caso de Delvaux, creen que existe la posibilidad de que la subcontrata no sea un contrato, sino una manera de auto-organización de producción empresarial. En este caso, surge una nueva problemática: ¿Cuál sería la naturaleza jurídica de la subcontratación? De todos modos, es importante citar a los arts. 1.089²⁴² y 1.887²⁴³ CCE, en el cual se percibe que las obligaciones no

²⁴² El art. 1089 CCE expresa: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

²⁴³ El art. 1887 CCE determina que: “Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”.

necesariamente solo nacen del contrato, sino también puede ser de la ley, del casi contrato u otras fuentes²⁴⁴.

Los requisitos, en la doctrina jurídica brasileña, que se aplica no solamente para la española sino como para una gran parte de los ordenamientos jurídicos, para validación de un contrato son: consentimiento de los contratantes, objeto del contrato²⁴⁵ y causa²⁴⁶ que legitime la transmisión de prestación patrimonial²⁴⁷. Pudiendo ser, en el caso de la subcontratación, de carácter civil, mercantil o administrativo, y no de carácter laboral, y siempre acordándose de que la contrata no es una obligación de dar sino de hacer, siendo más bien visto actualmente como una cooperación entre varias empresas.

Importante es la caracterización del contrato de prestación de servicios visto que muchas veces, y no solamente en Brasil, por afán de subcontratar sin que la subcontratación esté reglamentada por un contrato de compra y venta de servicios subcontratados, conforme

²⁴⁴ En este sentido, véase: "En todo caso, ha de tenerse en cuenta que según nuestro Código Civil, las obligaciones no nacen necesaria y únicamente del contrato, sino que también pueden nacer de la ley y del cuasi contrato, entre otras fuentes (arts. 1089 y 1887 CC), y que la teoría de la incorporación y la doctrina de las relaciones contractuales fácticas pueden ser explicadas, sencillamente, como el estudio de las manifestaciones del ius cogens sobre determinadas parcelas de la actividad humana". PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 126.

²⁴⁵ Importante es mencionar: "La existencia de objeto es un requisito esencial de todo contrato y tiene una regulación específica en el Código Civil, integrada por los arts. 1261, 1271, 1272 y 1273. (...) La característica fundamental del objeto contractual es la determinación o determinabilidad. Esto queda recalado en el Código Civil de varias maneras: En primer lugar, porque el art. 1261 CC, al citar el objeto como requisito del contrato, lo adjetiva precisamente con la certeza o determinabilidad ("Objeto cierto que sea materia del contrato"). En segundo lugar, porque de entre las muchas cuestiones que puede suscitar el objeto de los contratos, la parca regulación del objeto del contrato contenida en el Código Civil dedica un art. expresamente al problema de la determinación: el art. 1273. Y en tercer lugar, porque el art. 1256 CC impide la existencia de un contrato con prestaciones indeterminadas que deban ser concretadas por una de las partes solamente". PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*, Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 140-141. También es válido: "Cuando las empresas pretenden conseguir una flexibilidad superior a la permitida por el ordenamiento laboral, huyen del Derecho del Trabajo³⁴⁸ hacia el Derecho Civil, se acogen al ordenamiento civil y a la libertad de pactos, mediante las contratas y otras figuras. Pero sólo consiguen esta flexibilidad desconociendo uno de los requisitos esenciales de todo contrato: la determinación de su objeto, y atribuyendo al acreedor de la prestación, es decir, a la empresa principal, la facultad de poder determinar en cada momento el objeto o los contenidos específicos de la obligación de hacer que tiene el deudor". PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*, Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 158-159.

²⁴⁶ Pedrosa González expresa que: "Otro de los requisitos esenciales de todo contrato, en general, es la causa, conforme al ya citado art. 1261 de Código Civil, que exige, para la existencia de cualquier contrato, la "causa de la obligación que se establezca". El mismo Código Civil, en su art. 1274 pretende definir la causa con las siguientes palabras: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor". (...)Dada la inutilidad, según la doctrina, del art. 1274 para definir la causa, el autor citado considera que el concepto de causa del contrato, en Derecho español, se debe extraer principalmente de la interpretación del Tribunal Supremo sobre la ilicitud de la causa a que se refiere el art. 1275 del Código Civil, precepto que considera ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. También es consciente Clavería de que la exigencia de la causa como requisito esencial del contrato puede generar inseguridad jurídica y por tanto, ineficiencia económica, pero son mayores los perjuicios que se ocasionarían por la desaparición del concepto de causa". PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*, Bomarzo, Albacete, 2008, págs. 159-160.

²⁴⁷ En Brasil, se suele decir que las condiciones válidas son: personas capaces, el objeto lícito y forma no contraria o prescripta en la ley. Basado en la reciprocidad y en la igualdad, así es como debe ser en teoría, las partes deben hacer un contrato en que las propuestas estén bastante explicativas y minuciosamente detalladas para que la contratista pueda ordenar a sus empleados a trabajar como el esperado. Necesario las exigencias y reglas a ser acordadas entre las dos empresas porque la contratante no podrá entrar en contacto directamente con los empleados subcontratados ni darles ordenes directas so pena de ser considerada como vínculo laboral y la subordinación entre ellos por la justicia del trabajo.

se puede percibir que las condiciones del contrato son, algunas veces, arreglada después de que ya haya sido hecha la subcontratación. Situación de riesgo civil, laboral, de la Seguridad Social, mercantil, fiscal y penal, principalmente de la repercusión que podrá acarrear este contrato²⁴⁸.

En relación a la voluntad de las partes, es válido citar a Pedrosa González que expresa que, en la mayoría de las veces, no es igualitaria; generalmente predomina la voluntad de una de las partes mientras que la otra simplemente adhiere al contrato. De esta forma la justicia tiene que buscar formas de equilibrar las dos partes, siempre analizando cada caso en concreto. En este punto se encuentra la problemática de la subcontratación, en la tal cooperación entre empresas, visto que es fundamental, al principio, que haya una libertad de voluntad entre la empresa contratante y contratista, en el cual se puede percibir un posible caso de cesión ilegal de mano de obra, tema a ser mejor estudiado en el próximo capítulo. En este sentido expresa el autor: “De hecho, debajo de toda decisión de subcontratar actividades late la idea de descargar en el subcontratista la mayor parte posible de la inseguridad del mercado, de manera que esa inseguridad propia del mercado no afecte a la empresa principal, sino a la contratista. Así, si los servicios que la empresa principal contrata con la empresa contratista a través de la contrata son inseguros e impredecibles, normalmente la contrata no podrá tener un objeto plenamente determinado”²⁴⁹.

Como en Brasil la subcontratación está prohibida en la propia actividad de la empresa, es importante observar en el contrato social de la contratista el área a que ésta se dedica, como también definir bien el objetivo a ser logrado por la contratante, para evitar posteriormente cualquier riesgo de una posible demanda judicial. Otra cuestión a ser observada son las cláusulas contractuales, analizarlas bien también para evitar problemas posteriormente tanto con la contratista con sus empleados subcontratados, también para no dañar la autonomía que la contratista debe tener para ejercer su trabajo. Sí debe existir una cláusula contractual que estipule bien la responsabilidad de ambas empresas, y que la contratante podrá demandar la contratista en la esfera civil, caso la contratista no haya cumplido con su parte acordada.

²⁴⁸En este sentido: “Esta é uma situação de grande risco jurídico, no âmbito civil, trabalhista, previdenciário, comercial e penal. Na esfera civil, a falta de um contrato formal descaracteriza a relação legal entre as partes; na trabalhista não evidencia que aqueles trabalhadores estão sob a responsabilidade e supervisão de terceiros; na previdenciária, o tomador poderá assumir subsidiadamente a responsabilidade pelo recolhimento previdenciário; no comercial mostra não haver uma relação mercantil entre as partes; e na penal poderá sugerir a ocorrência de violação de direitos trabalhistas adquiridos e isto é crime”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 177-178.

²⁴⁹ PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 151.

El contrato siempre es posible de ser cuestionado a nivel judicial, y en los casos de vicio será considerado nulo por el juez, principalmente si hay algún tipo de daño al trabajador. Segundo Giosa, autor brasileño, un contrato debe tener la siguiente estructura e items específicos: “Introdução: objetivo, as partes envolvidas; Obrigações: a participação das partes; Prazo de Vigência; Preço no Período; Condições de Reajuste; Forma de Pagamento; Execução das Tarefas: as técnicas, o uso de tecnologia, o treinamento e desenvolvimento, os parâmetros de medição da qualidade; Itens de controle/auditoria operacional; Forma de rescisão; Garantias; Riscos Responsabilidades das partes; Reparação de eventuais danos: como fazê-lo; O foro: a discussão das lides; As assinaturas: a data; As testemunhas: duas no mínimo (art. 135 do Código Civil Comercial)”²⁵⁰.

Por falta de tal reglamentación más específica sobre la subcontratación en Brasil, muchos autores enumeran los tipos de contratos de tercerización, y desde allí, hay que hacer un análisis para saber si se trata de una forma de utilización de la subcontratación o si sencillamente es una tercerización. Soares de Queiroz hace una lista de contratos tercerizados: ETT, avulsos, trabajo eventual, representante comercial, franquicia, concesión, permisión, autónomos, empreitada, venda de servicios, prestación de servicios, servicios cooperados autónomos y facción²⁵¹. Claramente las siete primeras no son casos de subcontratación, pero

²⁵⁰GIOSA, Lívio Antonio, Terceirização: uma abordagem estratégica, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 57. La manera más precavida en el momento de hacer un contrato de servicios entre la contratante y la contratista es, en las palabras del autor Jerônimo Souto Leiria, que la elaboración y redacción de este contrato entre ambas tenga algunos cuidados importantes a seguir: “1. quando tratar-se de prestação de serviços, é inadequada a contratação de microempresas, por serem habitualmente confundidas com empresas de fachadas. 2. uma sociedade constituída por conjugues pode ser aceita desde que demonstre estabilidade mercadológica, sob pena de ser alegada a constituição forçada, agravada pelo fato de – em caso de insolvência – se confundir os patrimônios pessoais de ambos os sócios para pagamento das dívidas da sociedade. 3. os mesmos cuidados devem ser tomados com sociedades constituídas sem patrimônio relevante entre pais e filhos, com o atenuante de que mais facilmente se encontram os patrimônios independentes. 4. não devem ser contratadas empresas inidôneas ou que não possuam situação contábil adequada. 5. devem ser descartadas as empresas que fazem de tudo, sem especialidade definida, inclusive no contrato social. 6. da mesma forma, evitam-se as firmas individuais, que trazem riscos consideráveis na esfera trabalhista. 7. evitam-se as empresas formadas com desequilíbrio de forças, como aquelas onde um sócio tem 99,99% do capital e outro apenas 0,01%. 8. igualmente não são recomendáveis empresas sem empregados, onde são os sócios que realizam todas as atividades”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, págs. 85-86.

²⁵¹En este sentido es válido citar, y que será mejor analizado en su momento en la tesis, tales temas: “Mão-de-obra temporária (...) – Autônomos: gera relacionamento com uma clientela múltipla. Exemplo: profissionais especializados e em áreas administrativas. Deve dar completa e total independência ao contratado, sem nenhuma conotação de subordinação ou de exclusividade. Não pode ser utilizado em funções peculiares e específicas das empresas contratantes. Exemplo: uma escola contratar um professor como autônomo. A regularidade fiscal e tributária perante os órgãos públicos. Exemplo: registro no ISS. (...) – Empreitada: é quando uma das partes (empreiteiro) se obriga, perante o tomador, a executar os serviços com o seu trabalho, ou de seus empregados, supervisionando-os, administrando os riscos e utilizando-se de equipamentos, instrumentos e materiais de sua propriedade. É normalmente utilizado para trabalhos executados por unidade de obra e objetiva o resultado. É também conhecido como tarefa. - Venda ou compra de serviços: é um contrato normal de venda e compra regido pelo Código Civil, art. 135 e seguintes. - Representante comercial: é um contrato regido por lei específica. O contratante confere ao representante poderes e condições para atuar em seu nome. – Franquia: é um contrato onde o franqueador, autoriza o franqueado, nas suas próprias instalações, vender produtos ou prestar serviços, utilizando-se de métodos, políticas e a marca do primeiro. O franqueador passa ao franqueado a sua tecnologia. - Prestação de Serviços: o tomador contrata um prestador de serviços, (empresa ou profissional especializado), para executar nas instalações do primeiro, serviços qualificados, com capacidade, autonomia e independência operacional e administrativa. Esta forma de terceirização está definida na Instrução Normativa nº 7 de 21/02/90, do MT, e no

las demás podría ser una forma, dependiendo de cada caso, como será luego analizada una por una.

A partir de ahora serán analizados los supuestos más frecuentes de subcontratación, los que no son considerados como tal, como también serán descritas las similitudes y diferencias de la contratación para la finalidad de subcontratar entre ambos países; como es el caso que en Brasil serán vistos la empreitada, subempreitada, prestación de servicios, aparcería, contratos mercantiles, franquicia y autónomos; mientras que serán vistos en España básicamente los contratos de actividad, pues dentro de estos existen tipos de contratos similares a los de la legislación brasileña.

En España, los contratos de actividad, o también llamados contratos de servicios, ocurren cuando a través de la libre voluntad, una de las partes se compromete a realizar un trabajo en servicio de la otra, pudiendo, entonces, ser un caso de subcontratación. Generalmente la prestación de este trabajo suele ser de forma personal, aunque también puede ser prestado por personas jurídicas. Algunos ejemplos de estos contratos de actividad son: arrendamiento de servicios, contrato de ejecución de obra, contrato de agencia, contratos de gestión²⁵². Dificultades de delimitación de la naturaleza jurídica existen como en la mayor parte de los contratos atípicos, como ya se puede haber percibido, el derecho laboral está preparado para cuidar de trabajos por cuenta ajena sobretodo; de esta forma hay que ser visto cada caso en concreto para saber si puede ser clasificado como realmente un caso de contrato de actividad.

Serán mencionados, de forma sucinta, algunos de los contratos de actividad y su comparación con la subcontratación. Para empezar, el arrendamiento de servicios²⁵³, en el cual

Enunciado 331, item III, do TST, de 17/12/93. – Concessão: o tomador concede a terceiro a possibilidade deste trabalhar, utilizando-se da marca do primeiro. Estabelece-se um contrato de cessão da marca e o concessionário poderá comercializar produtos ou vender serviços em nome do cedente. – Permissão: quando um órgão público permite às empresas particulares assumirem a responsabilidade, pela execução de serviços que normalmente seriam prestados à comunidade. – Facção: quando o tomador transfere a fornecedores de serviços manufaturados, a execução de tarefas que, antes, ele desenvolvia na montagem de partes ou do produto inteiro. - Serviços Cooperados Autônomos: o tomador contrata uma Cooperativa de Serviços e Trabalho, para fornecer mão-de-obra dos seus cooperados para atuarem nas instalações do primeiro. Lei 5.764/71 - art. 442 § único – CLT”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 183-186.

²⁵² También es importante mencionar que hay contratos de gestión y mediación que a menudo pueden generar controversias litigiosas si es un caso de contrato laboral, de arrendamiento de servicios o ninguno de los dos, como es el caso de mandatos, de comisión mercantil, el corretaje.

²⁵³ Según Castro Argüelles: “El contrato que probablemente presenta más puntos de conexión con el contrato de trabajo es el de arrendamiento de servicios. La vinculación entre ambas figuras contractuales se remonta a los orígenes del Derecho del Trabajo, en la medida en que las primeras formas de trabajo libre, dependiente y por cuenta ajena, que se generalizaron con la revolución industrial, se llevaban a cabo a través del contrato de arrendamiento de servicios. Como se sabe, el contrato o, mejor dicho, la regulación que del mismo contenía (y contiene) el Código civil, resultó insuficiente para resolver las peculiaridades de esta forma

el objetivo es la prestación de servicios y no un resultado, a cambio de un precio; considerado no en un régimen laboral sino en un régimen de ejercicio libre, desde y siempre que no haya la característica de la dependencia.

A lo mejor, el correlativo en Brasil podría ser, en este caso, la *empreitada*²⁵⁴ (que también puede ser considerada como un encargo) que es la prestación de servicios, antigua locación de servicios en el CCB de 1916, permitidas y reglamentadas en el Código Civil - CCB respectivamente en los artículos 593 al 609, del 610 al 626. El art. 594 CCB expresa: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”. Permitiendo, entonces, la contratación de servicios de contratas y subcontratas, cuando no sean casos de simulación o fraude de modo que no afecten los principios o normas del ordenamiento jurídico laboral.

La *empreitada*, según muchos autores brasileños, es una forma de subcontratación en la que una de las partes se obliga a realizar un trabajo sin la característica de subordinación a la otra parte, no importando de quién será el material a ser utilizado; éste simplemente deberá constar en el contrato, mediante contraprestación monetaria global o proporcional al servicio. Sus preceptos se encuentran en el CCB y se dividen en dos, la de trabajo o la mixta, la primera como el propio nombre ya especifica es la facilitación de mano de obra, mientras que en la segunda hay un adicional del material a ser usado en la labor, de este último se puede dar el ejemplo tradicional de la construcción civil que proporciona los obreros y el material a ser usado como el cemento, piedras, pintura, etc. Una normativa importante de derecho comparado del gobierno español que tiene como objetivo dar mejores condiciones a los trabajadores de la construcción civil, como se puede percibir en la exposición de motivos de la

de trabajo y esta circunstancia determinó la sustitución de esta figura por el nuevo contrato de trabajo con una regulación propia más adecuada para la tutela que estos nuevos trabajadores por cuenta ajena demandaban. Pero, las conexiones entre ambos tipos de contratos no sólo se han seguido manteniendo sino que se han incrementado en los últimos tiempos, en la medida en que ha sido constante el trasvase de trabajadores de una figura contractual a otra; trasvase que si bien durante mucho tiempo se ha hecho básicamente en una sola dirección (del contrato de arrendamiento de servicios al contrato de trabajo) en los últimos tiempos comienza a plantearse en ambas direcciones. ”. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, *Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 49-50.

²⁵⁴Más detalladamente *empreitada* en Brasil significa, según Silva Pereira, “o ajuste pelo qual uma das partes (o *empreiteiro*) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado. SILVA PEREIRA Caio Mário da, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 1998, pág. 201. El significado de *subempreitada* en Brasil es bien definido por Alice Monteiro de Barros: “*subempreitada* é uma modalidade de contrato pelo qual o *empreiteiro* principal, não considerando conveniente executar todas as obras ou serviços que lhe foram confiados, os transfere para outrem (pessoa física ou jurídica) chamado *subempreiteiro*, que se encarrega de executá-los com seus próprios elementos, inclusive com seus trabalhadores”. MONTEIRO DE BARROS, Alice, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2006, pág. 359. El concepto de *parceria* en Brasil es “*parceria rural* (agrícola ou pecuária) é outro contrato de atividade que possui afinidades com o contrato de trabalho, mas com ele não se confunde, porque o parceiro trabalha sem o pressuposto da subordinação jurídica, não sujeito aos poderes diretivo e indisciplinar conferidos ao empregador”. MONTEIRO DE BARROS, Alice, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2006, pág. 486.

Ley 32/2006, para que disminuya los riesgos y accidentes laborales, delimitando hasta un tercer nivel la subcontratación, con una única excepción en casos extraordinarios, entre otras medidas que serán mejor analizada a seguir.

Caso contratara la actividad, y no el resultado propiamente dicho, sería el objeto de una prestación de servicios. Las características en común encontradas en ambas (prestación de servicios y la empreitada) son la independencia y la autonomía de los contratados. En la empreitada, conocida en España sencillamente como contrata, el empreiteiro puede ser persona física o jurídica pero los empleados de la empreitada, que es la empresa contratista muchas veces, serán obligatoriamente persona física y con todas las características de trabajo subordinado²⁵⁵. Como también se constata que el contrato de contratistas con empreiteiros para la prestación de servicios debe ser por un plazo determinado. Teóricamente, se el empreiteiro es un autónomo, no se hace la triangulación y por lo tanto no sería un caso de subcontratación en Brasil, pero se puede analizar, comparando con el sistema jurídico español, más específicamente con la Ley 32/2006, como una subcontratación.

En este sentido opina Ferreira de Castro: “As principais diferenças entre estes dois tipos de contrato podem ser enumeradas da seguinte forma: a) enquanto na empreitada o que se contrata é o resultado, portanto sem qualquer carácter subordinativo, na locação de serviços o locador, colocando sua atividade à disposição do locatário, fica vinculado às instruções deste - presente, portanto, certa subordinação; b) enquanto na empreitada a remuneração é baseada na conclusão da obra, na locação de serviços está adstrita ao tempo gasto para execução dos serviços; c) enquanto na empreitada o risco pelo fornecimento dos materiais corre por conta do empreiteiro, na locação de serviços inexistente este fornecimento, sendo do locatário a responsabilidade por tais materiais. Logo, podendo a terceirização compreender tanto a execução de uma obra quanto a execução de um serviço, resta claro que a análise do contrato celebrado determinará quais as regras a serem aplicadas no âmbito do Direito Civil, ora caracterizando-se como empreitada, por vezes com fornecimento de materiais, ora como locação de serviços”²⁵⁶.

²⁵⁵Según Efig: “Também, não há que se confundir a terceirização com a empreitada, visto que na empreitada "o que interessa é o resultado da obra: a construção de um muro, a pintura de uma parede etc. Não há normalmente, um sistema de parceria entre quem contrata a empreitada e o empreiteiro. Este apenas tem interesse em concluir a obra, não em ser parceiro do terceirizante. Na terceirização, porém, a idéia de parceria é substancial". EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 37-38.

²⁵⁶FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 84.

Hay autores como es el caso de Martins Catharino que mencionan que la empreitada es lo mismo de la locación de obra, asemejándose más a la legislación laboral española, debido a su naturaleza, haciendo también una diferenciación de ésta con la subempreitada, como se puede percibir: “A empreitada, de lavor, ou mista, de lavor e material, é a locatio operis faciendi, do direito romano, que, com a locatio operarum e a locatio rei formavam um trio. A empreitada, também chamada locação de obra, por sua natureza e características pode causar outra empreitada, mas de sujeitos diferentes — a subempreitada. Ao invés de dono da obra e empreiteiro, contrato entre empreiteiros. Entre primeiro empreiteiro ou empreiteiro principal e segundo empreiteiro — o subempreiteiro, com o qual o dono da obra não contrata. Nexo de causalidade entre dois contratos nominados iguais, produzindo dois tipos de terceiro: o dono da obra, quanto à subempreitada, e os empregados do subempreiteiro, quanto ao empreiteiro e ao dono da obra”²⁵⁷.

Como se ha comentado, para la mayor parte de la doctrina brasileña, la empreitada no obligatoriamente hace una relación triangular, pero la subempreitada sí (y por eso es regulada por la CLT), normalmente realizada a través de un contrato de prestación de servicios, inclusive esta última puede ser una relación hecha por un autónomo; igual no se puede dejar de mencionar que los profesionales liberales poseen la clara característica de prestadores de servicios²⁵⁸. Lo más interesante es que con la Enmienda Constitucional 45, en que hizo un cambio en el art. 114²⁵⁹ CF/88, aumentando las atribuciones y responsabilidades de la JT, y a

²⁵⁷MARTINS CATHARINO, José, Neoliberalismo e seqüela, LTr, São Paulo, LTr, 1997, pág. 73.

²⁵⁸El art. 2º §1º CLT especifica: “Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...) §1º: Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

²⁵⁹El art.114 CF/88 tuvo la redacción alterada con la Enmienda Constitucional 45, en el cual aumentó la las atribuciones de la JT, que resumidamente trata de las acciones de los sindicatos, sindicatos y empleadores y sindicatos y empleados, como también las “medicinas jurídicas” (mandado de seguridad, habeas corpus y habeas data), las indemnizaciones por daño moral o patrimonial originados de la relación de trabajo. Lo más importante es trata de las otras controversias decurrentes de las relaciones laborales. Estas es una junción de las relaciones de empleo, de las relaciones del trabajo autónomo, la de trabajo temporal, del eventual, del avulso y demás modalidades de prestación de trabajo, como se puede percibir el art.114 CF/88: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, "ó"“ o”; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

pesar de la naturaleza civil del contrato entre la empresa principal y la empreitada, la jurisdicción de litigio es de la JT²⁶⁰.

El art. 455²⁶¹ CLT regula los contratos de subempreitada²⁶², menciona que responderá el subempreiteiro por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y permitiendo al empleado de la propia subempreitada el derecho de reclamación contra el empreiteiro principal por el no cumplimiento de las obligaciones por parte del subempreiteiro. El análisis hecho del referente artículo de la CLT hace constatar que es un caso de responsabilidad subsidiaria por no mencionar la posibilidad de cobrárselas a los dos simultáneamente. Primero responderá el subempreiteiro y en la falta del cumplimiento de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social. El empreiteiro principal, estando reservados los derechos al empreiteiro de demandar contra el subempreiteiro una demanda vía regreso contra éste, y la retención de las importancias debidas como garantía de las obligaciones pertinentes a los empleados no cumplidas.

En relación a la responsabilidad en la empreitada y subempreitada y del dueño de la obra en Brasil se percibe que hay sentencias y jurisprudencias tanto a favor como en contra. La CLT admite la existencia de ambas, existiendo la responsabilidad solidaria entre el empreiteiro y el subempreiteiro por el eventual no pago de los derechos laborales debido a la ejecución de los servicios, mientras que en el área civil, el empreiteiro puede entrar con una demanda vía regreso contra el subempreiteiro no cumplidor. Sentencias, en el estilo de que la

²⁶⁰ A nivel de complementariedad, dentro del ámbito económico actual, es importante mencionar que hay teorías que, como se puede percibir, tiene una tendencia pesimista que preconiza el fin del trabajo, y otra corriente que piensa, de manera positiva, que el trabajo solamente tendrá que sufrir las alteraciones necesarias para su nueva adaptación a la modernidad económica exigida por la economía actual, lo que naturalmente lleva un tiempo de adaptación social a tales nuevas exigencias. Al fin, es cierto que a la medida que la ciencia elabora y ejecuta nuevos proyectos y propagan nuevas ideas y descubiertas a la sociedad, se percibe que se estructuran nuevas formas de trabajo y juntamente con ellas transforman también la forma de pensar y vivir en sociedad, en otras palabras, la promoción y inserción en el mercado de trabajo está bajo la dinámica exigida por la tecnología. De esta manera, en la legislación brasileña, se ha percibido una mayor numeración en la competencia de las atribuciones de la JT, y no al revés, demostrando un fin de la competencia de la JT.

²⁶¹ El art. 455 CLT expresa: "Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo".

²⁶² Interesante es la diferenciación entre una empreitada y una subempreitada y sus repercusiones para el derecho laboral, como se puede percibir: "Na definição de Amauri Mascaro Nascimento, a "empreitada é o contrato em que uma das partes se propõe a fazer ou a mandar fazer certa obra mediante remuneração determinada ou proporcional ao serviço executado. Suas características principais são: inexistência de subordinação jurídica entre o empreiteiro e o dono da obra: a remuneração é fixada de acordo com o trabalho executado: visa a um resultado efetivo, representado por uma obra: incumbe ao empreiteiro a direção e fiscalização, respondendo, também, pela má execução da obra. A subempreitada, por seu turno, é uma espécie do contrato de empreitada e acontece quando o empreiteiro contrata outras pessoas para executar partes ou até mesmo toda a obra contratada. Uma forma de subcontratação. conhecida como contrato de marchandage. Sua característica fundamental reside no fato de que incumbe ao subempreiteiro a responsabilidade pela contratação do pessoal que irá realizar a obra cuja prestação de serviços dirige, fiscaliza e assalaria". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 46.

hipótesis de no cumplimiento por parte de los empreiteiro y subempreiteiro, hará con que la responsabilidad por el pago de los derechos de los trabajadores incumba al dueño de la obra, lo que también es importante mencionar es que hay choques de jurisprudencia. Pues hay jueces que deciden en sentido contrario, en la cual se excluye la responsabilidad del dueño de la obra²⁶³.

El segundo contrato español a ser mencionado es el de ejecución de obras o arrendamiento de obras – que no es como el arrendamiento de servicios en el cual una parte presta a la otra un servicio recibiendo a cambio un precio – es el que una parte se obliga a ejecutar una obra a la otra parte a cambio de un precio cierto; dependiendo pues del contenido de la actividad que es el objeto intercambiado. Se puede decir, en generalidades, que el arrendamiento de servicio puede ser comparado a un contrato de medios, y el contrato de ejecución a un contrato de resultados²⁶⁴.

El contrato similar al de arrendamiento de obras en España es el conocido en Brasil como prestación de servicios²⁶⁵. Éste es un contrato en que una de las partes, prestador se obliga a prestar una actividad a otro llamado de receptor, mediante el pago de una cuantía

²⁶³En este sentido: "Dentre as decisões que responsabilizam o dono da obra selecionamos: "Filigranas jurídicas e formalismos legais não eximem o dono da obra como responsável, quando evidenciado que o suposto empreiteiro não tem condições técnicas e econômicas de executara obra, mostrando-se como interposta pessoa, caso em que a responsabilidade do proprietário se firma pelo menos in eligendo. Recurso provido." (Ac. TRT 18º Reg., Ac.1368/92. Rei. Juiz Saulo dos Santos. DJ 14.9.92, Jornal Trabalhista. Ano X. n. 440, p. 107). "É o dono da obra solidariamente responsável pelos encargos trabalhistas dos empregados de empreiteira sem idoneidade financeira." (Ac. TRT 6º Região. 1º Turma. RO 7289/ 90. Rei. Juíza Ana Schuler. Boletim de Legislação e Jurisprudência TRT 6ª Região. 3.92. ano XVI. p. 52). Dentre as que excluem a responsabilidade do dono da obra pinçamos as seguintes: "O verdadeiro empregador do reclamante é o subempreiteiro. Mas a índole protecionista do Direito do Trabalho determinou que a garantia econômica dos direitos do empregado não pode ficar entregue ou condicionada à eventual inidoneidade econômica dos subempreiteiros. Por isso, a legislação responsabilizou o subempreiteiro — legítimo empregador — pelos direitos dos seus trabalhadores, mas atribuiu a responsabilidade solidária ao empreiteiro principal, que é, geralmente, o que possui mais recursos para pagar os direitos do empregado. Ao dono da obra não cabe, neste caso, qualquer responsabilidade de pagamento através do empreiteiro principal." (TRT 8- Região. Ac. n. 3.181/93 — Ia T.. Proc. TRT RO 5.281/92. Rei. Juiz Maroldo Alves. En Revista do TRT da 5ª Região, Belém. 27(52). jan/jun /94. p. 268)". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTR, São Paulo, 1996, págs. 46-47.

²⁶⁴ Mayores informaciones véase CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007.

²⁶⁵A nível de complementariedade: "A criação de novas formas de prestação de serviços não é resultado somente do desenvolvimento tecnológico, mas representa a transformação social e econômica pela qual passam os países em desenvolvimento (ou emergentes). É possível constatar o crescimento da prestação de serviços no Brasil pela comparação das listas de tributação do ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), bem como pelo crescimento do chamado terceiro setor que comprova esta nova realidade". EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 127. Igual de importante es mencionar que: "No campo econômico tem sido muito presente a preocupação com a prestação de serviços, representando uma das melhores alternativas para combater os efeitos do crescente desemprego e para fortalecer as economias em desenvolvimento." Ocorre que paralelamente às questões legais que envolvem a prestação de serviços, e as perspectivas futuras relativas a esta atividade produtiva, não se pode deixar de constatar a inadequação de conceitos jurídicos e, especialmente, a sua incompatibilidade cultural ao enfrentar uma realidade que hoje já se faz presente. A sensível redução do emprego, o crescimento da economia informal e, em muitos casos, a substituição de postos de emprego por trabalho terceirizado ou automatizado não só representam uma mudança de padrões sociais e culturais, mas também impõem uma reflexão a respeito do direito que deve proteger o cidadão inserido nesta nova realidade". EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 09.

pecuniaria, y como ya se había dicho, tampoco hay subordinación entre las partes. Aquí se trata de la contratación de una actividad y no de un resultado, este contrato no puede ser mayor a cuatro años, conforme dispuesto en el art. 598²⁶⁶ CCB, y en los casos de continuidad de la obra bajo régimen de prestación de servicios deberá ser hecho un nuevo contrato entre las partes.

Autores como Lages Salomo, basándose en la codificación romana, *Corpus Iuris Civilis*, que hace referencia a la prestación de servicios como locación de servicios, clasificó esta última como *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*. La locación de servicio – de la prestación de servicios de forma genérica - representando la primera; diferentemente de la *locatio conductio operis*, que trata de la locación de una obra específica, teniendo en vista un resultado final o obra”.

El estudio de la prestación de servicio tomó mayor importancia con la Enmienda Constitucional n. 45, mejor explicada en seguida, que amplió la competencia de la JT, en el cual permitió que los litigios relacionados a la relación laboral fueran de ésta, siendo así, necesario el establecimiento de criterios de distinción de las relaciones jurídicas regidas por el CCB/2002, CDC e CLT²⁶⁷.

En lo que se refiere a la subcontratación e instituciones del derecho civil brasileño, hay algunas particularidades a ser nombradas, aunque todavía no hay una uniformización a cerca de las definiciones y denominaciones sobre el tema subcontratación. Para Efig²⁶⁸, la

²⁶⁶El art. 598 CCB define: “A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.”

²⁶⁷Es válido citar: “No Brasil, num primeiro momento, a prestação de serviços com vínculo empregatício foi alvo de regramento pelo Código Civil. Com o fenômeno da "fragmentação", passou a constituir um microsistema composto pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Desta forma, as relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores receberam tratamento distinto e especial. Com a entrada em vigor do atual Código Civil brasileiro (CC/2002), aprimora-se o sistema de direito privado, sem qualquer revogação das legislações trabalhista e consumerista, uma vez que em relação à prestação de serviços trouxe o novo diploma dispositivo expreso a este respeito (art. 593 do CC/2002). O CC/2002, na qualidade de macrosistema de direito privado, positivando valores como a boa-fé e a função social do contrato e da propriedade, regula as prestações de serviços não abrangidas pela CLT e pelo CDC, servindo também como norma subsidiária dos microsistemas. Todavia, a Constituição Federal representa a matriz do direito brasileiro, impondo a interpretação das normas Infraconstitucionais”. EFING, Antônio Carlos, *Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 125-126.

²⁶⁸Al respecto: “Em relação ao direito civil e à terceirização, faz-se necessário estabelecer algumas distinções (mesmo que não haja uniformidade doutrinária acerca destas). A locação de serviços deve ser entendida como o contrato em que o locatário assume a obrigação de prestar uma atividade ao locador, mediante o pagamento de retribuição e sem subordinação. Também é característica da locação de serviços que o locatário não assume obrigação de resultado, tendo somente que desenvolver uma atividade profissional ou serviço. Existe limitação legal do prazo de vigência da locação de serviços (quatro anos, conforme dispõe o art. 598 do CC/2002). Se na locação de serviços tem-se a preponderância do trabalho intelectual, a empreitada envolve uma atividade braçal e visa um resultado. Distingue-se a locação de serviços da relação de emprego, pois aquela pode ser feita por pessoas jurídicas, enquanto o empregado somente pode ser pessoa física (art. 3.º da CLT), da mesma forma, o locador assume o

subcontratación es normalmente hecha en forma de prestación de servicios, desarrollada por persona física o jurídica, en la cual se percibe una de las formas de migración del trabajo formal para la prestación de servicios. Según el autor, en muchas situaciones el empleado de la contratante pasa a ser empleado de la contratista, no percibiendo el cambio en la condición que pueda comprobar la tendencia a la sustitución del trabajo por la prestación de servicios. Diferentemente si ocurre cuando el empleado de la contratante pasa a prestar servicios en condición de contratista o de autónomo para ésta, obedeciendo a las normas aplicables; percibiendo entonces un caso de transformación de trabajo subordinado en prestación de servicios²⁶⁹.

Para Ramos Soares²⁷⁰, las empresas de prestación de servicios – que se refiere a la subcontratación - son las más comunes de ser encontradas, y también es donde, infelizmente,

risco da sua atividade, ao passo que o empregado não (art. 2.º da CLT)”. EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág. 37.

²⁶⁹ En este sentido es válido citar a Marinho FALCÃO: “Os serviços de contabilidade, por exemplo, tanto poderão ser prestados por empregados da própria empresa quanto por escritório especializado, sem vínculo empregatício. Esse tipo de prestação de serviço é, sem dúvida, uma atividade típica de terceirização, porquanto a empresa tomadora contrata, como se diz na linguagem vulgar, a escrita de sua firma, sem se preocupar com conselheiros trabalhistas nem previdenciários com quem está realizando, essa tarefa, ônus inerente ao escritório especializado de contabilidade. Do mesmo modo diríamos com os escritórios de advocacia em que as grandes empresas ao invés de montar seu departamento próprio de serviços jurídicos, prefere contratar a assistência jurídica de grandes escritórios, onde laboram profissionais especializados nos mais diversos ramos da ciência do direito, no que a empresa tomadora será bem melhor assistida do que se possuísse seu próprio departamento jurídico. Através da terceirização dos serviços jurídicos, poderá a empresa tomadora se utilizar de especialistas em quase todas as áreas das ciências jurídicas, o que certamente, não ocorreria se possuísse departamento próprio, onde teria que dar preferência a profissionais especializados na atividade-fim da empresa, ou seja, industrial ou comercial, com ênfase nos ramos do direito tributário, comercial, trabalhista (de primeiro e segundo grau de jurisdição), civil (no campo das obrigações, com maior peso em contratos), e assim por diante, onerando sobremodo o orçamento da empresa”. MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, pág. 40.

²⁷⁰ Inclusive él hace una diferencia entre las diversas formas de tercerización que pueda existir, acordando que la subcontratación, como ya se había dicho, es una de las formas, aunque otras de las clasificaciones puedan ser confundidas, como de hecho sucede por varios autores, como es el caso de la franquicia, que dicen ser una forma de subcontratación, a pesar de haber dudas en relación a esto. Las clasificaciones dadas por el autor son: “I - a desverticalização — é muito utilizada e consiste em passar para o fornecedor externo, especializado, que atuando nas suas próprias instalações, manufatura partes e componentes especificados pelo tomador. Ocorre sempre quando este deixa de executar internamente alguma atividade, repassando-a para o fornecedor que vai desenvolvê-la, II - a prestação de serviços — é a forma mais utilizada. É quando o terceiro intervém na atividade-meio do tomador, executando o seu trabalho nas instalações deste, ou onde for determinado. III - a franquia — é quando uma empresa concede a terceiro o uso de sua marca, em condições preestabelecidas ou comercializa os seus produtos ou serviços. IV - compra de serviços — é quando as empresas estão com a sua capacidade produtiva saturada e necessitam aumentar as suas atividades. Buscam parceiros especializados, para mediante especificações técnicas complementem a sua capacidade produtiva. V - nomeação de representantes — é quando as empresas contratam outras para as representarem nas suas atividades de vendas em geral. VI - concessão — é quando uma empresa atua em nome da outra, que cede a sua marca sob condições para comercializar os seus produtos. VII - permissão — é uma forma típica de terceirização de serviços públicos. Somente um órgão ou entidade governamental é que poderá passar a uma permissionária. a exploração de um serviço público. VIII - a locação de mão-de-obra — esta forma poderá ser desenvolvida de três maneiras diferentes, ou seja, V - trabalho temporário - Lei 6.019/74, VII - trabalho sindicalizado - CLT art. 513 – parágrafo único e Lei 5.085/86, IX - trabalho cooperado - CLT art. 442 – parágrafo único e Lei 5.764/71, X - desintegração — ainda pouco conhecida. Consiste na desverticalização avançada. Nesta forma de terceirização, o fornecedor planeja e desenvolve as especificações técnicas, da atividade que assumiu, ou vai manufaturar um componente ou produto, que o tomador apenas idealizou. O fornecedor cria e industrializa o produto. XI - facção — esta forma é muito utilizada nas atividades têxteis e calçadista. O fornecedor manufatura, nas suas instalações, parte ou o produto completo do tomador. Este agrega as partes ou apenas coloca a sua marca. XII - corporação virtual — é a união imaterial de duas empresas especializadas no que ambas tem de melhor, com produtos próprios, que são partes-componentes de um outro produto que ambas decidiram criar. É a sinergia de recursos com força competitiva. XIII - descentralização integrada — é uma forma de terceirização muito recente idealizada experimentalmente e precariamente implantada na área automobilística. O fornecedor atua nas instalações do tomador, em módulos integrados e complementares, que se unem para compor o produto final”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 47-49.

hay mayor riesgos de fraude y de ilegalidad²⁷¹. Reglamentada por la IN 3/97 del MT, es una empresa de fácil constitución por no exigir un capital muy elevado, y muchas son de gran valía para los días actuales. Diferentemente de las empresas vendedoras de servicios, que no son tan comunes, normalmente son especializadas en un tipo de actividad, son empresas que exigen de su empresario conocimiento técnico para realizar sus servicios, teniendo recursos empresariales para fornecer sus servicios que son ejecutados en su propia instalación. Los riesgos permanecen en la estructura de la empresa, aunque no se percibe claramente la distinción de las dos, principalmente en el caso práctico.

Importante resaltar lo que expresa el art. 593²⁷² CCB, en el cual determina que la prestación de servicio que no esté sujeta a las leyes laborales o legislación especial, será tratada por el CCB, en el cual se hace la diferencia entre la prestación de servicios de la relación de trabajo y de empleo. Ambas tuteladas por la CLT, aunque si haya la posibilidad de tener presente una relación laboral, indiscutiblemente será resuelta por la JT.

La diferencia de ésta y un contrato de trabajo es que la primera puede ser hecha por personas jurídicas y está presente²⁷³ el carácter de autonomía, mientras que el contrato de

²⁷¹ Un ejemplo de que la subcontratación no es un tipo de prestación de servicio, es la dada por Marinho Falcão, es lo de una montadora de vehículos, para quien las fábricas de auto-piezas, de chapas, de neumáticos, y demás equipamientos necesarios al montaje de un vehículo, no son a estas una prestación de servicios y si una empresa autónoma que contribuye para la finalización del producto montado por la primera. Tese no muy compartida en el medio jurídico y doctrinal brasileño. Conforme expresa el propio autor: "Terceirização, pois, não é prestação de serviços. O grande exemplo disso nós vamos encontrar nas montadoras de veículos, para quem as fábricas de autopeças, de lataria, de pneumáticos, enfim, de todos os equipamentos necessários à montagem de um veículo não são, em relação a elas, uma prestadora de serviço, mas empresas autônomas que contribuem para a finalização do produto montado por aquelas. E aí repousa a lição de que a terceirização foi introduzida no direito brasileiro pelas empresas multinacionais, porque elas traziam de seus países de origem uma experiência eminentemente válida para o desenvolvimento de suas atividades, sem comprometimento de setores que poderiam, perfeitamente, ser trabalhados fora dos seus ambientes, noutras empresas, tão autônomas quanto elas próprias". MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, pág. 14. Para el autor la subcontratación tendría otro significado, a pesar de ser un poco confuso o quizás contradictorio a la vez, como se puede percibir: "Diríamos, mesmo, que a terceirização, sob o ponto de vista eminentemente jurídico, nada mais é do que uma verdadeira e robusta parceria industrial ou comercial que se estabelece entre as empresas, com perfeita divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias por cada uma delas. Na terceirização, pois, existe um tomador, que é a empresa terceirizante, e um prestador de serviço, que é a empresa terceirizada, de sorte que os empregados desta somente estão subordinados diretamente à terceirizada, jamais a terceirizante, ou seja, à tomadora. Eis um importante ponto a considerar". MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, pág. 14.

²⁷² El art. 593 CCB determina: "A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo."

²⁷³ Es válido mencionar: "A concepção doutrinária sobre a prestação de serviços agrega elementos de distinção deste contrato em relação aos demais, tutelados por outras áreas do Direito, em especial direito do trabalho. Orlando Gomes, numa concepção estrita, define o contrato de prestação de serviços: "Sob essa denominação, designa-se o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-os com independência técnica e subordinação hierárquica". Afirma, ainda, o mesmo autor, ser a caracterização stricto sensu também relativa à independência técnica. Ou seja, diferentemente do contrato de trabalho que tem na dependência técnica elemento essencial (fiscalização da forma pela qual é exercida a atividade), interessa à parte contratante da prestação de serviços (tutela civil) não a forma, mas sim a prestação realizada". EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 39-40.

trabajo sólo puede ser elaborado por personas físicas mediante subordinación. Se debe evitar las contrataciones y subcontratas hechas por una prestación de servicios con una persona física, so pena de descaracterización del contrato civil y futuro reconocimiento de contrato laboral.

En relación a la asistencia técnica, existen autores que creen que no es un caso de subcontratación y si solamente una simple prestación de servicios²⁷⁴, sin que haya cualquier tipo de interferencia de la contratante - este es otro punto crucial a ser mencionado en este estudio: no necesariamente la prestación de servicios por los autores brasileños es sinónimo de subcontratación, al menos una parte de la doctrina así lo considera, va depender de cada caso, por eso, una vez más se menciona que es importante una legislación más específica y elaborada sobre la subcontratación²⁷⁵. A pesar de que otra parte de la doctrina cree que la asistencia técnica es un tipo de subcontratación.

En la actualidad hay una dificultad en definir conceptos que antiguamente se cuadraban mejor en el modelo de sociedad en el pasado. Con los efectos de la globalización y sus necesidades presentes hay cambios, y una zona gris en las definiciones como también algunos puntos y límites a ser demarcados en relación a prestación de servicios y en la relación de trabajo. Según el autor Francisco Rossal de Araújo, la prestación de servicios viene a sustituir, como dicho anteriormente, la antigua denominación de contrato de locación de servicios, y está reglamentada por los arts. 593 al 609 CCB. Para el autor el contrato de prestación de servicios nada más es de lo que se conocía como *locatio conductio operarum*, siendo que el propio CCB determina que será aplicado solamente de forma subsidiaria cuando no haya legislación especial pertinente. En la práctica el contrato de prestación de servicios sigue siendo un tipo de contrato *intuitu personae*, como se puede percibir en los arts. 595, 601 y 607 CCB, en el cual es importante mencionar que se encuentra en desuso, visto que la

²⁷⁴Ophir afirma ser la asistencia técnica un caso de triangulación pero no subcontratación: "A assistência técnica insere-se entre as novas técnicas utilizadas modernamente na atividade econômica. Como forma de desconcentração da atividade empresarial, as indústrias credenciam, após treinarem, empresas para que prestem assistência técnica na manutenção e conservação dos produtos que colocam à disposição do público consumidor, ficando elas com a exclusividade de venda dos componentes de reposição. Pela assistência técnica, prestada no período de garantia, recebem o pagamento de determinado valor. Pela assistência técnica pós-garantia ajustam diretamente com o cliente, e, quanto aos componentes de reposição, adquirem-nos por preços de fábrica, auferindo lucro na revenda ao consumidor. Tal prática acontece nos mais variados segmentos empresariais, desde a assistência técnica para eletrodomésticos até elevadores, o que evidencia tratar-se de sistema que envolve um sem-número de produtos e serviços, demonstrando, nos dias atuais, ser mais um instrumento de terciarização da economia, pois concentra no setor serviços uma atividade (assistência técnica) que deveria ser prestada, diretamente, pelas indústrias a seus consumidores". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 62.

²⁷⁵ En este sentido es importante citar a Marinho Falcão: "é atividade típica de terciarização, porquanto a empresa, dependendo de seu porte, e face ao número de máquinas que possuíse - isto em casos de máquinas de escrever, computadores, impressoras tipográficas, etc., poderiam possuir empregados especializados para a prestação desses serviços, o que lhes oneraria sobremodo, enquanto, pelo contrário, se terceirizado esse tipo de serviço, a sua economia é considerável, já que não terá qualquer obrigação de ordem trabalhista ou previdenciária, ônus exclusivo da empresa prestadora da assistência técnica". MARINHO FALCÃO, Ismael, Terceirização no direito do trabalho, EDIPRO, São Paulo, 1996, pág. 39.

legislación civil no sirve para resolver el problema teórico entre la distinción de la relación de trabajo y la prestación de servicios. Tampoco el problema si una persona jurídica que objective el lucro puede ser parte en una relación de trabajo, debiendo, entonces, buscar la solución en el origen de los institutos jurídicos involucrados, principalmente en las finalidades de la sociedad empresarial²⁷⁶.

Posicionamiento diferente tiene Ferreira Prunes, que cree que el fenómeno de la subcontratación ocurre a través de contratación de empresas de locación de mano de obra permanente – siempre siguiendo la legislación y jurisprudencia pertinente –, aunque no es una nomenclatura apropiada. Para el autor también está allí la diferencia de una subcontratación de una ETT, visto que ésta es vista a través de una contratación con empresa de colocación de mano de obra temporal.

Otro instituto que se confunde en Brasil con la subcontratación es el de *aparcería*. Ésta, según parte de la doctrina, sería una forma de asociación entre empresas en que puede ocurrir un caso de subcontratación, a pesar de que la doctrina mayoritaria los diferencia. El concepto de *aparcería* en España es similar pero no se confunde con subcontratación. La *aparcería* es un tipo de sociedad que puede ser agrícola o pecuaria, y conforme el CCB, la *aparcería* agrícola es cuando una persona cede un predio rústico a otra, para que ésta lo cultive repartiéndose los frutos entre las dos, en la proporción que habían estipulado. Mientras que la *aparcería* pecuaria es cuando una persona entrega a su cuidado animales a otra y la contraprestación es una cuota en los lucros producidos. Hay que tener cuidado que el término también es empleado por muchos autores como una de las características esenciales de la subcontratación que es la *aparcería* de las empresas, en el sentido de que deben trabajar juntas, en cooperación para que el negocio sea rentable para ambas partes²⁷⁷.

²⁷⁶En este sentido Rossal de Araújo trata de establecer una distinción entre la relación del trabajo y prestación de servicios: “Um critério que poderia ser proposto para diferenciar prestação de serviço de relação de trabalho é o de que as relações comerciais entre duas empresas são atos de comércio e consistem na troca de produtos e serviços e não na troca de trabalho. O trabalho faria parte do produto ou serviço, mas entraria apenas como mais um dos custos da produção, como a matéria-prima, alugueis, impostos, propagandas, etc. Nas relações de trabalho, o trabalho seria a mercadoria em si. Dito de outra maneira, o trabalho é endógeno ao produto ou serviço, tendo preço em si. A prestação de serviços seria o trabalho mais outros custos, acrescida do lucro”. ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco, A natureza jurídica da relação de trabalho – novas competências da justiça do trabalho – Emenda Constitucional n. 45/2004, en Revista Justiça do Trabalho, Hs, V. 22, n. 254, São Paulo, 2005, págs. 49-50. Aunque el mismo autor expresa que tal criterio económico presenta fallos y que no puede ser utilizado para explicar porque una persona jurídica objetiva al lucro no puede practicar relaciones laborales.

²⁷⁷ En este sentido es válido mencionar a Alvarez: “Mesmo difundido no meio empresarial, o termo parceria é quase sempre concebido de forma restrita, significando apenas a relação entre contratantes e contratadas. Em um sentido amplo, ao contrário, uma empresa para pôr a parceria em prática precisará do envolvimento de todos os seus setores componentes, visto que o novo relacionamento impactará não só a área que efetua a compra ou a contratação de um serviço, mas toda a empresa. Logo é preciso que Finanças, Suprimentos, Marketing, Recursos Humanos, Departamento Jurídico e outras áreas estejam envolvidas na discussão do acordo”. ALVAREZ, Manuel S. B., Terceirização: parceria e qualidade, Rio de Janeiro, Campus, 1996, pág. 6. Y sigue explicando el autor: “A parceria no âmbito da terceirização requer a existência de confiança nos parceiros externo (o terceiro) e interno

Álvarez afirma que por mucha que sea la proximidad es equívoco creer que la subcontratación y la aparcería sean la misma cosa, hay diferencias entre ambas. Según él, la subcontratación es usada desde hace tiempo de forma distinta y aislada de la aparcería. Y cita el ejemplo de que un distribuidor de una empresa es un tercero, en el cual en el pasado era llamado de mascates – que significa vendedor en portugués antiguo-, cuyas relaciones con los productos no pueden ser consideradas como ejemplos de aparcería. Tampoco se puede dejar de mencionar que aparcería en Brasil tiene también un significado de asociación que las partes se ayudan mutuamente²⁷⁸, y que tal entendimiento es visto no solamente en Brasil y España, sino de manera global.

En este sentido de aparcería se puede decir que es usada, pero no siempre, en la subcontratación. Como se puede percibir la diferencia entre ambos conceptos de aparcerías, en la aparcería jurídicamente y propiamente dicha se puede involucrar la distribución de tierra y/o mejoras por una de las partes mientras que la otra parte trabaja y/o pone a disposición los utensilios que se necesitan para este trabajo. También se puede hablar de aparcerías que no sean rurales, uno ofrece los bienes y el otro la fuerza de trabajo y al final los lucros serán divididos entre las partes conforme lo pactado.

Partiendo a otra discusión, y en relación a los contratos mercantiles, debe ser mencionado que estos pueden ser una forma de subcontratación lícita, según parte de la doctrina laboral brasileña, a través de los conocidos contratos mercantiles de locación de

(empregados), o que, de modo amplo, conduz a certas dificuldades". (...) Os exemplos abundam a esse respeito. Sendo a confiança um fator fundamental, tem-se que incluir indubitavelmente a justiça, a valorização dos indivíduos, a retidão de princípios e a concorrência leal como pressupostos da terceirização. Assim, a terceirização exige uma qualificação das partes que supera as questões de natureza técnica. Por fim, a terceirização busca na parceria certo ordenamento ético-moral de amplo espectro, o que e coaduna com os atuais reclamos da sociedade. Logo, denominá-la de modismo é no mínimo ignorar seus importantes aspectos envolventes. Decerto são eles que a fazem oportuna". ALVAREZ, Manuel S. B., *Terceirização: parceria e qualidade*, Rio de Janeiro, Campus, 1996, págs. 10-11.

²⁷⁸ Al respecto, véase Giosa, en el cual afirma que las premisas básicas que caracterizan los principios de la aparcería son: "a) Las partes deben siempre negociar con precedentes de autonomía; b) No deben existir vínculos de dependencia entre las partes; c) Debe estar claro, en cuanto al perfil, que es la de la capacidad emprendedora de la empresa contratista; d) El proveedor/aparcerero no debe tener en el cliente su única fuente de receta; e) Las partes deben aprender a comportarse como se fueran socios de un mismo negocio"²⁷⁸. GIOSA, Lívio Antônio, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, 38-39. Y sigue explicando el autor: "Caberá, portanto, ao contratante, estabelecer alguns pré-requisitos que podem balizar, formalmente, a escolha de um parceiro no mercado, num processo de avaliação dos seguintes itens: a) Capacidade de absorver as atividades a serem terceirizadas; b) Lista de clientes e tipos de trabalhos desenvolvidos; c) Número de funcionários e técnicos habilitados para a prestação dos serviços; d) Capacidade empreendedora; e) Uso de tecnologia e busca de aprimoramento, com relação às atividades terceirizadas; f) Treinamento e desenvolvimento do seu pessoal e política de treinamento para os funcionários da contratante; g) Metodologia de trabalho, com ênfase na transferência de tecnologia, quando for o caso; h) Processos e programas de qualidade e produtividade empregados em atividades assemelhadas a serem contratadas; i) Flexibilidade e agilidade do prestador de serviços em adaptar-se às condições do cliente, principalmente no que tange às solicitações de "última hora"; j) Responsabilidade no cumprimento de prazos, número de funcionários alocados, equipamentos e materiais envolvidos, solicitados e comprovados através de Atestados de Desempenho e/ou de visitas pessoais em clientes; K) Flexibilidade na negociação de preços dos serviços e condições de faturamento dos serviços prestados". GIOSA, Lívio Antônio, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, Livraria Pioneira, São Paulo, 1994, pág. 39.

mano de obra – a pesar que el § 1º de la instrucción normativa 3/97 nombrar apenas que las relaciones entre la empresa de prestación de servicios a terceros y la contratante son regidas por el CCB – que está expresa en el art. 226 CCO: “A locação mercantil é o contrato por qual uma das partes se obriga a dar à outra, por determinado tempo e preço certo, o uso de alguma coisa, ou do seu trabalho. O que dá coisa ou presta serviço clama-se locador, e o que toma ou aceita o serviço, locatário”.

La subcontratación, según algunos autores, puede ser denotada en otros tipos de contratos mercantiles como es el caso del engineering, contrato de distribución, concesión mercantil, consorcio y asistencia técnica; contratos estos que Olmo Gascón los considera como outsourcing y descarta su relación con la subcontratación. En relación al engineering, por ejemplo, el objetivo es la obtención de una industria, o empresa construida o instalada, generalmente siendo hecha por una empresa de ingeniería, en que normalmente el contratado presenta un proyecto de construcción e instalación, dirigiendo la edificación y poniéndola en funcionamiento en las condiciones estipuladas, mientras que el contratante, apenas colocará en disposición las máquinas y materiales necesarios, pagando por los servicios y los gastos de la obra. Son especies de engineering: el consulting engineering, comprende el estudio y la presentación del proyecto, el commercial engineering el cual comprende el estudio y ejecución de la obra y por fin la entrega de la empresa en funcionamiento. Ambos pueden ser hechos por empresas contratistas.

En Brasil, el contrato de distribución es hecho por dos partes, en sentido de proveedor, hecho por el vendedor de ciertas mercancías para entrega en un plazo determinado, y por un precio que puede ser fijado anticipadamente para todas las entregas parciales o que puede también ser acordado en cada una de las entregas. No deja de ser, para muchos autores, una forma de subcontratación en sentido amplio por ser perfectamente hecho por una empresa prestadora de servicios, pero no en sentido restricto. Lo que es clave para la comprensión de lo que Brasil considera como técnica de externalizar servicios es que al principio todo movimiento de una empresa que contrata otra para hacer servicios que antes eran hechos por empleados es un caso de subcontratación en amplio sentido. Solo que la doctrina brasileña la subcontratación, comparada a la española, son los casos en que hay una triangulación de mano de obra en sí, es decir, se acepta solamente la subcontratación propiamente dicha.

Partiendo para el lado español, que en este caso es similar a Brasil²⁷⁹, en España un contrato bastante utilizado es el de transporte – que tiene como concepto el contrato que transporta mercancía o personas, con los determinados régimen jurídico – en el cual una parte se compromete a cambio de un precio cierto a trasladar a una mercancía o persona de un sitio a otro a un remitente que lo ha encargado. Puede ser hecho a través de un contrato civil²⁸⁰, mercantil o laboral; a pesar de que el mercantil es lo más común y es donde se encuentra la cuestión relacionada con la subcontratación.

Una de las problemáticas discutidas en España era la de los servicios personales de transporte hechos por autónomos que prestan sus servicios con exclusividad y habitualidad para un mismo empresario con horarios, retribuciones e itinerarios similares al de los trabajadores asalariados; donde se percibía una dependencia característica de los trabajadores asalariados. La jurisprudencia empezó a considerarlo, principalmente con el aumento de la descentralización productiva, como característica típica de jurisdicción laboral. Posteriormente hubo muchas discusiones, y una evolución jurisprudencial.

²⁷⁹ El Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região reconhece relação laboral entre tienda de muebles y transportista: “No recurso analisado pela Turma Recursal de Juiz de Fora, a empresa reclamada pretendia convencer os julgadores de que o trabalhador era sócio de uma empresa de transportes e prestava-lhe serviços de distribuição de cargas, em veículo próprio, de forma terceirizada e autônoma. Por isso, segundo alegou, a relação de emprego reconhecida por sentença nunca existiu. No entanto, a Turma julgadora acompanhou o entendimento manifestado pelo Juízo de 1o Grau e manteve o vínculo de emprego entre as partes. O trabalhador afirmou que foi admitido em setembro de 2003, para realizar entregas de mercadorias vendidas pelas lojas do mesmo grupo econômico da reclamada. Entretanto, não teve a carteira de trabalho assinada, sendo obrigado a ingressar como sócio de uma empresa de transportes, com o fim de mascarar a relação de emprego. Tanto que o imóvel em que funcionava a empresa, da qual era sócio, é de um dos donos da reclamada, que, inclusive, arcava com despesas de telefone e outros gastos. Além disso, trabalhava sem qualquer autonomia, subordinado às ordens de supervisores da reclamada. (...) na visão da magistrada, a fraude para encobrir a relação de emprego ficou clara. Isso porque as testemunhas declararam que o trabalhador recebia orientações da própria reclamada de como carregar os móveis, como entrar na casa do cliente e como abordá-lo. As roupas usadas pelos entregadores autônomos eram padronizadas pela reclamada, que determinava que eles se apresentassem com a bota engraxada e a calça e a camisa limpas. As testemunhas afirmaram ainda que a reclamada gerenciava, mesmo que de forma indireta, a empresa, da qual o reclamante era sócio, controlando as entregas, fornecendo ajudantes e indicando quem cuidava da contabilidade da transportava. Como se não bastasse, a sede da empresa funcionava em uma casa do proprietário da reclamada. Ora, os elementos para a configuração da relação de emprego saltam aos olhos no presente caso, revelando-se evidente a fraude perpetrada, com o único intuito de burlar os direitos trabalhistas do obreiro, sendo o caso de se aplicar o disposto no artigo 9º da CLT, frisou a relatora, ressaltando que, diante de tantas evidências da relação empregatícia, é irrelevante o fato de o reclamante ter assumido algumas despesas com o seu veículo, já que todos os requisitos para o vínculo de emprego, como onerosidade, pessoalidade e subordinação jurídica, estavam presentes na forma de prestação de serviços. (RO nº 00592-2010-049-03-00-0). Publicado em 1 de Março de 2011 às 10h21”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

²⁸⁰ Siendo el caso de la contratación de transporte sea civil (diferentemente de la hasta ahora mencionada que era la mercantil), se percibe que es escasa la legislación pertinente al tema. Como se puede percibir en las palabras de Castro Argüelles: “A diferencia de lo que ocurre con el contrato mercantil de transporte, el régimen jurídico del contrato de transporte civil cuenta con unas escasas reglas particulares, en los arts. 1601 y 1602 Ce, que inciden en la responsabilidad respecto de las cosas que se les confían y que son de aplicación como Derecho común, a falta de normas especiales sobre la figura concreta de que se trate (art. 1602.2 Ce). Así cuando el porteador utilice directamente sus propios medios será responsable de todos los actos que realice y omita así como de los que resulten imputables a las personas que de él dependen por aplicación del art. 1903 Código Civil”. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Anzadi, Pamplona, 2007, págs. 77-78.

Al tratarse más específicamente de la subcontratación, se percibe que la responsabilidad se queda por cuenta del art. 42 ET²⁸¹, una vez que el paradigma contractual de la subcontratación es el arrendamiento de obra. Igualmente, por supuesto, serán aplicadas las reglas relacionadas a la subcontratación tanto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como también las de Seguridad Social, como es debido en una subcontratación normal. Igualmente se percibe la utilización de figuras como el autónomo y la posibilidad de creación de cooperativas de transportistas, ambas con sus particularidades y responsabilidades correspondientes de la legislación de casa uno, como mejor será analizado posteriormente. Lo que sí es aplicable de forma general, independiente de cada caso de contratación de transporte o de los diferentes tipos de modalidades, son las normas administrativas relativas a la autorización, licencias administrativas, reglas de seguridad, tarifas, entre otras reglas.

El siguiente contrato que se observa en el fenómeno de subcontratación, para gran parte de la doctrina laboral brasileña, es la concesión mercantil²⁸², que también en España es un tema polémico, puede ser un caso de subcontratación o no, depende de a qué se dedica y la finalidad. Ésta es una forma de distribución y venta de productos, en que una de las empresas pasa a actuar en nombre de la otra, como ejemplo los concesionarios de vehículos como es el caso de Fiat y Mercedes Benz. Normalmente son hechos a través de contratos de

²⁸¹ También es válido resaltar que: "La aplicación del régimen de responsabilidades del art. 42 ET plantea alguna duda relacionada con el hecho de que la actividad (de transporte) subcontratada no se lleve a cabo en el interior de la empresa contratante (con un medio de transporte de esta última) y por lo tanto no se lleva a cabo dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa transportista contratante. Faltaría por lo tanto el elemento locativo que en algún momento se ha mantenido como requisito para reconocer la existencia de una relación mediata de trabajo capaz de justificar las responsabilidades y cargas que según el precepto legal en cuestión han de recaer sobre el contratante. Con todo, esta circunstancia no parece suficiente para excluir el régimen de responsabilidad solidaria en materia laboral. En relación a la aplicación del art. 42 ET, conviene matizar que el mismo no tiene que alcanzar necesariamente al cargador, por muy empresario que éste sea en términos laborales, cuando el objeto de la contrata no esté dentro de la propia actividad del cargador, esto es, no pertenezca a su ciclo productivo, por mucho que se trate de una actividad que dicha empresa haya descentralizado. Y esta solución debe mantenerse también en los supuestos en los que se haya optado por otra modalidad de «transporte plural» como es el llamado «transporte de reexpedición» en el que el propio cargador autoriza al porteador a contratar con otro porteador distinto la continuación del traslado por parte del proyecto, sin perjuicio de que a dicho porteador que subcontrate con otro la realización de una parte del encargo deba aplicársele el régimen del art. 42 ET por las razones ya apuntadas. Con todo, la aplicación de este precepto no debe plantearse en todas las modalidades de transporte plural tal es el caso del supuesto «de acumulación de contratos de transporte» en los que el cargador celebra tantos contratos como porteadores sean necesarios para llegar hasta el destino final, porque estaríamos ante contratos independientes. Tampoco tiene por qué plantearse la aplicación del art. 42 ET en el «transporte sucesivo» en el que los porteadores que intervienen en el traslado pactado por uno de ellos con el cargador se presumen incorporados en un único contrato", en estos casos, más que ante un supuesto de subcontratación estaríamos probablemente ante la prestación de servicios conjunta por parte de los porteadores para la que recurrirían a algunas de las fórmulas asociativas previstas en Derecho". CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 75-76.

²⁸² Caso de triangulación pero no subcontratación en la concesión mercantil: "Criou-se, assim, a figura da concessão mercantil, que é o típico contrato de distribuição de produtos, onde o contratado adquire bens do fabricante para revender ao público consumidor, com exclusividade ou não, podendo ou não ficar obrigado à assistência pós-venda. É o caso, por exemplo, dos distribuidores e revendedores de bebidas; das concessionárias de automóveis; representantes e propagandistas de remédios, etc. Por conseguinte, na concessão mercantil, o concessionário é simples intermediador entre o cedente e o público consumidor. Sem dúvida, trata-se de mais uma hipótese de terciarização da economia com influência nas relações laborais, vez que, em razão da concessão outorgada, há uma desconcentração da atividade produtiva, deixando a indústria de controlar, ela própria, a comercialização de seus produtos, limitando sua atuação à atividade-fim. De outro lado, criam-se novos postos de trabalho, privilegiando a mão-de-obra do local onde esses produtos serão revendidos". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 59.

adhesión para esta finalidad, autorizando el uso de su marca. La montadora cede el uso de su marca mediante condiciones para que la concesionaria pueda comercializar sus productos y prestar servicios. También es una forma de subcontratación, para algunos autores, al analizar que la montadora busca terceros para ayudarla en la comercialización de los vehículos y en la prestación de servicios de asistencia técnica a la persona que adquiere el vehículo. Inclusive porque la empresa entrena a otra para prestar servicios de asistencia técnica de mantenimiento y conservación de sus productos. Normalmente la empresa contratada se queda con la exclusividad de venta de los componentes de reposición, los cuales son adquiridos por precio de fábrica lucrando así la contratista.

El próximo contrato a ser analizado es el consorcio, que también muchos autores lo consideran como una posibilidad de ser una especie de subcontratación – a pesar de que la tendencia es de no considerarlo como tal – en el que una de las empresas hace un consorcio con otra para la producción de un cierto objeto para el mercado, una vez que sola no tendría condiciones de hacerlo, sea por no disponer de tecnología necesaria o simplemente por no tener interés, pues la mano de obra del consorciado es más ventajosa por ser más barata. En relación a la responsabilidad en la contratación de terceros puede ser solidaria o subsidiaria. Es de resaltar que la subcontratación puede ser hecha también por una mezcla de un contrato con características civiles y mercantiles al mismo tiempo. Normalmente los contratos mercantiles no tienen responsabilidad solidaria o subsidiaria entre la empresa contratante y la contratista, porque no pertenecen al mismo grupo económico, ni la primera es beneficiaria directa de la prestación de servicios de los empleados de la segunda. Lo que sí puede ocurrir es la responsabilidad subsidiaria en los casos en que la empresa contratista no cumpla con las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

El siguiente a ser mencionado, en España, es el contrato de agencia, - un tipo de contrato amplio que en este caso solo será abordado lo pertinente al derecho laboral y más restrictamente relacionado a la subcontratación – por el cual una empresa se hace valer de un mediador mercantil que puede ser un agente, un representante de comercio, operador mercantil, etc. Al final, siempre hay que ver la finalidad de la empresa a que se dedica para realmente ver si es un caso de subcontratación. Claramente se puede percibir tal instituto en el art. 1.3 f) y 2.1 f) ET, en el cual el primero define que “Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder

del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma”. Mientras que el art. 2.1 ET declara como relación especial de trabajo “la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas”. Lo cual es importante volver a repetir que también existe un contrato de agencias en Brasil, pero que éste en si no es considerado un caso de subcontratación, una vez que la doctrina y leyes brasileñas solo considerada subcontratación a las exclusivamente de mano de obra.

También es válido comentar el art. 1 Ley 12/1992, en el cual el agente (persona física o jurídica, por lo cual ya se diferencia de una relación de trabajo) promueve o concluye por cuenta ajena y como intermediario independiente, de manera continuada, algo negociado a cambio de una remuneración, sin que tenga, salvo en contrario, que asumir el riesgo de tales operaciones. Lo principal visto por la jurisprudencia es que para diferenciar realmente en contrato de agencia de un de trabajo es percibir si hay la cuestión de la dependencia, en lo que será analizado cada caso aparte. Otra característica vista en esta Ley es que puede ser pactado entre las partes si es la duración de tal relación indefinida o determinada. Caso no haya expresado las partes será considerada como indefinida, aunque la Ley también regula la cuestión de la extinción de la relación siempre que haya un mecanismo de preaviso y de indemnización. Y los contratos que empezaron como definidos y siguieron después de la supuesta fecha de término serán considerados desde entonces como de carácter indefinido.

Otro tema a ser analizado es la cuestión de la mediación en seguros privados, que antes era regulado por la Ley 9/1992 y actualmente por la Ley 26/2006, que incorpora en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/92/CE. Tal Ley presenta, en el art. 3.2²⁸³, las personas que realizan las actividades de mediación de seguros, mientras que los demás casos que no se encuadran en el supuesto arriba deben ser, dependiendo de cada caso, regulado por la legislación mercantil o laboral. Inclusive, el art. 10.4 Ley 26/2006 permite que los agentes de

²⁸³ El art. 3.2 Ley 26/2006 que trata de las exclusiones expresa: “2. Esta Ley no se aplicará a las personas que realicen la actividad de mediación de seguros cuando concurren todas las circunstancias siguientes: a. Que la actividad profesional principal de la persona en cuestión sea distinta de la de mediación de seguros. b. Que el contrato de seguro sólo exija que se conozca la cobertura del seguro que se ofrece. c. Que el contrato de seguro no sea un contrato de seguro de vida, no cubra ningún riesgo de responsabilidad civil y que el seguro sea complementario del bien o del servicio prestado por algún proveedor, cuando dicho seguro cubra: 1. El riesgo de avería, pérdida o daño a las mercancías suministradas por dicho proveedor. 2. Los daños al equipaje o pérdida de éste y demás riesgos relacionados con un viaje contratado con dicho proveedor, incluso cuando el seguro cubra los riesgos de accidentes o enfermedad, o los de responsabilidad civil, siempre que dicha cobertura sea accesoria a la cobertura principal relativa a los riesgos relacionados con dicho viaje. d. El importe de la prima anual no sea superior a 500 euros y la duración total del contrato de seguro, incluidas las posibles prórrogas, no sea superior a cinco años”.

seguros podrán utilizarse de los servicios de auxiliares externos²⁸⁴, en los que estos pueden colaborar con la distribución de productos de seguro, obedeciendo los términos establecidos por las aseguradoras en el contrato de agencia de seguros. Otra vez, es válido mencionar que Brasil no lo considera como una subcontratación propiamente dicha por no ser una subcontratación de mano de obra.

Ahora será analizado uno de los contratos mercantiles más utilizados que se confunden con la subcontratación que es el caso de las franquicias. Éstas surgieron en Brasil como una concesión mercantil. La franquicia – dentro de diferentes teorías doctrinarias - es una técnica común en la que el franquiciador presta asistencia técnica al franquiciado, de esta manera, no se puede confundir la práctica de la franquicia con la facilitación de mano de obra, pues este no está obligado a dárselo. Lo que se puede definir es que la franquicia²⁸⁵ tiene como objeto la comercialización, con asistencia técnica, o también la asistencia financiera para la venta de productos, mercadeo o para la prestación de servicios²⁸⁶.

²⁸⁴En este sentido: “El auxiliar externo colabora en la distribución de productos de seguro, puede realizar funciones de captación de clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, pero en cualquier caso actúa por cuenta de los mediadores sin asunción de obligaciones como consecuencia de la realización de cualquiera de esas operaciones. Así lo dispone expresamente el art. 8 de la Ley 26/2006, sin perjuicio de que por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda puedan concretarse aún más las funciones de estos auxiliares de los mediadores de seguros. En cualquier caso, los concretos términos de esta colaboración deberán acordarse entre el agente, que vaya a utilizar los servicios del mediador y la entidad aseguradora en el contrato de agencia de seguros. Estos auxiliares no tendrán condición de mediadores de seguros ni podrán asumir funciones reservadas por esta Ley a los referidos mediadores y en ningún caso podrán prestar asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro. Nada se dice en la norma sobre la retribución de los servicios de este colaborador”. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, *Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 95. Más informaciones sobre la división de los agentes de seguro exclusivo y los vinculados, véase CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, *Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

²⁸⁵ Se puede dividir las características básicas de la franquicia en cuatro: la primera es la concesión de uso de la marca y del título del establecimiento si fuese el contratado con el franquiciador; la segunda sería la transferencia de los derechos de la franquicia a las personas expresamente designadas; la tercera sería la promoción y publicidad a favor del franquiciado por parte del franquiciador; y la cuarta que es la colocación, por el franquiciado, de la marca en todos los recipientes, utensilios, y todos los objetos necesarios para el ejercicio del comercio.

²⁸⁶En el instituto de la franquicia existe un contrato de colaboración entre ambas partes, como también habrá reuniones, informaciones, informes y fiscalización del franquiciador. Por ser un contrato personal, para que el franquiciado pueda subfranquiciar tendrá que obtener anteriormente la autorización del franquiciador. La franquicia puede ser clasificada didácticamente en cuanto a su objeto, casos de industria como es el ejemplo de la Coca-cola; de comercio, como Benetton; de servicios como Christian Dior; de distribución como Shell. También hay otra clasificación en relación a su modalidad, podemos dividirla didácticamente en seis: master franchising en que el franquiciador original del producto o servicio, por necesidad de expansión internacional de su marca, delega a otra empresa el derecho de subfranquiciarla en el país de destino. Se torna una cadena con varias ramificaciones empezando con el original hasta el franqueado final. El segundo es área development franchise, desarrollo del área de franquicia, normalmente una o más empresas locales son contratadas por el franquiciador con el objetivo de desarrollar y explotar directamente la marca en un espacio geográfico. Tercero es el área controllership, control de área de franquicia, el franquiciador original delega a varias empresas que son subcontratadas el derecho de franquiciar la marca, teniendo como ventaja el hecho de que es posible la subcontratación, no haciéndose la administración de cada franquiciado individualmente. El cuarto es business format franchising, sistema de franquicia formateada, es tanto utilizada en franquicias directas como indirectas. El franquiciador cede el uso de las técnicas y métodos de la administración y comercialización que fueron por ellos desarrollados, transfiriendo al franquiciado el uso de la marca, quedándose este solo con la supervisión y asistencia técnica del franquiciador, como es el caso de Mc Donald's. El quinto es package franchise, el franquiciado fabrica productos o presta servicios sobre la misma marca, con sujeción al control y asistencia del franquiciador. El sexto es el tradicional franchise que, el franquiciado distribuye productos fabricados por el franquiciador con su marca. Texto basado en PINTO MARTINS, Sérgio, *A terceirização e o direito do trabalho*, São Paulo, Atlas S.A., 2007, págs.70-71.

Para Castro Argüelles, la franquicia se trata de una forma de colaboración empresarial bastante usada en los últimos tiempos²⁸⁷. En España conforme la STS 27 de septiembre de 1996 declara que el contrato de franquicia como el acordado entre las dos partes económicamente independientes el derecho, del franquiciado, de utilizar bajo determinadas reglas y control por un tiempo y localidad determinado entre ambos “una técnica en la actividad industrial y comercial o de prestación de servicios, contra entrega por éste de una contraprestación económica”²⁸⁸.

En Brasil, es importante resaltar que la jurisprudencia se inclina por el entendimiento de que no hay responsabilidad ni solidaria ni subsidiaria entre la franquiciadora y los trabajadores de la franquiciada²⁸⁹, como se verifica en los juzgados: “Contrato de franquicia.

²⁸⁷ En este sentido es válido citar a Castro Argüelles: “La franquicia es un sistema o modelo de organización empresarial que se basa en la colaboración y cooperación entre empresarios. Es una vía más de descentralización productiva en la que, no obstante, se mantiene un elemento de control empresarial de la empresa que descentraliza (franquiciadora) respecto de la empresa que asume la actividad (franquiciada)”. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 125.

²⁸⁸ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 126. La franquicia surgió en Brasil como una concesión mercantil, en las técnicas de distribución de filmación cinematográfica de empresas que poseían la marca de los renombrados estudios norteamericanos de cinematografía, pasando posteriormente a ser utilizado por la industria. También se puede dar como ejemplo las empresas de vehículos importados, que es un caso de concesión exclusiva, para la distribución de vehículos importados en un determinado país. Y de esta manera se observa muchas otras formas de franquicia de productos y servicios, tanto de empresas nacionales, como por ejemplo el de Boticário, o empresas internacionales como Mc Donald’s²⁸⁸. En los análisis de Pinto Martins, la franquicia surgió a mediados de 1860 en EE.UU. Época en que la Singer Machina Company empezó a hacer contratos de franquicia con pequeños comerciantes independientes para que estos comercializasen los productos de la marca Singer. Los franquiciados eran independientes y vendían los productos de aquella marca, pero deberían seguir ciertos patrones determinados por la empresa. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, la franquicia vuelve a ser utilizada en los países como manera de disminución del desempleo causado por el fin de esta guerra. Aunque hay una parte de la doctrina que no la considera como un tipo de subcontratación. El concepto de franquicia se encuentra definido en el art. 2º de la Ley 8.955/94 en que define como un sistema por lo cual un franquiciador cede a un franquiciado el derecho de uso de marca o patente, asociado al derecho de distribución exclusiva o semi-exclusiva de productos o servicios y, eventualmente, también al derecho de uso de tecnología de implantación y administración de negocio o sistema operacional desarrollado o detentado por el franquiciador, mediante remuneración directa e indirecta, sin que, por tanto, quede caracterizado el vínculo de la relación laboral.

²⁸⁹ El TRT de la 2ª Región ha decidido que la franquicia no es una forma de subcontratación como se puede percibir: “Para a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-SP), a franquia empresarial não é terceirização de mão-de-obra. Com base neste entendimento, a turma decidiu que a empresa franqueadora não responde solidariamente pelos direitos trabalhistas dos empregados da franqueada. Um ex-contratado da 2 Mil Post Office S/C Ltda., empresa que explora uma franquia da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entrou com processo na 63ª Vara do Trabalho de São Paulo, reclamando vínculo empregatício e verbas trabalhistas. O reclamante ainda pediu que os Correios também respondessem à ação, por entender que o serviço prestado por ele favorecia tanto a franqueadora, quanto a empresa que o contratara. A vara reconheceu o vínculo empregatício do trabalhador com a 2 Mil e condenou os Correios, subsidiariamente, na quitação dos direitos trabalhistas do reclamante, sob o fundamento de que houve, na verdade, “intermediação de mão-de-obra”. Inconformada com a sentença, a Empresa de Correios recorreu ao TRT-SP sustentando que apenas firmou contrato de franquia com a 2 Mil, não se beneficiando do trabalho do reclamante. De acordo com a Juíza Jane Granzoto Torres da Silva, relatora do Recurso Ordinário no tribunal, o fenômeno jurídico da terceirização, calcado na intermediação de mão-de-obra, implica em responsabilidade do tomador de serviços pelos contratos de trabalho estabelecidos pela prestadora de serviços, em razão de ser o beneficiário final das tarefas realizadas pelos laboristas”. Segundo a relatora, “no entanto, a situação sub examem não aponta a figura jurídica da locação de mão-de-obra, mas sim, relação comercial firmada entre empresas – franquia empresarial –, na forma estabelecida pela Lei 8955/94, o que nem de longe se assemelha à intermediação de mão de obra aventada na exordial e disciplinada na jurisprudência.” “O fato de a recorrente estabelecer parâmetros quanto à execução dos serviços, isoladamente não caracteriza terceirização de mão-de-obra. (...) A supervisão, o estabelecimento de linhas básicas, tais como taxas e forma de realização de serviços, apenas visam a fiscalização quanto ao objeto central do contrato entabulado, de modo a resguardar a utilização da marca”, observou a Juíza Jane Granzoto. Assim, para a relatora, a Empresa de Correios “não é a beneficiária dos serviços prestados pelos empregados contratados pela

Inexistência de responsabilidade solidária. Evidenciada a avença de contrato de franquia entre as empresas reclamadas, regido por legislação específica – Lei nº 8.955, de 15-12-94, descaracteriza-se a hipótese de grupo econômico ou terceirização – elementos ensejadores da responsabilidade subsidiária ou solidária, conforme disposto no § 2º do art. 2º da CLT e Enunciado 331 do C. TST” (Ac. da 3ª T. do TRT da 10ª R., RO 1.560/98, j. 24-9-98, Rel. Juiz Marcos Roberto Pereira, DJU 3 16-10-98, p. 43). “Franquia. Responsabilidade solidária ou subsidiária da licenciadora da marca. Inexistência. Comprovado nos autos que a primeira reclamada autorizou a utilização de sua marca e do seu sistema de prestação de serviços, através de sistema de franquia, inexistente responsabilidade solidária ou subsidiária daquela com relação às empresas flaqueadas, posto que ausentes os pressupostos legais para a caracterização de responsabilidade na hipótese, bem como por não tratar de caso de prestação de serviços, vez que a primeira reclamada não trata de “tomadora dos serviços”, como exige o Enunciado n. 331/TST e máxime considerando que a relação de emprego se desenvolveu apenas com a empresa franquiadora, como esclarecido na inicial” (TRT 10ª R., RO 0724/98, Ac. 2ª T., Rel. Juiz Braz Henriques de Oliveira). “Franchising. Responsabilidade subsidiária da empresa franqueadora. A franqueadora não é responsável pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa franqueada, porquanto o contrato de franquia não é figura jurídica capaz de atrair a responsabilidade solidária / subsidiária. Embora exista uma comunhão de interesses entre franqueadora e franqueada, ela é restrita às peculiaridades do contrato” (Ac. un. Da 5ª T. do TRT da 3ª R., RO 19.692/98, j. 14-6-99, Rel. Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes, DJ MG 26.6.99, p.17)”²⁹⁰.

Define Castro Argüelles la franquicia como una concesión mercantil²⁹¹ que se pone a disposición de un empresario o de un autónomo lo necesario para explorar una determinada

reclamada 2 Mil Post Office S/C Ltda., mas somente se beneficia do resultado final da exploração de sua marca”. Os Juízes da 9ª Turma acompanharam o voto da relatora por unanimidade, afastando a responsabilidade dos Correios, “impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC”. RO 01294.2003.063.02.00-0. Publicado em 20 de Dezembro de 2005 às 12h00”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

²⁹⁰PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização e o direito do trabalho, São Paulo, Atlas S.A., 2007, págs. 80-81.

²⁹¹ En este sentido, es válido citar posicionamientos de la doctrina española al respecto de la franquicia: “Dicho contrato, que no deja de ser una modalidad de la concesión mercantil, se define como aquél por el cual el franquiciador (franchisor) transmite al franquiciado (franchisee) ciertos conocimientos de tipo técnico o comercial para ser aplicados en el negocio de este último, al tiempo que le permite la utilización del rótulo u otros distintivos —especialmente la marca— en el ejercicio de su actividad la cual, por lo demás, debe llevarse a cabo bajo control del primero quien, además, le proporciona una asistencia técnica y percibe un determinado canon o compensación económica por parte del segundo. Pues bien, la doctrina científica ha excluido que este tipo de relaciones puedan integrarse en la contrata a la que se refiere el artículo 42 ET. Es más, algún autor ha considerado que de aplicarse los preceptos mencionados en estos casos se llegaría al absurdo de tutelar a los trabajadores del franquiciador y no a los del franquiciado. Y es que, se dice, este último, al pagar el canon o compensación económica vendría a ocupar una posición equivalente a la del comitente, mientras el primero, al percibirlo, desempeñaría un papel cercano al contratista. Sin embargo, a mi juicio, ello no tiene porqué ser así, al menos en el caso de aceptarse una reinterpretación de las normas estudiadas en el sentido que se indica en el apartado siguiente (...). NORRES TORRES, Luis Enrique, El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 63.

actividad económica. El franquiciado actuará bajo la dependencia del franquiciador, siendo éste el dueño y propietario de la marca y quien tiene la explotación de la misma. También expone la autora que franquicia es definida como una modalidad de gestión empresarial, regulada por el Reglamento Europeo 4087/88, de 30 de noviembre, que desarrolla el art. 62 del aLey 7/1996 de 15 de enero, como también El RD 418/2006, de 7 de abril; siendo, por lo tanto, considerada la franquicia – por no haber, hasta entonces, una regulación completa en España – como un contrato atípico.

De forma más acertada - visto que no hay una legislación como se ha mencionado arriba – autores, como Castro Argüelles, defienden el posicionamiento de que la franquicia es un caso de contrato mercantil, y que, dependiendo de su manejo, puede adentrar en el área jurídica laboral. En este caso, interesa más en este estudio, pues será visto cómo la franquicia se puede relacionar con la subcontratación. Primeramente se trata de las responsabilidades laborales y de Seguridad Social que pueden acarrear, desde que y siempre que se pueda reconducir tal instituto a las contrata y subcontratas.

Para Olmo Gascón la franquicia es un procedimiento de cooperación empresarial entre dos empresas; mientras que otros autores no están a favor de esta teoría. Lo que sí es más importante es percibir cuando se intenta encubrir a través de una franquicia una supuesta relación laboral entre ambos, franquiciador y franquiciado²⁹². En este sentido se expresa Olmo Gascón, el cual menciona que el contrato de empresa es tan amplio que puede acoger no solamente el instituto de la subcontratación como también el arrendamiento de servicios, engineering, etc, igualmente conocidos como outsourcing, lo que significa que la autora ya ha descartado la franquicia entre otros institutos de la subcontratación²⁹³.

²⁹² En este sentido es destacar: “Por otro lado, aunque se insista en la delimitación del franquiciado como empresario autónomo, existen muchas modalidades de franquicia y en algunas de ellas se han querido ver situaciones de encubrimiento de verdaderas relaciones laborales entre ambos; por ejemplo, en determinados supuestos de franquicias verticales, en las que el franquiciador es un mayorista y el franquiciado un minorista que vende el producto (franquicia de distribución). Habrá que estar en cada caso a determinados indicios como el nivel de control por parte del empresario principal, la cuantía del capital invertido o su poder real para captar nuevos clientes”. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 128.

²⁹³ Incluso la autora expresa: “el problema no es tanto reconocer que la subcontrata es un contrato de empresa, como determinar la aplicabilidad de la normativa laboral a todas aquellas figuras emergentes, que se sirven del esquema de funcionamiento de la contrata pero en las que ciertas notas como la subordinación, o la coincidencia en la propia actividad se difuminan. Este es el debate que se mantiene en la actualidad, no ya la clasificación de la propia contrata sino la ampliación del régimen previsto para la subcontratación a otros fenómenos descentralizadores. (...)Específicamente el conocido como outsourcing ha centrado el interés de la doctrina de nuestro país, y de las definiciones que se han dado del mismo seguramente la más amplia, pero al tiempo precisa, sea la que entiende que «el llamado «outsourcing» es más un fenómeno económico de organización de la actividad empresarial, que se materializa a través de sistemas de cooperación interempresarial al objeto de prestación de servicios al usuario o consumidor final del producto; de esto modo, vía «outsourcing» se vienen a establecer relaciones mercantiles entre ambas empresas, que se instrumentan a través de contrataciones de obras y servicios de variado tipo. De un lado, este tipo de contrataciones no puede considerarse que se diferencien por naturaleza de las existentes hasta el presente en la tipología

La doctrina contraria afirma que la franquicia es una forma de subcontratación, basta analizar al franquiciador como cedente de una prestación de servicios, producto o marca para un franquiciado. Muchas veces sucede que ex-empleados de una empresa pasan a ser franquiciados, teniendo su propio negocio, su autonomía y están trabajando directamente para él y también para el franquiciador. Ejemplos de franquicias existen en la industria automovilística, principalmente en épocas de crisis de empleo, cuando ex-trabajadores empiezan a montar su propia empresa, como un pequeño empresario, y a producir piezas o prestar servicios para la montadora, empresa donde trabajaba, como también para otras empresas, lo que es permitido incluso por el sistema de franquicia de marcas.

El autor Ferreira de Castro afirma que la franquicia y el sistema cooperativo son formas de aparcería – en el sentido de que las empresas se ayudan mutuamente –, según él la primera no puede ser considerada una forma de subcontratación²⁹⁴ una vez que no se configura como prestación de servicios, y si una transferencia de derechos, mientras que el

mercantil de contratos de arrendamientos de obras y servicios; de otro lado, en el otro extremo, tampoco puede apreciarse que los compromisos entre las empresas respondan a cañones similares, que permitan la identificación de una submodalidad contractual con especificidades comunes, pues la intensidad, condiciones, lugar y modo de cooperación interempresarial divergen significativamente entre unos y otros supuestos». (...)La introducción de estos fenómenos que por otra parte tampoco es nueva, obedece en gran medida a la terciarización del sistema productivo que permite disgregar determinado producto o servicio casi infinitamente en diferentes fases susceptibles de externalización en muchas ocasiones mediante la subcontratación; son por tanto fenómenos que superan el clásico esquema de subordinación presente en las contrataciones del empresario auxiliar frente al principal. Las cuestiones que caben plantearse respecto de estas figuras, y concretamente sobre el outsourcing, son, si se trata de un mecanismo de externalización nuevo y con repercusiones en el ordenamiento laboral; en qué lugar queda respecto a la subcontratación y, finalmente, si su utilización altera el funcionamiento de las garantías laborales previstas en la legislación social. Estas prácticas empresariales han encontrado amparo en el art. 42 ET por su indeterminación y capacidad omnívoda, por lo que el problema ha pasado de una mera utilización de un anquilosado sistema legal por la fórmula empresarial para la que fue construida a pesar de la mayor complejidad de la subcontratación actual, a una utilización por mecanismos para los que no se articuló el 42 ET y con unas particularidades tan específicas que hacen difícilmente reconocible la institución de la subcontratación en los mismos, originando grandes problemas de acomodo entre el régimen diseñado en el art. 42 ET y el esquema de funcionamiento que presentan. Muy relevante además, laboralmente hablando, es el momento genético que da origen a esa subcontratación, pues cuando el outsourcing proceda de una desmembración empresarial sin lugar a dudas será de aplicación el art. 44 ET". OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contrataciones, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 23-26.

²⁹⁴La franquicia también es un tipo de subcontratación para muchos autores, como se puede percibir: "Exemplos de terceirização facilmente identificáveis, até mesmo por leigos, são as grandes redes de lanches rápidos. Com exceção da comercialização, sob a responsabilidade estrita de cada franqueado, todo o restante é entregue a terceiros – desde a produção dos Paes, hambúrgueres, batatas fritas até as embalagens dos alimentos. Ninguém ousaria acusar as redes de ineficientes, de pretender apenas baratear custos em detrimento da qualidade prometida, nem de incentivar o desemprego. Pelo contrário, esse tipo de negócio, cada vez mais imitado, multiplica-se justamente pelo alto padrão dos serviços oferecidos ao público. Também não há dúvidas sobre a extensão da mão-de-obra empregada, direta e indiretamente, nem sobre os óbvios benefícios sociais daí provenientes". SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial, São Paulo, Editora Gente, 1996, págs. 22-23. En sentido contrario Ophir tiene un posicionamiento distinto y afirma que la franquicia es un caso de triangulación pero no de subcontratación: "principais atores. Diz o legislador que franquía empresarial "é o sistema pelo qual um franquizador cede ao franquizado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos e serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franquizador, mediante remuneração direta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício." A par da retirada da possibilidade da existência de vínculo empregatício entre os contratantes, a franquía empresarial é instrumento de terciarização da economia com grande influência nas relações laborais, pois cria um sem-número de possibilidades de novos empregos e retira do franquizador o ônus da comercialização, sem prejudicar a qualidade dos serviços ofertados ao consumidor, conferindo-lhe maior lucratividade". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, págs. 60-61.

segundo dependerá del ejercicio de actividad que esté relacionada con la prestación de servicios auxiliares. Basándose en el art. 2º Ley 8.955/94, el autor afirma que el franquiciado no presta servicios para el franquiciador tanto es que se impone una condición de no caracterización del vínculo laboral entre ambos, siguiendo esta línea de raciocinio en este tipo de aparcería no hay actividades medias y si las fines, en el cual también se verifica que hay transferencia de derechos de uso de marca o patente para la distribución de productos o servicios con utilización de recursos tecnológicos, administrativos, operacionales con el objetivo de que el franquiciado ejerza la actividad semejante al del franquiciador.

La franquicia también es un importante factor de privatización de actividades estatales. Como fue el caso de las concesionarias de energía eléctrica en Chile, o como los Correos en Inglaterra y en Brasil, en que se utiliza, en algunas localidades, la franquicia del mismo con la intención de expandir sus puestos de atención en todo el país, resaltando que los costes de las franquicias son mucho menores que los de las filiales. Es de competencia de la JT pues los contratos de franquicia están relacionados a la fuerza laboral humana. Al estudiar, en principio, el contrato de ésta se verificó que hay confusiones con los contratos de trabajo, y muchos puntos que se puede considerar comunes entre ambos. Es decir, la problemática encontrada al analizar la franquicia es básicamente si se trata de verdaderamente de una franquicia, regida por el derecho mercantil, o si es una relación laboral enmascarada. Ahí está la necesidad de verificar si la franquicia es una forma de subcontratación lícita o ilícita.

La distinción entre las dos está en el poder de dirección del empleador y la subordinación, características típicas de un contrato de trabajo. La subordinación y la autonomía del franquiciado deben ser factores presentes, incluso para caracterizar la subcontratación lícita o no. Algunos ejemplos de falta de autonomía y una subordinación de la franquiciada con la franquiciadora son, por ejemplo, la verificación de si hay fijación de los precios y la estimación de lucros de los productos vendidos. La franquiciada tiene la total autonomía para contratar y despedir los empleados que trabajan para ésta, determinar horario y los otros poderes organizativos y fiscalizadores del empleador. Como también el poder de gestionar administrativamente de este sin interferencia de terceros, aunque se sabe que en la práctica estas teorías se mezclan entre sí, y muchas veces es difícil identificar verdaderamente una contratación de franquicia o una relación de derecho laboral²⁹⁵.

²⁹⁵ En relación a las ventajas del uso de una franquicia, se percibe que sí las hay. Para la franquiciadora, expande su área de comercialización y lucros sin tener como cargos adicionales las filiales, mientras que para el franquiciado es la garantía de venta de su producto por ya ser conocido y bastante aceptada la marca en el mercado de consumo, y de esta manera se ayudan

En caso de que la intención de la franquicia acordada por las partes sea defraudar a la ley laboral, será aplicado el art. 9º²⁹⁶ CLT en que expresa ser nulo de pleno derecho los hechos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o defraudar la aplicación de los preceptos contenidos en la CLT, conjuntamente con el enunciado 331 TST, cuando desenmascarada la simulación será considerado por la Justicia del Trabajo la relación de trabajo entre las contratantes.

De esta forma, hay que tener bastante cuidado en la contratación de franquicia entre ambas partes, el contrato debe ser minucioso, evitando lagunas, e igualmente en la realidad práctica, so pena de descaracterizarse el contrato mercantil y considerarlo como una relación de empleo entre la franquiciadora y el franquiciado²⁹⁷, perdiendo entonces el objetivo que supuestamente debería ser la de transmisión del know-how y de la marca y demás consecuencias de este, en el cual seguidos todos los requisitos no hay porque tratarla como una de las formas de subcontratación.

Por último será visto la relación entre autónomos y subcontratación, que no se trata de un tipo de contrato en sí pero de un instituto bastante usado en la subcontratación.

mutuamente y de la misma forma se lucran los dos lados, superando la dificultad de que resolverán montar un negocio por cuenta propia los gastos de nuevas empresas para difundir las ventas en otras áreas de consumo.

²⁹⁶El art. 9º CLT expresa: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. También es válido citar que: “Assim, fica evidente que todos os atos praticados com o propósito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação de direitos trabalhistas não serão consideradas no mundo jurídico. Por efeito, cumpre esclarecer que desvirtuar “significa aplicar de uma maneira diferente, menos onerosa. Impedir é deixar de aplicar a lei, simplesmente. Fraudar é dar aparência de legalidade a uma situação ilegal”. A terceirização também poderá ser praticada com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos previstos pela legislação trabalhista. Ness es casos não caberá ao aplicador do Direito alternativa senão declarar a nulidade dos atos praticados, a fim de fazer cessar a lesão dos direitos”. FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 122.

²⁹⁷ En este sentido es válido mencionar a Olmo Gascón: “Señalábamos anteriormente que cierta línea jurisprudencial holandesa y algunos autores italianos han examinado la posibilidad de que el sujeto franquiciado sea un trabajador dependiente del franquiciador, oculto bajo una apariencia empresarial ficticia. En tal caso, y aparte de las consecuencias civiles que tal simulación comercial pueda conllevar, desde la óptica laboral se produce evidentemente un fraude a la legislación social y el incumplimiento de muchas obligaciones empresariales. A tenor del ordenamiento civil, la posibilidad de aplicar la responsabilidad denominada vicaria a los contratos de franquicia, de tal forma que el empresario matriz esté obligado a responder por las acciones del empresario franquiciado sería posible, en tanto que el CC no exige que necesariamente los daños los provoque un empleado, bastante que se trate de un “dependiente”. Partiendo de la existencia de un fuerte control por parte del franquiciador en la mayoría de las ocasiones, podría mantenerse que en realidad la figura del franquiciado es asimilable a la de un mero “directivo” dentro de la organización de la empresa. Sin embargo, la heterogeneidad de los contratos de franquicia en los que están presentes diferentes grados de injerencia, dificultan una aplicación generalizada del precepto civil, que además incluirá responsabilidades laborales, obligaciones estas últimas que no se especifican por el autor. Se ha tratado así mismo, de importar la interpretación relativa a los trabajadores transportista – interpretación anterior a la reforma del art. 1.3.g) ET de 1994, pues actualmente se les considera trabajadores autónomos – que entendía que en ocasiones se trataba de trabajadores dependientes del empresario para el que realizaban portes y no de autónomos, a pesar de aparecer formalmente como empleados independientes. Esta tesis doctrinal y jurisprudencial mantenía que si el transportista realizaba su prestación en régimen de exclusividad para el mismo empleador, y además este último ejercía facultades de dirección y control sobre las actividades del trabajador, decaía la presunción de autonomía de su prestación, pues ambos indicios evidenciaban la existencia de una dependencia económica y organizativa propia de una relación laboral estándar”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 108-109.

Muchos autores creen que una forma de liberación de la subordinación o dependencia propia de la relación laboral es la transformación de ésta en una prestación de servicios, pudiendo transformarse en un autónomo prestador de servicios a otras empresas, inclusive volviendo éste a trabajar para la misma empresa pero con otro status, la gran cuestión es volver de la misma forma y seguir con una subordinación enmascarada, que es lo que más sucede en la práctica, es una forma de cesión ilegal de mano de obra declarada²⁹⁸.

En un caso más remoto, se puede aceptar que podrá existir una triangulación en estos tipos de contratación pero ni todos deben ser considerados como el instituto de la subcontratación. Debiendo tomar como modelo el ordenamiento legal español que define claramente cuáles son las empresas contratistas, sus finalidades, requisitos y ámbito de actuación legal no dejando margen para falsas interpretaciones doctrinarias. De esta manera, siguiendo al modelo español, muchas discusiones doctrinarias se extinguirían y el instituto de las contrataciones y subcontratas saldrían de la zona gris de sus definiciones e interpretaciones infinitas.

Uno que se encuentra en la zona gris es el vendedor, no hay ninguna ley en Brasil que defina lo que es un vendedor-empleado y el representante comercial autónomo, siendo observada la subordinación a la empresa en cada caso en concreto, según la naturaleza de la prestación de servicios y la actividad principal de la empresa. El mismo debate sobre tales zonas grises ocurre en España. Otros tipos de trabajadores que se encuentran en la zona gris²⁹⁹ son: trabajador a domicilio, teletrabajo, los intelectuales cuya subordinación técnica o está

²⁹⁸ A nivel de complementariedad, es válido destacar: "A ello se suma que el trabajo autónomo está experimentando dos importantes cambios: 1) cuantitativo, en el curso de los últimos 10 años los índices están subiendo, y, 2) cualitativo, el cambio en el perfil profesional, extendiéndose a vastos sectores, en la Europa comunitaria, esto hace que se plantee el debate acerca de las fronteras del derecho laboral: 1. Disolver el contrato de trabajo y crear el contrato de actividad. 2. El derecho del trabajo integra al trabajador autónomo. 3. Situaciones intermedias: Italia se creó la figura del parasubordinado, como figura a mitad del camino (si bien es autónomo, se le aplican ciertas normas laborales porque es un trabajador económicamente dependiente). En Alemania la figura del semitrabajador, que también tiene la característica de ampliar el ámbito de protección. En España doctrinalmente se habla de trabajadores autónomos dependientes. El artículo 2do. Del Código Federal de Canadá creó la figura del empresario dependiente". CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 138.

²⁹⁹ En este sentido válido es mencionar decisiones tanto a favor cuanto contra la vinculación de la relación de empleo con tales autónomos, conforme ejemplifica Monteiro de Barros: Peluqueiros – TRT – 3ª Região – RO – 1187/97 – 2ª Turma – Relª: Juíza Alice Monteiro de Barros – DJ MG 26.9.1997. En sentido contrario: TRT – 7ª Região – RO – 575472002. Rel.: Juiz José R. C. Soares – DJCE 25.4.2003. Taxista: TRT – SP-20010256118-RO – 3ª Turma – 20030145028 – Rel.: Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros – DOE 15.4.03. En sentido contrario: TRT – 3ª Região – 2ª Turma – RO-4588/91 – Relª: Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG de 29.5.1992. Motoqueros entregadores: TRT – RO-01030.2003.001.14.00-4 – Rel.: Francisco de Paula Leal Filho – DJ 12.04.2004. En sentido contrario: TRT – 3ª Região – RO-2.646/01 – 2ª Turma – Relª: Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 25.4.2001. Cargadores y descargadores de mercaderías: TRT – 15ª Região – ROS -5 – 34.143/00 (Ac. 5ª Turma 14489/01) – Relª: Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri – DJSP 19.4.01. En sentido contrario: TRT 2ª Região – RO-46476200290202002 – Ac. 20030104577 – 6ª Turma – Rel.: Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro – DOESP 28.03.2003. Agente inmobiliario: TRT – 3ª Região – 2ª Turma – RO – 2376/67 – Relª: Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 22.8.97. En sentido contrario: TRT – 1ª Região – 3ª Turma – RO-6168/84, julg. 4.9.85. Rel.: Juiz João Figueiredo. Más informaciones véase MONTEIRO DE BARROS, Alice, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2006.

ausente o es muy reducida, los taxistas, los peluqueros, los cargadores y descargadores de mercaderías, los agentes inmobiliarios, los motoristas repartidores, entre otros, que también será tipificado como autónomo o empleado dependiendo de cada caso en concreto.

Se da asimismo la figura de los profesionales liberales (conocidos en España como profesionales libres), que se caracterizan por no estar subordinados a ningún superior o empresa, que aisladamente o en sociedades se organizan para prestar servicios especializados a la comunidad, aunque se diferencia de las cooperativas de trabajo asociado, visto que los primeros pueden estar reunidos con cuotas y porcentajes distintos unos de los otros. Este tipo de prestación de servicios tiende a proliferar debido a la coyuntura actual del crecimiento en la económica de la subcontratación. Tampoco se puede afirmar que los profesionales liberales, que se encuentran clasificados por el cuadro de actividades y profesiones anexo al art. 577 CLT, sean siempre autónomos, como por ejemplo profesores que son considerados como profesionales liberales que pueden tener una relación laboral con una institución de enseñanza, es decir, que no necesariamente sean autónomos.

Dada la hipótesis, no obstante, de que un ex-empleado brasileño pase a prestar servicios a la antigua empresa en la cual trabajaba, considerando los casos en que los profesionales liberales son autónomos, deja de estar bajo la tutela protectora de las relaciones de trabajo y pasa a asumir responsabilidades en el área civil y del consumidor. Si actúa como un prestador de servicios en la sociedad de consumo, y ante una remuneración, el autónomo responderá de forma absoluta – exceptuando la actuación del profesional liberal, que se percibe que la responsabilidad es subjetiva, tema mejor visto posteriormente – y de forma solidaria con los demás agentes económicos involucrados en la prestación de servicios, como por ejemplo también en el suministro de materiales y equipamientos necesarios para realizar las tareas pertinentes a la prestación de servicios. Sin contar que la responsabilidad de la contratista segundo el CDC, puede ser por vicio del servicio – en la cual la solución es más simple y es caracterizada por defecto intrínseco - o por hecho del servicio, cuya caracterización es debida al defecto que tiene su repercusión dañina es extrínseca y afecta la indemnidad física, psíquica o económica del consumidor³⁰⁰.

³⁰⁰En este sentido razona Efig, en el cual menciona que el empleado, en esta línea de raciocinio, deja de ser empleado y pasa a ser un autónomo que puede hacer equiparación a una empresa contratista, aunque la legislación brasileña no trate más específicamente de este tema, en el cual pasa a tener mucho más responsabilidades por previsión constitucional, conforme expresa el autor: “Ressalte-se que se encontra o prestador, inclusive, passível de responder com seus bens pessoais pelos danos causados. Ainda, mesmo em se tratando de empresa, poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o art. 28 do CDC. Portanto, passará o ex-empregado a fornecedor de serviços e o ex-empregador a consumidor, alterando-se os papéis e a proteção constitucional e infraconstitucional”. EFING, Antônio Carlos, *Prestação de Serviços*. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 67-68.

Diferentemente si el empleado brasileño pasa a prestar servicios disciplinados por el CCB, que se caracteriza por el recibimiento de retribución - y no remuneración – sin carácter de profesional o habitual, visto que estas dos características configurarían la relación de consumo conforme establece el CDC. De igual manera, sigue explanando Efig, el autónomo dejaría la protección legal para ingresar en el área jurídicamente desprotegida, asumiendo la responsabilidad objetiva como contratista y asumiendo integralmente los riesgos de esta actividad, conforme a lo dispuesto en el art. 927, párrafo único CCB. Según explica el autor, en la contratación debe el autónomo observar la buena fe en todos los momentos de relación con la contratante so pena de nulidad de la obligación. Son cuestiones relevantes, visto que la realización de un sueño de muchos es tener un negocio propio, so el prisma del sistema legal aplicable a estos casos, que puede representar el abandono de la protección constitucional del trabajador y de su presunción de hiposuficiencia, y la adopción de la responsabilización constitucional como proveedor en el caso del CDC, o como prestador de servicios en el caso del CCB.

Siguiendo el tema del autónomo en Brasil, es oportuno resaltar que para la legislación laboral brasileña el autónomo básicamente se rige por la Ley 4.886/65, que trata de los representantes comerciales autónomos, aunque la denominación del autónomo se encuentra definida en la Ley 8.212/91 que expresa: “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”. Según el art. 9 § 15 de la Ley 8.212/91 son ejemplos de trabajadores autónomos: el conductor autónomo de vehículo vial, el auxiliar del conductor de vehículo vial, el miembro del consejo fiscal de sociedad por acciones, la diarista, el notario, el comerciante y la persona física que edifica la obra de construcción civil. La remuneración del autónomo es la comisión, distinto de un empleado que tiene como remuneración el salario. Éste, supuestamente, cuando es contratado por una empresa no se considera en la legislación brasileña como una forma de subcontratación, y sí como una forma de contratación bilateral.

La Ley 4.886/65, y en este sentido también está de acuerdo Monteiro de Barros, dificulta más el encuadramiento del representante comercial autónomo³⁰¹, al establecer para

³⁰¹En este sentido: “Vendedor empregado ou representante comercial autônomo. (...) A doutrina abalizada (...) fornece uma classificação capaz de ajudar na aferição da subordinação jurídica, a qual considera a verificação de três espécies de elementos: elemento de certeza (trabalho controlado para a empresa em certo lapso de tempo; comparecimento periódico obrigatório; obediência a métodos de vendas; fixação de viagens pela empresa; recebimento de instruções sobre o aproveitamento da zona de vendas; e obediência a regulamento da empresa); de indício (recebimento de quantia fixa mensal; utilização de material e papel

el representante comercial además de los servicios de naturaleza no eventual, ciertos elementos a que los tribunales lo cogían para la caracterización de la subordinación jurídica: la fijación y restricción de zonas de trabajo, la prohibición de autorizar descuentos, la obligación de proveer informaciones detalladas sobre el andamio del negocio y la observación a las instrucciones del representado. Restando solamente para la caracterización de la subordinación jurídica: la obligatoriedad de comparecencia a la empresa en determinado periodo de tiempo, la obediencia a métodos de venta, ruta de viaje, cuota mínima de producción, ausencia de apreciable margen de elección de los clientes y de organización propia, y riesgo a cargo de la empresa. Estando ausente tales características, deja de ser un tema apreciado por la JT, pasando a la justicia común por tratarse de una prestación de servicios autónomos.

Más complejo y regulado, - como podrá ser constatado, y que debería ser tomado como base para la legislación brasileña - se encuentra la cuestión del autónomo en España, de la que, obviamente, solo será estudiado lo que respecta a la subcontratación. El Estatuto de los trabajadores autónomos - LETA - trata de especificar los ámbitos de aplicación, derechos y demás instrucciones necesarias para la regularización del trabajador autónomo, y la diferencia - al comparar con la legislación brasileña - es la caracterización y reglamentación (tutela y protección) de los llamados trabajadores autónomos económicamente dependientes. Los trabajadores autónomos, conforme al art. 1.1 LETA, son: "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena"³⁰², es decir, el autónomo - por el cual no será pactado un contrato laboral con su cliente, sino de carácter civil o mercantil - se encuentra

timbrado da empresa; obrigação de produção mínima; recebimento de ajuda de custo; e pessoalidade na prestação); e excludentes (existência de escritório próprio e admissão de auxiliares; substituição constante do representante na prestação de serviços; pagamento de ISS; registro no Conselho Regional de Representantes Comerciais; e utilização do tempo de forma livre). Demonstrados os elementos de certeza consistentes no trabalho com comparecimento diário a empresa, no estabelecimento prévio de toras de vendas pela empregadora e revelados, ainda, os indícios da utilização de transporte e material da demandada e da pessoalidade na prestação, sem a existência de qualquer elemento excludente válido, a relação de trabalho verificada se submete a égide do Direito do Trabalho, pois configura vínculo empregatício". TRT - 3ª Região - RO - 7798/03 (00235 - 2003 - 057-03-00-7) - 2ª Turma - Relª Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG de 2.7.2003". MONTEIRO DE BARROS, Alice, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2006, pág. 295.

³⁰²Y sigue explicando el art. 1.1 LETA: "También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo". Igualmente hay que ser mencionado el art. 9 LETA que trata de la protección de los menores: "1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo". Visto que está prohibido el trabajo autónomo de los menores de 16 años, inclusive los de orden familiar, con una excepción de su intervención en espectáculos públicos conforme los requisitos del art. 6.4 ET.

extramuros del derecho del trabajo, conforme el art. 3.3 LETA en el cual afirma que “el trabajador realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral”.

Para la legislación española, se puede considerar como autónomos, por ejemplo, los trabajadores clásicos como artesanos, agricultores, fontaneros, profesionales libres, como es el caso de médicos y abogados; o los agregados por último como los contratistas y subcontratistas y los autónomos económicamente dependientes. La Ley 32/2006 define el autónomo como la persona física que realice de forma personal y directa una actividad profesional sin que haya para tal un contrato de trabajo, asumiendo ante “el promotor, contratista o subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra”, siendo el autónomo considerado como un contratista o subcontratista si emplee en la obra a trabajadores suyos.

En lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, la LETA (conforme su art. 8.3 a 5 LETA) remite a las normas pertinentes de la LPRL; en relación a los autónomos que trabajen en locales o centro de empresa, como también fuera de la misma, con quien ha sido contratado, con la maquinaria o utensilios de ésta, la propia tendrá como responsabilidad la vigilancia del cumplimiento de las normas que corresponda. También es importante mencionar que el autónomo que considere que la actividad que está realizando sea considerada como un riesgo grave e inminente para su vida o salud, puede interrumpir tal labor y abandonar el lugar de trabajo, segundo el art. 8.7 LETA.

Los derechos pertinentes a la Seguridad Social, - que, según el art. 24³⁰³ LETA, para todos los autónomos es obligatoria - conforme el art. 23 LETA, menciona que “De conformidad con el artículo 41 de la Constitución, las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Las prestaciones complementarias serán libres”. Sigue el mismo artículo mencionando que la protección se instrumentará a través de un único

³⁰³El art. 24 LETA determina que: “La afiliación al sistema de la Seguridad Social es obligatoria para los trabajadores autónomos o por cuenta propia, y única para su vida profesional, sin perjuicio de las altas y bajas en los distintos regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, así como de las demás variaciones que puedan producirse con posterioridad a la afiliación”. En relación a la cotización a la Seguridad Social, es pertinente citar al art. 25 LETA: “1. La cotización es obligatoria en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos previstos en el artículo 15 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones de desarrollo. 2. La Ley podrá establecer bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. 3. La Ley podrá establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida”.

régimen: Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, sin que haya perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos –debido a su pertenencia a un determinado sector económico – que pueda estar encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social.

En materia de afiliación de los trabajadores autónomos, estos pueden afiliarse a un sindicato o asociación empresarial de su elección. Igualmente se puede constituir una asociación profesional específica de trabajadores autónomos, que sea sin ánimo de lucro, sino solo para la defensa de sus intereses profesionales, pero no crear un sindicato propio de trabajadores autónomos, como será visto dentro de poco.

En relación a los trabajadores autónomos económicamente, el art. 11.1 LETA los define como: “(...) aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”³⁰⁴.

Como también menciona el art. 11.2 LETA que estos trabajadores: “a. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. b. No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente. c. Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes

³⁰⁴ También es válido citar al art. 11.2 y 3 LETA: “Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones: a. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. b. No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente. c. Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. d. Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. e. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla. 3. Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes”.

económicamente. d. Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. e. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella”.

Algunas singularidades son encontradas en el régimen profesional de los trabajadores autónomos, como es el caso de la Seguridad Social que extiende a estos trabajadores la protección a los accidentes y enfermedades profesionales. También se puede mencionar como una de las singularidades la forma de contratación y acuerdos de interés profesional que debe ser por escrita y obedecer las reglas de los arts. 12 y 13 LETA; o el régimen particular de jornada y descansos, y de extinción, de interrupciones justificadas de la actividad profesional, la competencia jurisdiccional y de los procedimientos no jurisprudenciales de solución de conflictos encontrados en los arts. 14 al 18 LETA.

Más particularmente relacionado al trabajador autónomo español y la subcontratación, el trabajador autónomo puede tener sus derechos no plenamente garantizados caso su cliente – el contratante – lo haga bajo la condición de enmascarar una fraude de ley, en la cual debería ser contratada una empresa contratista y no a un trabajador autónomo, una vez que al menos los trabajadores subcontratados tendrían sus derechos laborales garantizados por el ET, diferentemente si es un autónomo, a pesar de que exista la LETA. Por ejemplo, en relación a la responsabilidad, exceptuando sus excepciones, no será solidaria visto que no existen salarios sino créditos derivados de un contrato de servicios. En este sentido la LETA, en los arts. 4.3.f y 10, reconocen al autónomo a recibir la contraprestación económicamente pactada y también puede desplegar un puente imaginario hacia el art. 42 ET.

Al respecto de la defensa colectiva de los autónomos y la subcontratación, es importante mencionar que al ser detectado una figura abusiva por parte de la empresa principal a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, y basándose en el art. 9.4.a³⁰⁵ Ley 3/2004, las asociaciones de los trabajadores autónomos tienen la legitimidad para la defensa de los intereses colectivos de este grupo. Aunque relacionado a demandas ante la

³⁰⁵ El art. 9.4.a Ley 3/2004 determina que: “4. Las acciones de cesación y de retracción en la utilización de las condiciones generales a que se refiere el apartado anterior podrán ser ejercitadas, conforme a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por las siguientes entidades: a. Las asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, de profesionales, de trabajadores autónomos y de agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros”.

jurisdicción social, conforme el art. 17 LETA – tema de debate en España debido a interpretaciones dada por la diversidad de corrientes doctrinales que no serán analizadas en este estudio³⁰⁶ -, éste menciona la competencia por el orden social sin excepciones en todos los casos que sea un conflicto entre el trabajador autónomo y su cliente.

Otras breves características deben ser mencionadas como es el caso de los derechos colectivos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes subcontratados, en el cual se percibe que la defensa de los intereses de este colectivo puede confluir con la de los trabajadores asalariados que prestan servicios en la prevención de riesgos laborales, como sería el caso de la prevención de los riesgos laborales, tema mejor analizado en el siguiente capítulo.

A pesar de no poder existir un sindicato específico de trabajadores autónomos, esos pueden agruparse en asociaciones o afiliarse a otros sindicatos ya existentes. Muchas discusiones son hechas en relación a cómo deben estar reglamentadas y las diferentes teorías creadas por la doctrina de cómo interpretar el LETA en consonancia al art. 42 ET y respectivos enlaces jurídicos de interés. En este sentido es razonable citar el posicionamiento de Rivas Vallejo: “(...) podría plantearse la celebración de acuerdos de consenso entre ambos representantes que aunaran acuerdos por los que pudieran vincularse convenios colectivos y acuerdo de interés profesional en el ámbito de la representación de los trabajadores en estas cuestiones precisamente, esto es, cuando confluyan intereses producto de la subcontratación con prestación de servicios compartida bajo la dependencia o paradedendencia de la misma empresa (sea empleadora o cliente)”³⁰⁷, entre otros planteamientos doctrinales hechos a cerca del derecho de negociación³⁰⁸.

³⁰⁶ Mayores informaciones sobre este tema véase a RIVAS VALLEJO, Pilar, La subcontratación de obras y servicios con trabajadores autónomos económicamente dependientes, Actualidad Laboral N. 4, La Ley, Madrid, 2009.

³⁰⁷ Y sigue explicando el autor: “Al margen de esta hipotética posibilidad, si el art. 42.7 ET establece un sistema de representación articulada para dar amparo a los trabajadores asalariados integrados físicamente en el círculo organizativo de la empresa principal pero al servicio de la empresa contratista y por tanto externa a ésta, no ocurre lo mismo con la LETA, en tanto que el colectivo afectado no goza de reconocimiento explícito de derechos de representación que dicha Ley pueda vincular y equiparar al régimen de la subcontratación par extender las facultades representativas de los órganos de la empresa principal hacia los TRADE, ni siquiera para coordinar funciones y derechos de representación de éstos con los propios de los asalariados con los que comparten dependencias. Sin embargo, al amparo del art. 42.7 ET podría sostenerse la viabilidad de dicho sistema coordinado, especialmente cuando se disponga expresamente bien en el convenio colectivo bien en el acuerdo de interés profesional, en particular si existe una cláusula de reenvío recíproco en tal sentido, que la legislación vigente tampoco impide”. RIVAS VALLEJO, Pilar, La subcontratación de obras y servicios con trabajadores autónomos económicamente dependientes, Actualidad Laboral N. 4, La Ley, Madrid, 2009, págs. 384-385.

³⁰⁸ Para mayores informaciones véase RIVAS VALLEJO, Pilar, La subcontratación de obras y servicios con trabajadores autónomos económicamente dependientes, Actualidad Laboral N. 4, La Ley, Madrid, 2009, págs. 385-387.

Otra figura a ser destacada es en relación al autónomo en el sector de la construcción, a pesar de que, en el tercer capítulo, este tema será mejor analizado, y que introduce una limitación al encadenamiento de la subcontratación en tres niveles máximos, inclusive para los casos de que el autónomo tenga empleados éste es comparado a un contratista; tema que podría ser de ejemplo para Brasil. También se fue observada la duplicación de responsabilidades solidarias para los casos de contratación de obras y servicios de la propia actividad y de incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro y también por el incumplimiento del instituto de la subcontratación. Siendo objeto de estudio en el próximo capítulo los aspectos críticos, licitudes, cesiones ilegales, ventajas, implantación entre otros temas de la subcontratación.



CAPITULO II

ASPECTOS CRÍTICOS DE LA
SUBCONTRATACIÓN.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL USO DE LAS
CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.

4. Aspectos críticos de las contrataciones y subcontratas

“Caminante no hay camino, se hace camino al andar”

Antonio Machado

183

No solamente Brasil y España están pasando por una crisis financiera como repercusión del estancamiento de la economía mundial. En América Latina, en general, y varios otros países el desempleo llega hasta un 10%, tasa muy alta y preocupante para los gobiernos de esos países; esto se asemeja a la situación del inicio de la década de 80 y la de los 90, cuando pasaban por el fenómeno de alta deuda externa y ausencia de crecimiento económico continuado³⁰⁹; desde entonces, Brasil pasa por una de las peores crisis de desempleo de toda su historia.

Aunque en la actualidad, y muy influenciado por la crisis económica y financiera que pasa la sociedad brasileña, las cosas se perciben de forma diferente de lo pregonado por los primeros autores brasileños que eran a favor de la reestructuración empresarial a través del uso de la subcontratación-como ya se había mencionado en la parte histórica de la subcontratación-, dado que los trabajos no son remunerados de manera correcta, sino también las contrataciones son abusivas y en varios casos no dejan oportunidades a los trabajadores.

Muchas veces la realidad presenta dos alternativas para los trabajadores: o someterse a las reglas dictadas por el empleador - de una manera en general, empresas contratistas o no - o depararse con el difícil paro que aumenta acentuadamente con el pasar de los años en

³⁰⁹En este sentido es necesario mencionar la obra del Prof. Palomeque López y del Prof. Cabero Morán en que comentan las repercusiones en España de las crisis de los años 90: “La nueva crisis económica instalada en las economías desarrolladas a principios de los años noventa, de la que una vez más el desempleo se convierte en su más grave expresión (además de las turbulencias monetarias estructurales, el estancamiento económico, el déficit público y los rebrotes inflacionarios) se encuentra también en la base, naturalmente, de las iniciativas gubernamentales de adaptación del marco normativo de las relaciones laborales. La “gravedad de la situación económica” y su “incidencia en el mercado de trabajo” no dejan de ser, como se sabe, las principales razones de la decisión llevada a cabo por el RD-L 18/1993 (expresadas de modo inequívoco en su exposición de motivos) de “acometer, de manera decidida y urgente, la reforma de las relaciones laborales con el objetivo de luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo”. (...) Así pues, las secuelas de la nueva situación de crisis económica, por lo que a la ordenación jurídica de las relaciones de trabajo se refiere, son entre otras, la individualización de las relaciones laborales (y consiguiente crisis de la negociación colectiva, con propuestas de exclusión de personas y contenidos de su ámbito), la desregulación del mercado de trabajo (flexibilización de su marco institucional), el asalto a las instituciones del Estado de bienestar a raíz de la culpabilización de lo que se han considerado sus excesos en materia de protección social, la moderación de las reivindicaciones salariales, la difuminación de la presión sindical, las políticas de concentración social (“neocorporativismo”), etc.”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y CABERO MORÁN, Enrique, Todo sobre las primeras normas de reforma del mercado de trabajo, Praxis S.A., Barcelona, 1994, págs. 08-09.

Brasil. De esta forma se percibe una desestructuración en el sistema de protección al trabajador de una manera en general. En España, también es percibida la crisis actual, en la cual se debe estar pendiente que no se utilicen de forma desmesurada la subcontratación y que cómo consecuencia haya la precarización laboral del trabajador español.

Es válido mencionar que Brasil fue uno de los países considerado dentro de las 20 economías mundiales que tuvo la tasa de desempleo más alta, entre los años 1995 a 2002. Tasa que podría haber sido menor, si la legislación brasileña fuera más compatible con la realidad³¹⁰. No ofrece ningún aporte la discusión de no aceptación por parte de los representantes de los trabajadores acerca de la globalización y también lo de la subcontratación, pues estos no son fenómenos al que la sociedad pueda huir, se encuentran bastante presentes en el cotidiano social. La resistencia a la globalización solo dificulta los cambios en el régimen jurídico, que tarde o temprano será forzoso hacerlos, que lo ideal es realizarlo de una manera progresiva para que la sociedad no sufra tanto impacto.

El planteamiento es: ¿Cómo preparar a los trabajadores para estos cambios? Lo que es cierto es que los costes se tornan cada vez más cambiantes y por eso hay una mayor flexibilidad en los modos de producción³¹¹. En Brasil, en la práctica, el trabajador no puede pensar que la capacitación va a ser una prioridad de las empresas. Éstas no invierten en el aprendizaje, solo lo que necesitan en el momento, ya que quieren trabajadores capacitados, pero lo que es cierto es que, infelizmente, la capacitación debe ser una preocupación del trabajador siendo él mismo quien tenga que buscar su propia especialización.

³¹⁰Al respecto: "No obstante, a pesar de los avances mencionados del derecho del trabajo, en los últimos años la cuestión laboral se ha vuelto compleja, lo que obliga al derecho a revisiones constantes con el fin de hacer más justas las relaciones laborales y, por donde, dotar de niveles superiores de vida a los trabajadores". BERMÚDEZ CISNEROS, Miguel, Derecho del trabajo, Oxford, México D.F., 2005, pág. 15.

³¹¹En este sentido: "Segundo Castell, as empresas vêm adotando a flexibilidade interna - a polivalência, a disponibilidade para atender as flutuações da demanda que exigem um operário rápido, ágil e multifuncional - e a flexibilidade externa - através da subcontratação (ou terceirização). Há um processo de "desestabilização dos estáveis", de "instalação da precariedade", de constituição de um "déficit de lugares" na estrutura social, com homens e mulheres ocupando uma posição de "supranumerários" ou de "inúteis para o mundo". Assim, a perda do emprego ou a perda de uma inserção estável no emprego criam uma condição de insegurança e um modo de vida e de trabalho precários, nos planos objetivo e subjetivo, implicando a ruptura dos laços e dos vínculos, numa extrema vulnerabilidade social e na condição de "desfiliação" social. Nesta perspectiva, o processo de precarização ocorre em todos os campos do emprego, inclusive daquele estabilizado, inserindo-se no núcleo mais organizado do mercado de trabalho e, assim, tornando-se parte da dinâmica do capitalismo. Para Castell, o processo de precarização percorre algumas das áreas de emprego estabilizadas há muito tempo. Novo crescimento dessa vulnerabilidade de massa que, como se viu, havia sido lentamente afastada. Não há nada de "marginal" nessa dinâmica. Assim como o pauperismo do século XIX estava inserido no coração da dinâmica da primeira industrialização, também a precarização do trabalho é um processo central, comandado pelas novas exigências tecnológico-econômicas da evolução do capitalismo moderno". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 32.

En España, el art. 11 ET trata de los contratos de formación, que es similar a la Ley 11.788/08 brasileña que trata del “estágio”. El empresario tiene la obligación de formar e informar al trabajador principalmente sobre los riesgos laborales. El art. 24 LPRL también es importante porque trata de la coordinación de actividades empresariales y de la importancia de la prevención de riesgos laborales, inclusive al tratar de la subcontratación, al mencionar que los trabajadores subcontratados deben recibir la información y las instrucciones adecuadas para la ejecución de sus labores, y la empresa principal deberá vigilar si estos siguen las reglas de la LPRL.

Igual hay cursos vinculados a la empleabilidad gestionado por los servicios públicos de empleo estatal y de las comunidades autónomas, como también los convenios colectivos contemplan acuerdos para la formación y la formación continua; conforme se puede observar en la Ley de empleo, el Capítulo II que trata de las políticas activas de empleo, más específicamente el art. 23 y 25, 1, b) y 2 Ley 56/2003. Tampoco se puede dejar de mencionar la Ley Orgánica de las Cualificaciones y de la Formación Profesional 5/2002³¹².

³¹² Conforme se percibe en una trecho de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2002: “El derecho a la educación, que el artículo 27 de la Constitución reconoce a todos con el fin de alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respecto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, tiene en la formación profesional una vertiente de significación individual y social creciente. En esta misma línea y dentro de los principios rectores de la política social y económica, la Constitución, en su artículo 40, exige de los poderes públicos el fomento de la formación y readaptación profesionales, instrumentos ambos de esencial importancia para hacer realidad el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio ó la promoción a través del trabajo. En efecto, la cualificación profesional que proporciona esta formación sirve tanto a los fines de la elevación del nivel y calidad de vida de las personas como a los de la cohesión social y económica y del fomento del empleo. En el actual panorama de globalización de los mercados y de continuo avance de la sociedad de la información, las estrategias coordinadas para el empleo que postula la Unión Europea se orientan con especial énfasis hacia la obtención de una población activa cualificada y apta para la movilidad y libre circulación, cuya importancia se resalta expresamente en el Tratado de la Unión Europea. En este contexto, es necesaria la renovación permanente de las instituciones y, consiguientemente, del marco normativo de la formación profesional, de tal modo que se garantice en todo momento la deseable correspondencia entre las cualificaciones profesionales y las necesidades del mercado de trabajo, línea ésta en la que ya se venía situando la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, que señala como objetivo de la política de empleo lograr el mayor grado de transparencia del mercado de trabajo mediante la orientación y la formación profesional; la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores (en el mismo sentido el actual texto refundido del Estatuto de los Trabajadores), que considera un derecho de los trabajadores la formación profesional; la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que se propuso adecuar la formación a las nuevas exigencias del sistema productivo, y el Nuevo Programa Nacional de Formación Profesional, elaborado por el Consejo General de Formación Profesional y aprobado por el Gobierno para 1998-2002, que define las directrices básicas que han de conducir a un sistema integrado de las distintas ofertas de formación profesional: reglada, ocupacional y continua. En esta misma línea aparecen los Acuerdos de Formación Continua y los Planes Anuales de Acción para el Empleo. En esta tendencia de modernización y mejora, que se corresponde con las políticas de similar signo emprendidas en otros países de la Unión Europea, se inscribe decididamente la presente Ley, cuya finalidad es la creación de un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional que, en el ámbito de la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1.1 y 30, con la cooperación de las Comunidades Autónomas, dote de unidad, coherencia y eficacia a la planificación, ordenación y administración de esta realidad, con el fin de facilitar la integración de las distintas formas de certificación y acreditación de las competencias y de las cualificaciones profesionales. El sistema, inspirado en los principios de igualdad en el acceso a la formación profesional y de participación de los agentes sociales con los poderes públicos, ha de fomentar la formación a lo largo de la vida, integrando las distintas ofertas formativas e instrumentando el reconocimiento y la acreditación de las cualificaciones profesionales a nivel nacional, como mecanismo favorecedor de la homogeneización, a nivel europeo, de los niveles de formación y acreditación profesional de cara al libre movimiento de los trabajadores y de los profesionales en el ámbito del mercado que supone la Comunidad Europea. A tales efectos, la Ley configura un Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales como eje institucional del sistema, cuya función se completa con el procedimiento de acreditación de dichas cualificaciones, sistema que no deroga el que está actualmente en vigor y que no supone, en ningún caso, la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas en los términos previstos en el artículo 36 de la Constitución Española(...)”.

Regresando a la cuestión del desempleo, en la práctica cotidiana lo que se denota en la sociedad brasileña es que debido al desempleo, el trabajador en primer momento acepta la subcontratación, llegando a constituir una empresa contratista y hacer un contrato con la empresa contratante de la cual fue un día empleado. Pero después, al fracasar su empresa nueva, o desmejorar la calidad de vida que tenía antes como empleado de la empresa principal, empiezan a surgir los problemas y recurren a los tribunales en materia laboral, intentando una demanda de reconocimiento de una relación de empleo. En España, pasa algo parecido, la empresa despedía y volvía a contratar con el antiguo empleado pero éste como dueño de su propia empresa o como un trabajador autónomo.

El crecimiento desordenado de la subcontratación produce efectos negativos en muchos temas, como: el económico, el empresarial, el sindical, entre otros. En relación al primero, conjuntamente con la falta de una estructuración e inversiones en la economía de un país, este hace que aumente el número de desempleos³¹³.

Se percibe hasta hoy, inclusive, que el crecimiento desordenado refleje en las diversidades de demandas judiciales como se puede percibir - sin contar con la última mudanza del Enunciado 331 TST en el 24 de mayo de 2011, que virán más decisiones aún- en las decisiones tomadas por el judiciario brasileño en 2011: "TRT16 - Tribunal decide que tomadora de serviço responde subsidiariamente pelo pagamento de verbas trabalhistas, Publicado em 3 de Junho de 2011 às 11h04; STF - Suspensa demissão de terceirizados em Furnas para evitar transtornos no serviço de energia, Publicado em 17 de Junho de 2011 às 09h37; TST - Justiça do Trabalho não reconhece contrato para pesquisa como terceirização, Publicado em 21 de Junho de 2011 às 11h26; C.FED - Comissão discutirá terceirização com

³¹³En este sentido, es válido complementar con la autora Dantas de Lima: "Muitos empregados demitidos não conseguirão retornar ao mercado de trabalho, indo para o trabalho informal, ou, mesmo, ficam desempregados, por circunstâncias as mais diversas. Entendemos que, na empresa menor, o trabalhador desempenhará a mesma função que exercia no setor extinto da empresa principal e, quanto a direitos, a situação deveria permanecer idêntica, ou seja, dever-se-iam preservar e garantir os direitos mínimos do contrato de trabalho, pois, qualquer que seja o mecanismo de modernização adotado, sempre existirá, em seu contexto, trabalhadores, na condição de empregados, e assim sendo, incidirá sobre eles a tutela da lei trabalhista, garantidora de um elenco mínimo de direitos impostergáveis. Observa-se que as normas trabalhistas continuam em vigor, sendo os trabalhadores beneficiários, ainda, de outras conquistas sociais, via sindicatos, em convenções coletivas ou decisões normativas, prolatadas pela Justiça do Trabalho, em dissídios coletivos". DANTAS DE LIMA, Rusinete, Aspectos teóricos e práticos da terceirização do trabalho rural. Cooperativas de trabalho rural, LTr, São Paulo, 1999. pág. 52. A nivel de complementariedad, también es oportuno hacer una crítica de como el fenómeno de la subcontratación se refleja actualmente en la sociedad. De la misma forma que sucedió antiguamente en relación con la revolución industrial, que la sociedad en general creía que las máquinas quitarían el trabajo a los seres humanos y que sería un caos social. Se ha reflejado en el cine tal problemática de forma irónica en 1936 con el largometraje "Tiempos Modernos", dirigido, escrito y protagonizado por Charles Chaplin. Igualmente se puede citar en la actualidad, el capítulo 373 denominado "Kiss kiss, bang Bangalore" de la 17ª temporada de la serie "The Simpsons" (una serie que hace una parodia satírica del estilo de vida de la clase media estadounidense), creada por Matt Groening con estreno mundial en 9 de abril de 2006, y estrenado en España en 28 de abril de 2007, que hace una crítica de la banalización de la subcontratación.

confederações trabalhistas, Publicado em 28 de Junho de 2011 às 12h59; TST - Súmula 331 prevê responsabilidade subsidiária em relação a todas as verbas, Publicado em 4 de Julho de 2011 às 10h49; TST - Terceirizado de caixa rápido consegue enquadramento de bancário do Banco Santander Brasil S.A., Publicado em 8 de Julho de 2011 às 09h20; TRT3 - Juíza aplica nova redação de súmula do TST sobre responsabilidade subsidiária de órgãos públicos, Publicado em 8 de Julho de 2011 às 09h51; TST - SENAC responderá por parte das verbas devidas a vigilante terceirizado, Publicado em 16 de Junho de 2011 às 10h29; TRT10 - Empregados de empresas terceirizadas da CELTINS em greve, Publicado em 19 de Julho de 2011 às 10h27; TRT16 - Consórcio é condenado a pagar por dano moral e débitos trabalhistas de empresa contratada, Publicado em 22 de Agosto de 2011 às 10h48; TST - Médico terceirizado obtém vínculo direto com instituição onde dava plantão, Publicado em 1 de Setembro de 2011 às 10h05; TRT3 - Turma declara fraude na contratação de trabalhadora pelo SENAC por meio de cooperativa, Publicado em 2 de Setembro de 2011 às 14h25; TST - SDI-1 garante isonomia a empregado terceirizado da CEEE, Publicado em 6 de Setembro de 2011 às 10h14; TST - Estado de SC se livra de condenação subsidiária devida a cozinheira de escola, Publicado em 14 de Setembro de 2011 às 10h55³¹⁴, entre otras.

Hay también corriente más flexible, la cual cree que la subcontratación no es una de las causas del desempleo, sino por el fenómeno causado por los nuevos métodos y tecnologías del mercado, o en otras palabras, la globalización entre tantas otras teorías ecléticas o adversas también. Mientras que una parte de la doctrina considera que la subcontratación es uno de los artificios usados por la sociedad para crear nuevos puestos de trabajo, aunque en peores condiciones, o como dice esa corriente, flexibles puestos de trabajo, que indudablemente son más precarios por no asegurar todos los derechos y beneficios laborales a los empleados, pues consideran que es una de las medidas a ser tomadas en las empresas para la disminución de los costes operacionales.

Los adeptos de la subcontratación que la consideran como algo perjudicial para la sociedad de un país, creen que el resultado es el crecimiento de pequeñas o medianas empresas que ofrecen menores condiciones remuneratorias de salario, en cambio de los mismos trabajos ejecutados anteriormente. Consideran que una de las maneras frecuentes de creación de empresas de subcontratación es del antiguo trabajador, que se torna en un

³¹⁴ Disponible en: newsletter@iob.com.br

pequeño empresario o autónomo y va a prestar servicios a la misma empresa en que trabajó y/o a otras.

Se puede comprobar con los resultados de un análisis hecho por el DIEESE - Brasil, en el que fueron tomadas como muestra 40 empresas y los resultados de los efectos de la subcontratación sobre las condiciones del trabajo fueron alarmantes: a. Disminución de los beneficios sociales -72,5%; b. Salarios más bajos -67,5%; c. Ausencia de equipamientos de protección, falta de seguridad, insalubridad -2,5%; d. Trabajo menos cualificado -7,5%; e. Trabajo sin registro -7,5%; f. Pérdida de la representación sindical -5,0%; g. Jornada más extensa -5,0%³¹⁵.

Otro dato importante a ser considerado es el de la Secretaría de Inspección del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Empleo, que identificó una disminución de cercana a R\$ 350 millones por año en el FGTS, debido a la no recaudación de los porcentuales de esto de las empresas de subcontratación. El propio Ministro del Trabajo ya identificó los sectores de uso de contrata y subcontratas que contienen más irregularidades: construcción civil, electrodomésticos, conservación y limpieza, vigilancia, informática y alimentación³¹⁶.

Son fatídicos los reflejos causados por la flexibilización y en específico por la subcontratación; basta analizar los indicadores del IBGE sobre la productividad industrial brasileña en el final del siglo XX, ya que entre los años de 1985 y 1999 fueron creadas en el país 20 mil nuevas empresas, teniendo un crecimiento de 21,1%. Sin embargo, 480 mil puestos de trabajo se extinguieron, lo que hace que haya una reducción de 8,8% del total de las contrataciones laborales³¹⁷.

Otra de las características encontradas en las empresas de subcontratación brasileñas, como también en las españolas, es la alta rotatividad de los trabajadores, principalmente en las profesiones de menor nivel de escolaridad exigida; estos tienen más dificultades para conseguir buenos empleos, debido a la falta de especialización, como anteriormente se mencionó, por exigencia del mercado laboral, que se encuentran al margen del sistema.

³¹⁵Fuente extraída de LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 172.

³¹⁶LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 173.

³¹⁷Fuente extraída de NEVES DELGADO, Gabriela, *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*, LTr, São Paulo, 2003, pág. 170.

Cuanto más especializado, aunque no se puede considerar como una regla estricta, más oportunidades de seguridad en su puesto de trabajo tiene, como también oportunidad de promociones y acumulación de tiempo de servicios. Sin contar con mejores salarios en comparación con la media brasileña de remuneraciones, a diferencia de los menos escolarizados, aquí existe todavía un mayor índice de rotatividad en los trabajos, cuestión mejor analizada en el punto de formación profesional y la subcontratación.

Aunque no hay solamente la rotatividad de los empleos exclusivamente en los puestos de trabajos con bajo nivel de estudios, visto que la empresa obedece exclusivamente a sus propias necesidades para adecuarse a las exigencias del mercado, como por ejemplo: si hoy se necesita un experto en robótica para la producción de un bien y mañana se cambia por exigencias del propio mercado y se necesita un experto en mecánica. Es necesario rotar al personal a otros puestos, es decir cambiar al ingeniero a otro puesto o despedirlo, por ello, en la rotación no interviene el nivel de especialización de los trabajadores, sin embargo, los que están más formados o capacitados -que no es lo mismo que especializados, es más, es exactamente lo contrario-, pueden ocupar diversos puestos en la rotación. En el caso de España, simplifica una vez que también se puede subcontratar labores considerados como de la propia actividad, subcontratando cuando le sea necesario un ingeniero mecánico, tomando como base el ejemplo expuesto arriba.

Se transforma en un ciclo: a mayor número de empresas contratistas, mayor rotatividad de los trabajadores en ellas y mayor rotatividad principalmente en las empresas contratantes, por una razón muy sencilla, no tienen obligaciones con los trabajadores de la contratista, cambiando siempre lo que le conviene, dando más inseguridad en el puesto de trabajo. Lo que se convierte en una guerra psicológica interna entre los propios trabajadores, aumentando la competencia como medio de supervivencia; las empresas se aprovechan de esta situación, por la tan alta demanda de trabajadores, imponiendo sus propias reglas. La sujeción de los trabajadores sumado a una fragmentación del poder de la clase trabajadora como un todo, y cerrando la cadena del ciclo, haciendo que se creen nuevas empresas contratistas, empleando trabajadores en contrapartida de menores salarios y precarizando el poder adquisitivo de estos de una manera general.

Es válido resaltar una encuesta hecha por el Instituto de Economía de la Universidad de Campinas – UNICAMP, en que afirma que el coste medio de una hora laboral en el sector industrial de los países, en los parámetros centrales de la economía varió, en los años 1993

entre U\$ 4,64 e U\$ 24,87. Japón fue el país con mejor remuneración por hora trabajada, haciendo un total de U\$ 24,87; en EE.UU. fue de media U\$ 16,40; en Francia U\$ 16,26; en España U\$ 11,73; en Portugal U\$ 4,64; en Hong Kong U\$ 4,21, mientras que en Brasil fue de U\$ 3,08. Por un lado los economistas critican las bajas remuneraciones de un trabajador medio, pues son mucho más bajas que las condiciones mínimas de dignidad de una familia.

A diferencia de otros economistas que afirman que en relación con el punto de vista de comercio internacional es una ventaja, porque las transnacionales buscan países con la mano de obra más rentable posible, pero claro, no es sólo este factor el que influye al momento de instalar un complejo industrial en un país.

El argumento de la clase empresarial sobre el impacto de la flexibilización³¹⁸ es que con el excesivo coste que tienen con los trabajadores, ocasiona un obstáculo en la competencia con otras empresas. Como también, consideran un obstáculo para el crecimiento de la economía brasileña. Argumentación cómoda, aunque bastante realista al analizar la corrupción, impunidad y falta de compromiso de los gobernantes brasileños- principalmente lo que tiene que ver con el económico - para con la sociedad, realidad fatídica contrastada en Latinoamérica. Inclusive porque si no hay un incremento en la economía interna, es muy difícil que haya posibilidad de detener la gran cantidad de empleos informales y creciente número de empresas contratistas.

Otra faceta de la subcontratación es, desafortunadamente, que una gran parte de las empresas contratistas por falta de presupuesto o por economía de costes, descuiden y no ofrezcan al trabajador las mismas condiciones de seguridad y salud laboral que ofrecían las antiguas empresas principales. Con esta degradación del ambiente del trabajo se aumentan los riesgos de accidentes laborales³¹⁹, tema también que será mejor analizado en el próximo capítulo.

³¹⁸En este sentido es importante la citación del pensamiento de Becerra Diniz, destacando que la tercerización tiene el significado de contratas y subcontratas: "a terceirização insere-se em um contexto maior de flexibilização do trabalho, apontando diversos malefícios, como precarização do trabalho, desemprego, redução salarial, piora nas condições de saúde e segurança, degradação do ambiente de trabalho, dificuldade de organização sindical etc, porém em outro ponto passa sinais de perplexidade frente ao fenômeno, chegando a afirmar que "A terceirização, como já explicitado, foi uma saída da classe empresarial à necessidade de barateamento da mão-de-obra; ao contrário do que pensam alguns, não deve ser simples e absolutamente proibida (como tentou fazer o Enunciado nº 256); é um sinal dos tempos, e como tal deve o direito do trabalho compreendê-la e decifrar suas estruturas, a fim de poder encontrar soluções para a classe trabalhadora, à quem ele serve, dentro desse novo contexto socioeconômico". E ainda ignora a diferenciação entre "marchandage", ou tráfico e intermediação de mão-de-obra e terceirização, pois afirma que "muitos de seus efeitos são similares, pois partem de uma base comum, a subcontratação de mão-de-obra". LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização, Op.Cit., págs. 97-98.

³¹⁹ Interesante es la discusión de la doctrina acerca del tema, pues dos autores renombrados debaten sobre la subcontratación y sus efectos en la seguridad en el ambiente de trabajo. Pinto Martins acredita que la subcontratación iba a mejorar las condiciones

En el caso de querer evitar la aglomeración dentro de las empresas, por ejemplo, la empresa misma debería trasladarse para establecimientos más grandes y mejorar las técnicas de seguridad especificadas para cada puesto de trabajo. Como también, mejorar la calidad de vida de los empleados en su horario de labor o adecuar el espacio físico y mejorar a través de técnicas ambientales y logísticas, facilitando el confort y bienestar del trabajador dentro de la empresa. En el caso más específico de España, debido a las exigencias de la Unión Europea, hay un mayor control en todos los Estados miembros de las normas de prevención de riesgos laborales.

Es oportuno citar a Carelli en relación a la precarización del ambiente laboral, que hace un resumen de las causas: la precarización de la situación laboral del trabajador; la dificultad de la efectiva representación y defensa sindical; la fragmentación del ambiente de trabajo con la falta de cohesión comunitaria; la menor remuneración; la menor calificación y posibilidad de calificación; la menor experiencia en la función, el menor conocimiento de la situación específica del trabajo; y los mayores riesgos de las actividades ejercidas³²⁰. Puntos que serán mejor analizados en el próximo capítulo.

Autores como Godinho Delgado defienden la estrategia del “control civilizatorio de la subcontratación”, al menos dirigido a la realidad brasileña. La primera garantía que explica es la de la isonomía salarial, en la que el trabajador subcontratado reciba el mismo salario que un trabajador común de la empresa contratante, siempre que tenga idéntica o similar función.

El objetivo es expandir esta teoría para todas las hipótesis de trabajadores de la contratista, saliendo apenas del ámbito de los trabajadores temporales de la referida ley, en caso que se entienda la tercerización como toda triangulación existente en una utilización del

laborales y ambientales porque se acabaría el trabajo aglomerado de muchos empleados, y la consecuencia sería la disminución del riesgo y de accidentes laborales, o en otras palabras, traería una mayor protección al trabajador. La doctrina opuesta como es el caso de Carelli, defiende que si las normas contra los riesgos y accidentes laborales fuesen cumplidas por una empresa no habría riesgo o al menos se disminuiría la probabilidad de algún accidente. A nivel de la problemática de la descentralización productiva y prevención de riesgos laborales es importante mencionar, una de los problemas laborales apuntado por autores relacionado con este nuevo modelo estructural-económico: “Una de las cuestiones más interesantes que puede plantearse en torno a los procesos de descentralización productiva es su relación con la aplicación y exigencia de la normativa de prevención de riesgos laborales y con la efectividad de los deberes y obligaciones que la misma dispone. La descentralización productiva, que aparece no ya como un fenómeno esporádico a que el Derecho ha de dar respuesta particular, sino como una expresión más que generalizada, manifestación de la libertad organizativa empresarial, lícita, presenta elementos relativamente novedosos en relación con la concepción que parece mantener la regulación de trabajo en nuestro Ordenamiento. Elementos que se centran en un proceso continuo de complejidad subjetiva que, cuando menos, requiere o “reclama la necesidad de rediseñar el sistema de tutela y de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores””. VALVERDE ASENCIO, Antonio José, Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales, en AA.VV. Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 303.

³²⁰ LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 190.

trabajo humano. Afirma el autor que esa sería la mejor manera de evitar prácticas discriminatorias entre los trabajadores. Hay otros autores, como por ejemplo de Hazan, que defienden todavía una ampliación de los derechos, basándose en la teoría del control civilizatorio de la subcontratación, que es no sólo extender la igualdad de los salarios, sino también los beneficios originados de los convenios colectivos o sentencias normativas aplicables a los trabajadores de la empresa principal.

Siguiendo la misma corriente favorable al control civilizatorio en contraposición a la precariedad del trabajo humano, Neves Delgado señala que acordando que tercerización quiere decir subcontratación, demuestra que hay decisiones en este sentido, que son: “Terceirização – tratamento isonômico da mão-de-obra. A chamada terceirização não pode ser tida de forma tão ampla como pretendeu o reclamado. É lícita a prestação de serviços nos exatos limites impostor pelo direito do trabalho, que tolera tal procedimento, em se tratando de serviços não ligados à atividade essencial da empresa-cliente ou quando não tenha havido a presença de pessoalidade e subordinação, como expressamente ressalvada pelo enunciado 331, item III. Não há como admitir que um trabalhador, laborando em igualdade de condições, mediante subordinação, não venha a auferir os mesmos benefícios de outros, simplesmente por não ter sido formalmente admitido pelo mesmo empregador. Todos os preceitos constitucionais o legais que trazem como fundamento o princípio da isonomia apontam para uma desconsideração do que se poderia chamar de diferenciações formais ou periféricas, para conferir igualdade de tratamento aos que substancialmente se igualam. Sem perder de vista o princípio geral da igualdade, inculcado expressamente no caput do art. 5º da Constituição da República e através de analogia, autorizando o seu uso pelo art. 8º da CLT³²¹, há de ser reformada a sentença quanto ao indeferimento dos pedidos pela rejeição da aplicação das normas coletivas que regulam as condições de trabalho dos empregados diretamente contratados pelo tomador de serviços”³²².

³²¹ Como todavía no hay ley específica sobre la subcontratación y conforme el art. 8º CLT en que define que en los casos de lagunas en la ley laboral la autoridad administrativa y judicial cabrá a los competentes utilizarse de jurisprudencia, analogía, equidad y otros principios y normas generales de derecho, principalmente de derecho del trabajo, entre otras sugerencias dadas por tal artículo, (“Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito Comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”), se percibe que hay una acomodación, no justificada, de tal precepto legal para no presionar al poder legislativo para providenciar una legislación satisfactoria sobre la subcontratación.

³²² Fuente extraída de NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização. Op.Cit., pág. 178.

El siguiente aspecto del control es el de la responsabilidad de la contratante, mejor estudiado posteriormente, en la cual los adeptos de esta corriente no están de acuerdo con el Enunciado 331 TST y su nueva modificación de mayo de 2011, el cual no trata el tema de manera suficiente, pues no especifica la responsabilidad de todas las formas que podrían ocurrir en la subcontratación. Una de las cuestiones es la ausencia de regulación en los casos de subcontratación ilícita, pues apenas nombra que se dará el vínculo directo entre el trabajador subcontratado y la empresa principal, como será mejor analizado después. Inclusive la legislación brasileña debería tomar como base, como será visto, el caso español, en que puede haber sanciones administrativas y penales para tales cesiones, y no simplemente que sea reconocido el vínculo del trabajador subcontratado con la contratante como es en el caso brasileño. A nivel de responsabilidad en la subcontratación en Brasil, en los casos de cesión ilegal de mano de obra, será remitido, como ya se había visto, al precepto del CCB, que trata sobre la responsabilidad solidaria³²³.

El último tema a ser abordado acerca del control civilizatorio de la subcontratación, estaría relacionado con los sindicatos, cuestión ya comentada antes y mejor especificada en el próximo capítulo, en relación a la problemática de su amplitud de actuación y representación. En el caso de los trabajadores de la contratista, sus sindicatos son por categoría profesional siendo su vinculación hecha con la empresa contratista, dificultando de esta manera la organización sindical y haciendo que la fuerza y el poder de negociación, se torne menos eficiente y representativo comparado con el modelo tradicional, una vez que se distribuye entre varias empresas contratistas³²⁴.

En España, a pesar de no existir ninguna teoría doctrinal parecida a del control civilizatorio, muchas de sus preocupaciones y teorías están plasmadas en las líneas sindicales: como ejemplo la delimitación de las cadenas de subcontratación, debate sindical hace años, y

³²³ Sería la mejor interpretación dada, la de la responsabilidad solidaria, del mismo modo debería ser en todas las hipótesis de la subcontratación, a diferencia del entendimiento del enunciado 331 TST, pues no se debería beneficiar a nadie, las dos son igualmente responsables por los trabajadores subcontratados, independientemente de ser lícita o ilícita la subcontratación, y no sólo en el último caso. Pues con la responsabilidad subsidiaria permite la proliferación de subcontrataciones en cadenas en lo cual se nota de difícil conocimiento para el trabajador de la contratista el empleador principal y los demás que hacen parte de la contratación, y por consecuencia mayor obstáculo en el momento de reivindicar sus derechos laborales.

³²⁴ Pertinente son las palabras de Godinho Delgado, resaltando que la tercerización tiene el significado de contratar y subcontratar: "A idéia de formação de um sindicato de trabalhadores terceirizados, os quais servem a dezenas de diferentes tomadores de serviços, integrantes estes de segmentos econômicos extremamente díspares, é simplesmente um contra-senso. Sindicato é unidade, é agregação de seres com interesses comuns, convergentes, unívocos. Entretanto, se o sindicato constituiu-se de trabalhadores com diferentes formações profissionais, distintos interesses profissionais, materiais e culturais, diversificadas vinculações com tomadores de serviços – os quais, por sua vez, têm natureza absolutamente desigual – tal entidade não se harmoniza, em qualquer ponto nuclear, com a idéia matriz e essencial de sindicato". GODINHO DELGADO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2002, pág. 458.

que tuvo éxito solo en la Ley 32/2006. Control por parte de la Administración Pública, también la fiscalización por parte de la inspección del trabajo; un mayor control por parte de la representación de los trabajadores, incluso que ambos – de plantilla y subcontractados – puedan trabajar coordinadamente.

Como se puede percibir la descentralización productiva ha causado un desorden en el modelo tradicional existente y consecuentemente desorganización en el derecho laboral. En este sentido es válido reflexionar sobre las palabras de Antunes: “E neste quadro, caracterizado por um processo de precarização estrutural do trabalho, que os capitais globais estão exigindo também o desmonte da legislação social protetora do trabalho. E flexibilizar a legislação social do trabalho significa, não é possível ter nenhuma ilusão sobre isso, aumentar ainda mais os mecanismos de extração do sobretrabalho, ampliar as formas de precarização e destruição dos direitos sociais que foram arduamente conquistados pela classe trabalhadora, desde o início da Revolução Industrial, na Inglaterra, e especialmente pós-1930, quando se toma o exemplo brasileiro”³²⁵.

Lo que se encuentra en lo cotidiano de las relaciones de trabajo en Brasil, como en España, como ya fue dicho, es la ilegalidad y diversas maneras de burlar la ley, ya que ésta no estaba preparada para diferentes tipos de trabajo que no sea el empleo bajo subordinación. El número de contratos temporales y atípicos crece, transforma al trabajador en autónomo que posteriormente hace un contrato con la empresa en la que trabaja. Haciéndose evidente el gran número de contrataciones y subcontrataciones de obras y servicios, restando apenas de la legislación brasileña, una mejor reglamentación para que el trabajador esté amparado y asegurado en sus derechos fundamentales relacionados a la subcontratación, sin influenciar en la nueva reestructuración del modelo laboral que viene tomando forma en estos tiempos. Muchas de las críticas hechas en este punto, que repercute en la precarización laboral, serán mejor analizadas ahora en el segundo capítulo. Para seguir con la línea de argumentación serán vistas las subcontrataciones consideradas como lícitas y las consideradas como cesión ilegal de mano de obra.

³²⁵ ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 17.

5. La subcontratación lícita y la cesión ilegal de mano de obra en el mercado de trabajo

“Toda fuerza sería débil, si no estuviera unida.”

Jean de la Fontaine

Primeramente es necesario hacer una distinción de lo que se puede considerar una subcontratación lícita de una ilícita, en la cual una de las claves es saber bien diferenciar una actividad auxiliar de la propia actividad de empresa. Como también ver las formas de un buen uso de la subcontratación so pena de poder ser considerada como cesión ilegal de mano de obra, para que se considere realmente ventajoso su uso, en el cual será uno de los tópicos en que se puede basar un buen ambiente laboral con disminución del riesgo de accidentes laborales de los trabajadores subcontratados.

En relación a la licitud de las contrataciones y subcontratas, se refiere a la utilización de ésta respetando las normas legales, inclusive todos los derechos de los trabajadores, sin la intención de defraudar o de burlar el ordenamiento jurídico laboral³²⁶, a diferenciar de la ilícita que es lo contrario, es el intento de huir de las responsabilidades con las partidas laborales y con las obligaciones referentes a la Seguridad Social, y el resultado es el obvio, causa la precarización del trabajo humano.

³²⁶ A nivel de complementariedad, es válido citar a Montoya Melgar: “Es frecuente que ciertas empresas requieran para su proceso productivo los servicios de otras empresas especializadas, que actúan en tal proceso como “auxiliares” de las primeras. Estas empresas auxiliares celebran con la empresa “principal” contratos civiles para cooperar en la ejecución de una obra o servicio, sea con suministro de materiales o sin él, y al tiempo aportan para la realización de prestación convenida sus propios trabajadores. La contrata civil es una alternativa lícita a la contratación directa de los trabajadores”. MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 412.

Tampoco se puede dejar de mencionar que conforme la situación actual de las subcontrataciones en Brasil, es perceptible el rechazo a la intermediación de mano de obra³²⁷, pero a principios de la década de los noventa, periodo de mayor utilización y hasta mismo familiarización del tema tercerización. Parte de la doctrina tenía otra concepción de intermediador, y para ella eran prácticas normales, lo que criticaba y no aceptaba era la figura del atravesador. Éste perjudicaba todo el proceso legal de la tercerización haciendo daño al trabajador como individuo y consecuentemente al social como un todo.

Jerônimo Souto Leiria comenta la diferencia entre intermediador de mano de obra y el atravesador: “Torna-se aqui necessário compreender as diferenças entre o papel do intermediador e o papel do atravessador. Enquanto o primeiro agrega know-how, aproxima as partes, torna viáveis novos empreendimentos, o atravessador apenas onera o processo, prejudicando o indivíduo e o social”³²⁸.

Si al fin de la década de los ochenta los Tribunales Regionales del Trabajo brasileño – TRT’s – consideraban cerca de 70% a 80% de las demandas de tercerización como ilegales. Las prestaciones de servicios de limpieza, planeamientos, marketing, transporte, mantenimiento, alimentación eran condenadas por el judicial, respaldándose en el Enunciado 256 del TST. Son normales las resistencias al principio por tratarse de un tema nuevo y considerado por muchos doctrinadores y juristas como un proceso dañino a los trabajadores brasileños. En inicio de los años noventa el cuadro se va cambiando lentamente. Empiezan a aceptar un poco más.

³²⁷En este sentido: “O tomador deve ter bastante cuidado com aqueles que o procuram para oferecer serviços. Em geral esses ofertantes têm pouca tecnologia e capacidade empreendedora e buscam somente ganhar dinheiro com a venda de mão-de-obra, que é proibido por Lei”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999, pág. 23. Complementando tal pensamento es válido citar: “Não podemos negar validade às experiências feitas, algumas bem sucedidas. Precisamos recuperar o tempo perdido. No entanto, asustanos a irresponsabilidade com que algumas destas experiências são feitas. Hoje, a palavra de ordem é terceirizar. Temos visto de tudo. A terceirização pelo baixo custo, com sacrifício da qualidade, a terceirização séria, a terceirização pela terceirização”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 17.

³²⁸SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág.28. Pertinente es expresar: “O problema é que a terceirização nestes casos muitas vezes não passa de um mascaramento de contrabando de mão-de-obra, com empresários inescrupulosos utilizando-se da fachada de empreiteiras que se eximem das responsabilidades legais (férias, 13º salário, fundo de garantia por tempo de serviço, recolhimento para a previdência Social etc.) para com seus empregados. Não rara vezes, esses simplesmente desaparecem num determinado momento para em seguida, em tempo e local mais convenientes para seus interesses, reaparecem com outra razão social. Dentro deste quadro, é óbvio que o Judiciário Trabalhista considere ilegal a prática que não pode ser confundida com a verdadeira terceirização. Quando feita de modo irregular, não há como ter visão otimizada da contratação de empresas. (...) Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.012, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interpostas, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços””.SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, págs. 105-107.

En España, con la reforma de 1994 del ET, se ha legalizado la cesión de mano de obra, diferenciándola de las cesiones ilegales que pudieran ocurrir con una pseudocontrata. Las cesiones legales de mano de obra fueron consolidadas en el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, que se efectúa tal cesión a través de las ETT's³²⁹.

El ET es taxativo al mencionar que serán consideradas como cesiones ilegales de trabajadores las cesiones que no sean a través de las ETT's o las que no cumplan los requisitos establecidos por el art. 6.2 ET: "Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana", como también si no se sigue lo dispuesto en el art. 8³³⁰ ET que trata sobre la forma de contratación.

³²⁹ López Sánchez hace una crítica importante a ser meniconada: "En la actualidad, la contratación y subcontratación de obras y servicios regulada en el artículo 42 LET se configura como un recurso habitual para encubrir una cesión de trabajadores. Esta práctica elusiva y fraudulenta se ha visto favorecida por la propia norma laboral y una doctrina judicial que ignora las actuales formas de cooperación interempresarial. En efecto, la solución jurídica frente a los supuestos de tráfico ilícito de trabajadores a través de una conducta aparentemente conforme a una norma que produce un resultado antijurídico, no se agota con el art. 43 LET, sino que también requiere de la reforma del marco regulador -art. 42 LET, excesivamente permisivo-, con el fin de reforzar los mecanismos de protección y defensa de los derechos laborales de los trabajadores que el actual sistema legal no garantiza. En todo caso, no se puede ignorar la necesidad de proporcionar a las empresas los instrumentos de flexibilidad que precisan para reducir las rigideces de tipo organizativo, y garantizar su permanencia en el mercado. Una gran parte del problema del control de los supuestos de ilicitud proviene, principalmente, de una falta de determinación legal del supuesto de hecho constitutivo de la contrata -en concreto, es necesaria la definición de los sujetos que intervienen en el proceso de descentralización, así como de precisar el concepto de contrata y subcontrata de obras y servicios-. Por otra parte, la progresiva reducción del ámbito de aplicación del art. 42 LET, a través de un concepto jurídico indeterminado, como el de la «propia actividad», ha provocado un estrechamiento del campo de protección de esta norma, favoreciendo el funcionamiento y proliferación de las empresas de servicios en el mercado productivo". LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV., Actualidad Laboral N. 7, La ley, Madrid, 2007, págs. 825-826.

³³⁰ El art. 8 ET determina: "1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél. 2. Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, así como los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas. De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios. 3. a. El empresario entregará a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores. Con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, esta copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal. La copia básica se entregará por el empresario, en plazo no superior a diez días desde la formalización del contrato, a los representantes legales de los trabajadores, quienes la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. Posteriormente, dicha copia básica se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo. b. Los representantes de la Administración, así como los de las organizaciones sindicales y de las asociaciones empresariales, que tengan acceso a la copia básica de los contratos en virtud de su pertenencia a los órganos de participación institucional que reglamentariamente tengan tales facultades, observarán sigilo profesional, no pudiendo utilizar dicha documentación para fines distintos de los que motivaron su conocimiento. 4. Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral. 5. Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los

En Brasil sigue siendo prohibido el merchandage, o como se prefiera llamar, la cesión de mano de obra. Algunos juristas ven en la subcontratación una forma de marchandage³³¹ y otros de enmascarar el trabajo subordinado, por falta de conceptos es difícil distinguirla de la subcontratación propiamente dicha inclusive sucede mucho en la práctica. Conforme se puede percibir: “Alguns juristas vêem na subcontratação uma forma de marchandage, instituto execrado e banido pela maioria dos sistemas jurídicos, que Georges Scelle definiu como "uma convenção de sub-empregada que diz respeito exclusivamente à mão-de-obra", e Paul Pie disse ser "a combinação que consiste, para um artífice, em tomar a obra de empregada e mandá-la executar por outros operários, que ele paga a dia ou peça, especulando sobre a diferença dos preços". A terceirização, em face desses conceitos, traz um dilema para o direito do trabalho, especialmente no setor de serviços, onde nem sempre é fácil distingui-la da fraudulenta intermediação de mão-de-obra. Segundo Edoardo Ghera, esse é um desafio que exige a reinterpretação de clássicas criações juslaboralistas”³³².

Igualmente considera la legislación laboral española, es decir, cualquier empresa que traslade trabajadores a otra empresa que en realidad deberían tales trabajadores pertenecieren a la segunda empresa ora mencionada. disfrazando un fraude, conocida como “empresa aparente” conforme ha mencionado por el art. 43.1³³³ ET, como también se percibe en la STS 04-07-2006, A. 6419.

Palomeque López, basándose en el art. 43.2 ET y en la STS 03-02-2000, A. 1600, define los casos de cesión ilegal³³⁴: “1) que la relación contractual interempresarial se limite a la mera

elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”.

³³¹Es importante citar que: “A marchandage, definida como sendo uma "indústria de empreiteiros", ou "uma convenção de subempregada que diz respeito exclusivamente à mão-de-obra", ou, ainda, "a combinação que consiste, para um artífice, em tomar a obra de empregada e mandá-la executar por outros operários, que ele paga a dia ou peça, especulando sobre a diferença dos preços", somente ocorrerá nos contratos revestidos de vícios em sua formação, quando ficar evidenciado que não se tratava de um contrato de prestação de serviços. A diferença entre o marchandeur e o empresário centra-se no fato que este preenche os requisitos legais para figurar como empregador, assumindo os riscos da atividade econômica, as obrigações e as responsabilidades próprias, dirige a prestação pessoal do seus empregados para executar os serviços confiados pelo contratante. Também o diferencia do marchandeur possuir material e capital próprios”. FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 90.

³³²AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, págs. 245-246.

³³³ El art. 43.1 ET estipula: “La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”.

³³⁴ En relación al histórico de la cesión ilegal de mano de obra, véase el Cap. II – Los orígenes históricos del prestamismo laboral en el derecho interno y comparado, en GARCÍA ROSS, Amador, La cesión ilegal, pasado, presente y futuro: un análisis Jurisprudencial, Aranzadi social Revista doctrinal N. 1, Navarra, 2009, págs. 96-108.

puesta a disposición de trabajadores entre cedente y cesionario: 2) que la empresa cedente, más allá de ceder personal, carezca de actividad o de organización propia y estable y 3) que no tenga de medios propios para desarrollar su actividad o no ejerza funciones de empresario. (...) De tal manera que en la cesión ilegal una empresa, que puede tener incluso organización y medios propios, se limite a suministrar a otros trabajadores; la relación entre ambas se agota en la mera puesta a disposición de trabajadores (STS 16-6-2003, A. 7092). Las dificultades nacen siempre en la frontera entre la licitud de la contrata o subcontrata y la mera e ilícita cesión de mano de obra (STSJ Canarias 21-4-2008, A. 1579)”³³⁵.

Los requisitos para identificar una cesión de mano de obra en Brasil son³³⁶: a. organización del trabajo por la empresa contratante; b. falta de especialidad de la empresa contratista; c. detención de los medios materiales para la realización de los servicios; d. realización de actividades permanentes de la contratante, dentro de establecimiento propio de la misma; e. fiscalización de la ejecución del contrato por la contratante; f. órdenes y orientaciones procedimentales por parte de la contratante; g. prevalencia del elemento “trabajo humano” en el contrato; h. remuneración del contrato basado en el número de trabajadores de la contratista; i. prestación de servicios para una única empresa contratante; j. la realización subsiguiente de un mismo servicio por empresas distintas, permaneciendo los mismos trabajadores.

³³⁵PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 549.

³³⁶LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 124. Conforme el TRT 3, la subcontratación de un determinado servicio de la CTBU es ilegal, como se puede constatar: “A 6ª Turma do TRT-MG analisou o caso de uma trabalhadora contratada por uma empresa prestadora de serviços para exercer as funções de bilheteira na CBTU - Companhia Brasileira de Trens Urbanos. Os julgadores entenderam que essa contratação caracteriza uma terceirização ilícita, porque a venda de bilhetes é atividade essencial para uma companhia que explora o ramo de transporte de passageiros pela via férrea. Por isso, a CBTU foi considerada responsável pelo pagamento das parcelas trabalhistas devidas à trabalhadora pela sua empregadora. Para o desembargador Emerson José Alves Lage, embora a defesa tenha sustentado a tese de que o serviço de bilhetagem é atividade acessória na companhia, não há como interpretar os fatos dessa forma. Pelo contrário, se a atividade fim da empresa é o transporte de passageiros, a venda de bilhetes é uma atividade fundamental para a CBTU, sem a qual a unidade produtiva seria inviável. (...)E ainda que o Decreto Lei 200/67 e a Lei 8987/95 estabeleçam a possibilidade de as concessionárias de serviços públicos contratarem terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares de seus serviços, isso não significa que não possa existir eventual fraude nessa terceirização. “Vale aqui pontuar que a tomadora, CBTU, é uma sociedade de economia mista, vinculada à Administração Pública Indireta da União que, submetida às regras do artigo 37 da Constituição Federal, não pode utilizar expedientes ilícitos, como a terceirização fraudulenta, para a cortar custos na contratação de pessoal, degradando as relações de trabalho”- destacou o desembargador. Entretanto, como a Constituição Federal proíbe o reconhecimento da relação de emprego diretamente com o ente público, a CBTU foi considerada responsável pelo pagamento das parcelas trabalhistas devidas pela empresa prestadora de serviços, mas de forma subsidiária, conforme disposto na Súmula 331, IV, do TST. Ou seja, caso a empresa que contratou a reclamante não pague os créditos trabalhistas a ela devidos, a CBTU terá que arcar com esse débito. (RO nº 01083-2009-005-03-00-6). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Publicado em 24 de Junho de 2010 às 11h46”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

Parte de la doctrina se basa en los artículos de la Constitución Federal para justificar el uso legal de la subcontratación a través de las empresas prestadoras de servicios, principalmente el art. 170 CF/88. Sin duda es permitido desde que no produzca un caso de cesión ilegal de mano de obra, en este sentido: “As empresas denominadas prestadoras de serviços desenvolvem atividades lícitas e inexistente, no ordenamento jurídico nacional, qualquer obstáculo a seu funcionamento (Constituição Federal, art. 5, II). A mesma Carta, no seu art. 170 e parágrafo único, garante a liberdade de iniciativa e declara que a ordem económica e social tem como finalidade, entre outras, expandir as oportunidades de emprego produtivo, com o objetivo de realizar a justiça social”³³⁷, no olvidando que siempre el agente deba ser capaz, el objeto lícito y forma no vetada en ley.

Hay una dificultad de trazar una línea divisoria entre las contrataciones y la cesión de trabajadores, en ésta se contrata solamente el suministro de la mano de obra, siendo considerado como una cesión ilegal al solamente proporcionar trabajadores para prestar sus servicios bajo la dependencia, organización y poder de dirección del contratante. La doctrina española también está de acuerdo en que la diferenciación entre ambos solo se puede ser percibida en la práctica, una vez que las dos presentan una estructura similar, pues los dos siguen al modelo triangular o triangularización explicada en detalles anteriormente.

Para Villanueva Nentwig: “El límite entre la subcontratación y la cesión ilegal se basa en cumplir o no tres requisitos básicos: Realidad de empresa contratista independiente, es decir, que tenga sus propios medios materiales y personales; Organización propia de sus recursos, sin que exista intromisión organizativa con la empresa a la que presta sus servicios; Justificación técnica de la contrata. Antes de empezar a desmenuzar los conceptos citados con anterioridad, responsabilidades, obligaciones y posibles sanciones, debemos situarnos en el omnipresente artículo 42 del ET y su concepto de la propia actividad que es el factor diferenciante de las responsabilidades y obligaciones que puedan surgir”³³⁸.

³³⁷ SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, 2ª edição, Sagra-DC Luzzatto, Porto Alegre, 1993, pág. 28.

³³⁸ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág.134. Y sigue expresando el autor: “Recientemente, el TSJ de Galicia en Sentencia 3158/2009, de 24 de junio (NSJ028995), ha venido una vez más a recordarnos la delgada línea entre lo lícito y lo ilícito: «La línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo (...), debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general, sino en relación con el trabajador concreto que la solicita. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición, se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 del ET, mientras que, los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 del ET.» Por todo esto, por poner algunos ejemplos de cesión ilegal a los efectos de dejar lo más claro posible el concepto,

Hay autores brasileiros, como es el caso de Carelli, que también hacen una diferencia entre lo que sea una subcontratación, mencionada por él como tercerización, e la intermediación de mano de obra, como se puede percibir: “Comumente se encontra na jurisprudência e inclusive na doutrina, a idéia paradoxal de "terceirização de mão-de-obra", sendo, que essa expressão é, em verdade, uma confusão de dois institutos: a terceirização e a intermediação de mão-de-obra”. Na realidade, terceirização é a entrega de determinada atividade especializada acessória ou complementar para empresa, que por sua vez tem como principal atividade (ou especialização) a realização do serviço, que irá realizar a atividade de forma autônoma. A empresa se concentra na sua atividade que melhor sabe realizar, a sua atividade-fim, ou core business, entregando atividades periféricas para empresas especializadas que, da mesma forma, melhor saberão realizar. Já intermediação de mão-de-obra é a contratação de trabalhadores por empresa interposta, proibida no nosso sistema jurídico e pela Organização Internacional do Trabalho, havendo uma única exceção a essa regra: a contratação de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74). Assim, tanto no caso da terceirização e da intermediação de mão-de-obra lícita, trata-se de uma contratação de natureza civil entre duas empresas, seja para a realização de determinada atividade ou serviço ou de fornecimento de mão-de-obra em situações especialíssimas. Destarte, como contratação de natureza civil é que deve ser observado o fenômeno. No caso de fornecimento de mão-de-obra permanente, a responsabilidade é direta do contratante, sendo este na realidade o verdadeiro empregador, que somente não era formalmente por fraude à legislação laboral³³⁹.

podemos citar: ... VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, 2009, pág. 143.

³³⁹LACERDA CARELLI, Rodrigo, A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, vol. 70, n. 06, São Paulo, 2006, págs. 715-716. En este sentido es válido mencionar al Tribunal Superior do Trabalho que reconoció el vínculo laboral del subcontratado con la contratante Itaipu Binacional: “Ao concluir pela ocorrência de fraude na contratação, a Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho entendeu correta a decisão da Segunda Turma do Tribunal que manteve o reconhecimento de vínculo trabalhista de um empregado terceirizado com a Itaipu Binacional. Apesar da existência de tratados internacionais que autorizam a Itaipu a contratar serviços sem que haja vínculo, a SDI-1 tem entendimento firmado no sentido de que, em caso de fraude na contratação, aplica-se a CLT. Admitido em 1991 como motorista, o empregado prestou serviços para a Itaipu até 1995 por meio das empresas Triagem Administração de Serviços Temporários Ltda., Empresa Limpadora Centro Ltda. e Locadora Cascavel Ltda., todas com endereço no canteiro de obras da empresa. Na ação trabalhista, alegou que a Itaipu é a proprietária da Usina Hidrelétrica e, por meio de interposição ilícita das demais empresas, contratou e assalariou os seus serviços, sendo, assim, a verdadeira empregadora. Ressaltou também que era a Itaipu quem dirigia a prestação laboral, estabelecia o valor dos salários, determinava o número de empregados das demais empresas, selecionava os candidatos, impunha demissões e substituições de pessoal, arcava com despesas de viagens, locomoções, adicionais de transferência e outros. Ou seja, os empregados eram subordinados ao pessoal da Itaipu, mas o pagamento dos salários era efetuado indiretamente por meio das empresas interpostas. Requereu e obteve, na Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu (PR), a declaração de nulidade dos contratos com as demais empresas, o reconhecimento do vínculo empregatício com a Itaipu e as diferenças salariais daí decorrentes, pois recebia salários inferiores em mais de duzentos por cento em relação aos previstos na tabela da Itaipu, para a função que exercia. (...) A relatora citou, ainda, decisão da SDI-1 em processo análogo, relatado pelo Ministro Lélío Bentes Corrêa, cujo entendimento foi o de que “a subordinação do empregado constitui requisito essencial à caracterização da relação de emprego, de acordo com o artigo 3º da CLT. Subordinando-se o empregado diretamente à tomadora,

En España se percibe claramente la diferenciación de las contratadas especialmente protegidas - que se encaja en el concepto de la propia actividad de la empresa - de las ordinarias (servicios de limpieza, mantenimiento, etc.), aunque sería más factible que la diferenciación efectiva debería ser detectada en las contratadas que son lícitas y las ilícitas, y una vez más es necesario visualizarlas en la práctica.

Necesario parece mencionar que ni todas las contratadas de obras y servicios son regidas bajo al mismo régimen jurídico y esto incluye la protección normativa. En general se puede ser aplicada la tutela básica regida por el CCE y en este sentido puede ser calificada como tutela ordinaria, conforme el art. 1.597³⁴⁰ CCE, que es una acción directa que el trabajador del contratista puede demandar al contratante. Tal acción tiene como objetivo la satisfacción de las deudas contraídas por el contratista en el periodo que el trabajador subcontratado ha trabajado para la contratante, siendo, como se puede observar, una protección bastante limitada. Diferentemente de las contratadas que gozan de una mayor protección, visto que el ordenamiento laboral impone la responsabilidad solidaria de la contratante tanto a nivel salarial como de la seguridad social.

Mientras que en Brasil las hipótesis de subcontratación lícita se encuentran dispuestas en el Enunciado 331 TST, como ya se ha mencionado en el capítulo anterior³⁴¹. El objeto del tema de este punto será más direccionado a los casos de subcontratación ilícita³⁴² y las

é com ela que se forma o vínculo. A norma interna coexiste perfeitamente com o Tratado Internacional de Itaipu". Processo: (RR) 422.863/1998.3. Publicado em 27 de Fevereiro de 2008 às 10h49". Disponible en: newsletter@iob.com.br

³⁴⁰ El art. 1.597 CCE estipula: "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".

³⁴¹Aunque nunca es insuficiente resaltar que la subordinación es una de las piezas claves para la diferenciación entre la subcontratación lícita de la ilícita, como se puede percibir: "Outro requisito da terceirização lícita é a inexistência de subordinação direta entre o empregado e a empresa que se vale de sua força de trabalho - a empresa tomadora. A subordinação da qual se trata não é econômica, técnica ou funcional, mas jurídica. Tal vínculo de dependência não pode existir entre o empregado e a tomadora. Não pode esta última ordenar diretamente a prestação de serviços, punir o empregado faltoso, transferi-lo. O que a tomadora faz é fiscalizar a prestadora de serviços, e não diretamente o empregado. Caso esteja descontente com algum trabalhador, poderá reclamar com a prestadora, pedindo que não seja mais enviado. Pode também, principalmente quando os serviços são prestados no interior de seu estabelecimento, especificar, por exemplo, em qual setor deve ocorrer o trabalho, ou seja, questões técnicas podem ser especificadas pela tomadora. Mas não poderá, de forma alguma, exercer seu poder de direção sobre o empregado da prestadora". METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág.88.

³⁴²En este sentido es válido citar a Boaventura que trata sobre: "O labirinto das empresas contratadas. Tem uma outra característica que é bom salientar: a maioria dessas empresas está em nome de laranjas. (...) Há algum tempo, na universidade, por exemplo, era um laranja que mandava na área de vigilância e limpeza. A maior empresa tem uns cinco mil trabalhadores. O contrato social dela está em nome de um advogado e de um laranja. A outra tem mil e quinhentos a dois mil trabalhadores, está em toda a área de saúde do Estado, também está em nome de dois laranjas. (...) Quando uma empresa dessa quebra, as empresas da área de segurança, por exemplo, não têm estrutura, não têm nada: alugam casa, alugam carro, alugam telefone, alugam computador, alugam tudo, menos as armas. Menos as armas, porque a Polícia Federal tem o controle disso etc. Mas para cinco mil trabalhadores, para dois mil trabalhadores, cinquenta, oitenta, cem ou dezentas armas, o preço delas não paga". BOAVENTURA,

diversas formas que se pueden presentar en el medio laboral. Metzger y Leite expresan: “Para que seja caso de terceirização lícita, obrigatoriamente deve existir a empresa prestadora de serviços, empregadora do trabalhador que labora na empresa tomadora, sendo que aquela deve ter efetiva estrutural material. Se não existisse este requisito, estaria presente a figura da marchandage. Assim, não basta apenas que exista uma empresa interposta na aparência, tão-somente arregimentando mão-de-obra. É necesario que ela exista, seja regularmente constituída, registrada, para que seja possível verificar sua idoneidade. Também deve ser proprietária de bens e demais fatores de produção, assumindo os riscos da atividade. Deve, de fato, ser empresa, preenchendo todos os requisitos exigidos pela lei laboral (art. 2º, da CLT) para tal caracterização”³⁴³.

Así que, en relación a las “pseudocontratas”, es importante mencionar que en los casos de fraude³⁴⁴ se aplica el art. 9º CLT, que considera la nulidad de tal acto y este precepto también se aplica a los casos pertinentes a la subcontratación. En estos casos ambas empresas, la contratante y la contratista, responderán solidariamente conforme el expuesto en el art. 942³⁴⁵ CCB.

Varios autores españoles expresan lo que significa una cesión ilegal de trabajadores, como es el caso de Sempere Navarro: “No se trata ahora de reiterar ese examen, sino sólo de

José, Experiências com a terceirização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 201.

³⁴³METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virginia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 87.

³⁴⁴Un ejemplo práctico de enmascaramiento de una subcontratación: “Em Feira de Santana, no Pólo de Subaé, paramos por vários dias a Plascalp, que é uma das maiores empresas de material hospitalar da região. Ela faz seringas para injeção, dentre outros materiais para hospitais. Tem um processo lá que é complicado. É uma empresa grande e dentro dela se criaram mais três empresas. Então, são quatro empresas. Só que as outras trabalham na Plascalp. A Plascalp faz os componentes e essas outras três montam. São empresas do mesmo ramo, produzem a mesma coisa. É um modelo, são quatro empresas numa só. Os funcionários da Plascalp fazem tudo que essas três empresas fazem. Então, para que isso? Porque a Plascalp é uma empresa com 1100 trabalhadores, 90% mulheres. Criaram uma forma de a gente não representar a empresa toda e, ao mesmo tempo, de dizer que não é terceirização, porque são empresas que estão aqui dentro do ramo. Mas são do mesmo ramo, e se estão fazendo a mesma coisa, temos que representá-las. Nós representamos a Plascalp pela atividade. Se elas estão fazendo o que a Plascalp faz, nós somos os representantes. O que é que eles conseguiram fazer? Dividir a representação sindical, entre nós, que representamos a Plascalp, e o sindicato que eles ajudaram a criar e chamaram de Sindimontagem. Conseguiram dividir a representação dos trabalhadores. Mas só que nós conseguimos envolver esses sindicatos e hoje a gente pára tudo - o outro sindicato está com a gente, o outro sindicato luta com a gente. Aí terminou quebrando um pouco o objetivo do patrão”. SANTANA, Robson, Práticas de terceirização nas empresas industriais, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 181.

³⁴⁵ El art. 942 CCB expresa: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Párrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”. A nivel de complementariedad, una de las formas antiguas de burlar las leyes laborales brasileñas era a través de la forma societaria de Capital e Industria, donde se ponían los empleados como socios de industria mientras el empleador era el socio del capital, una forma de enmascarar la relación laboral entre ambas las partes, pues los trabajadores figuraban como socios también. Actualmente, una de las maneras más usadas de burlar las normas laborales es a través de las creaciones de cooperativas de mano de obra.

recordar que los principales datos o criterios a barajas para apreciar la ausencia de contrata y paralela cesión ilegal de trabajadores son: falta de infraestructura empresarial de la supuesta contratista (titularidad de los medios materiales de producción, facultades de decisión y disposición sobre ellos, etc.); carencia de facultades en orden a la dirección y gestión del negocio; no asunción de un verdadero riesgo empresarial; falta de gestión empresarial respecto de sus propios trabajadores (limitaciones que afectan a su capacidad de organización, dirección o mando sobre el personal empedado). Por el contrario suelen considerarse indicios de solvencia y legalidad los siguientes; justificación técnica de la contrata, autonomía de su objeto, aportación de medios de producción propios, ejercicio de facultades empresariales, realidad empresarial del contratista (capital, patrimonio, solvencia, estructura, cartera de clientes), actividad empresarial propia, asunción de beneficios o responsabilidades inherentes a la condición de empresario, etc.”³⁴⁶.

En una visión crítica también es fundamental citar el pensamiento de López Sánchez: “Asimismo, la cesión ilícita de trabajadores por mediación de falsas contratas está favorecida por una doctrina judicial que permite que a través de la contratación del personal operativo que desarrolla sus servicios en la contrata, vínculo cuya duración se extiende al de la duración de la obra o servicio contratado, las empresas contratistas puedan contratar temporalmente a trabajadores por tiempo análogo al de la vigencia de la contrata, lo que se asemeja con bastante exactitud a la contratación de trabajadores por el período de puesta a disposición. Esta interpretación, además, favorece la utilización de la subcontratación como instrumento de precarización de las condiciones laborales de los trabajadores en beneficio de la empresa principal, (...)”³⁴⁷.

³⁴⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio V., Contratación laboral y libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 74-75. También en este sentido: “El fenómeno de la cesión es el siguiente: un empresario contrata a unos trabajadores y, formalmente, actúa como empresario de los mismos: incluso les paga sus salarios, les da de alta y cotiza por ellos a la Seguridad Social, etc. Pero dichos trabajadores prestan sus servicios en el ámbito de organización y dirección de otra empresa, que resulta ser su empresario real. Por ello tal fenómeno viene considerado como interposición en la contratación: entre el empresario que utiliza los servicios (empresario cesionario) y los trabajadores se interpone otro (empresario cedente), que aparentemente aparece como único empresario de éstos. En la práctica, tal situación pretende normalmente disimularse. Es decir, se simula que el aparente empresario es un contratista que ejecuta una obra o servicio encargada por un supuesto empresario principal. Mientras que, por el contrario, lo que sucede realmente es que el aparente contratista se limita a proporcionarle trabajadores al supuesto empresario principal. Por ello se habla, igualmente, de pseudo-contrata o de falsa contrata”. AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 262.

³⁴⁷ Y sigue explicando la autora: “(...) por lo que sería deseable una intervención del legislador en la línea de no admisión del recurso a la contratación temporal para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contratación o subcontratación de actividades celebrada por las empresas principales. Es esta una exigencia necesaria para lograr un equilibrio entre la flexibilidad de la organización productiva que le permite una mejor adaptación a las necesidades del mercado y la seguridad en el empleo de los trabajadores que participan en esta técnica de descentralización productiva”. LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV., Actualidad Laboral N. 7, La ley, Madrid, 2007, pág. 826.

Son contrataciones lícitas³⁴⁸ en Brasil las realizadas conforme los requisitos a la ley de vigilancia, servicios de limpieza, de la empreitada, de la subempreitada, de la prestación de servicios, del representante autónomo³⁴⁹, y de las empresas que se encuentran en la lista de servicios sometidos al ISS, todas obedeciendo las respectivas normas reglamentadoras³⁵⁰. Otra profesión que rellena los requisitos legales y es permitida es la de servicios médicos, los servicios de salud del trabajo, que éstos sean organizados por una o varias empresas contratistas, y muchas de éstas son cooperativas de médicos. Mientras que en España, a nivel de subcontratación solamente, son lícitas las reguladas por el art. 42 ET y las de servicios auxiliares, como ya había sido mencionado anteriormente.

Así que para no ser considerada como una cesión ilegal de mano de obra, al contratar una empresa contratista debe haber precauciones, uno de los casos sería no mantener un vínculo laboral³⁵¹ entre la empresa contratante con los trabajadores de la contratista. Estos

³⁴⁸En este sentido: "Pelo exposto, verifica-se que para ser cabível a terceirização é necessário, em primeiro lugar, uma relação triangular, com apresenta indispensável da empresa prestadora de serviços, que, como visto, não pode ser "de fachada". Ela tem que existir, dirigir a prestação de serviços e assumir os riscos da atividade. Em segundo lugar, não pode haver relação de pessoalidade ou subordinação direta entre o empregado e a empresa tomadora, sob pena de caracterizar-se vínculo de emprego diretamente entre eles, ressalvada a exceção já mencionada. Por fim, a terceirização há de ocorrer apenas em atividades que não configurem o objetivo econômico da empresa, podendo ser temporária ou permanente, e devendo respeitar a isonomia salarial entre o trabalhador terceirizado e os empregados da empresa tomadora. Obedecidas todas as condições de cabimento supra e retro especificadas, estar-se-á diante de uma hipótese de terceirização lícita". METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, em AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 93.

³⁴⁹Una parte de la doctrina, como es el caso de Pinto Martins, considera lícita la subcontratación de trabajos a domicilio, cuestión anteriormente discutida y confrontada con el posicionamiento de la doctrina opuesta, por declarar que es una forma de burlar la legislación de no reconocimiento del vínculo de la relación laboral, pues se sabe que en realidad las costureras, el ejemplo típico, tienen las características de pseudo-autónomos. Válido citar también al representante comercial autónomo que de alguna manera es una mezcla, segundo algunos autores, entre el trabajador subordinado y el autónomo, como se puede percibir: "Amauri Mascaro Nascimento, mencionando que o Direito Italiano classifica a representação comercial como "trabalho parassubordinado", leciona que este é "uma categoria intermediária entre o autónomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autónomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado". FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 127.

³⁵¹Segundo el TST, hubo un caso en que una operadora de telemarketing subcontratada ha conseguido un vínculo laboral, como se puede percibir: "A Vivo S/A foi obrigada a reconhecer como empregada uma operadora de telemarketing que prestava serviços por meio de um contrato de terceirização considerado fraudulento. A Seção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por unanimidade, rejeitar os embargos da empresa contra decisão da Quinta Turma do TST e, assim, ficou mantida a sentença condenatória. A empregada trabalhava na empresa mediante convênio com a Fundação Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Nos termos da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ), embora objetivasse a implantação, desenvolvimento e avaliação de novas tecnologias, esse convênio "era um mero ardil para vilipendiar a legislação laboral", pois não realizava nenhuma pesquisa nem desenvolvia tecnologia. "Os contratados atuavam como meros operadores de telemarketing", registrou o TRT. A empresa acabou sendo multada, com base no artigo 477, § 8º, da CLT. Com a decisão do TRT mantida na Quinta Turma, a Vivo opôs embargos à SDI-1, tentando modificar a sentença. O relator, ministro Horácio Senna Pires, avaliou que a questão trata da discussão da licitude da terceirização nas empresas de telecomunicações, que é regulamentada pela Lei 9.472/97. Essa lei, esclarece o relator, "faculta ao Poder Público autorizar a concessionária contratar com terceiros atividade delegada, acessória ou complementar do serviço público, hipótese distinta daquele caso, em que a terceirização está relacionada com a atividade-fim da concessionária". Diante disso, Horácio de Senna Pires concluiu que não há reparos a fazer na decisão da Quinta Turma, que foi fundamentada em perfeita harmonia com a Súmula 331, I, do TST. A ilicitude da terceirização foi comprovada mediante o conhecimento de que o "contrato para assessoria técnica foi completamente desvirtuado", manifestou o relator. (RR-87900-02.2001.5.01.0012 – Fase atual: E). Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. Publicado em 14 de Julho de 2010 às 09h39". Disponible en: newsletter@iob.com.br. Un caso opuesto, en lo que se percibe que depende de cada caso concreto fue el sentenciado por el TST: "Terceirização em atividade-fim de telecomunicação: trabalhador não consegue vínculo de emprego. A terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações é autorizada por lei, informou a Oitava Turma do Tribunal

deben obedecer las reglas exclusivamente de la persona para quien están trabajando, en este caso son las contratistas³⁵². A partir del momento que empieza a cumplir órdenes y reglas dadas directamente por la empresa contratante genera un vínculo entre ambos³⁵³, consecuentemente puede ser postulado en la JT una acción de comprobación de relación de empleo entre estas dos partes.

Superior do Trabalho, ao rejeitar recurso de um empregado da Telemont – Engenharia de Telecomunicações, que pretendia vínculo empregatício com a Telemar Norte Leste, em Minas Gerais, para a qual prestava serviços. A compreensão do empregado era de que, por ter trabalhado na atividade-fim da Telemar, especificamente na reparação e instalação de linhas telefônicas de clientes da empresa, teria direito ao vínculo empregatício. Mas não foi assim que entendeu o Tribunal Regional da 3ª Região, ao fundamento de que a Lei 9.472/97 ampliou as hipóteses de terceirização e tornou possível a contratação de empresa interposta para prestação de serviços inerentes às suas atividades. Contrariado com a decisão regional, o empregado interpôs recurso de revista no TST. A relatora na Oitava Turma do TST, ministra Maria Cristina Peduzzi, explicou que a decisão regional estava correta, pois o artigo 94, II, da Lei 9.472 “autoriza a terceirização das atividades-fim elencadas no § 1º do artigo 60”, que dispõe sobre a organização dos serviços do setor. Ela citou vários precedentes e concluiu que “mesmo que as tarefas desempenhadas pelo trabalhador sejam atividade-fim, é lícita sua terceirização, ante a previsão contida na Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97)”. (RR-39500-20.2008.5.03.0023). Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. Publicado em 23 de Junho de 2010 às 10h09”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

³⁵²Es válido mencionar: “São oportunas as palavras de HUGO L. SYLVESTER (Diccionario Jurídico dei Trabajo, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1960, p. 175), onde entre outras considerações diz: “La subordinación es uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo. Se lo conoce también con las denominaciones de “relación de dependencia” o “vínculo de dependência”. Es uno de los elementos de mayor importancia, dado que si existe o no subordinación, está el trabajador protegido o no por la legislación del trabajo. En la doctrina italiana se usa esta palabra; en la francesa y belga, se la llama “dirección”; los alemanes la conocen por “dependencia”, al igual que los españoles. En realidad, la subordinación no basta por sí misma para proporcionarnos la nota exclusiva de la existencia de un contrato de trabajo, pero es indudable que constituye un elemento relevante e inseparable, juntamente con la continuidad y la profesionalidad, del contrato de trabajo. Algunos autores se han resistido al uso de esta palabra dado que podría sugerir la idea de sometimiento del trabajador libre al empleador. Sin embargo, dada la moderna concepción de las leyes que rigen la sociedad capitalista, puede usarse la palabra subordinación sin que la misma para nada recuerde la situación de esclavitud o vasallaje de otras etapas del desarrollo social. (...) Creemos que dois são os pontos que devem ser levados em conta para entender a subordinação: a) o empregado está sob a ordem estabelecida pelo empregador, tanto no que se refere à organização empresarial (que supõe uma “ordem”, uma seqüência de atos) como tem de ocupar um lugar certo, com atribuições também determinadas no contrato, colocando-se no ponto determinado pelo dador de trabalho, na ordem por este idealizada e desejada (sub ordine = subordinado); b) esta posição é imposta pelo empresário dentro dos direitos que lhe são conferidos pela lei e pelo contrato, colocando o assalariado num ponto qualquer da organização, com maiores ou menores responsabilidades, mas sempre com poderes menores que os do próprio empregador, a quem está subordinado. É isto, sem dúvidas, de natureza organizacional. Afirma-se, pois, que a subordinação é hierárquica”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993, págs. 19-20. Hay autores que hacen una distinción entre la subordinación jurídica de la técnica, la primera es la relación entre la empresa contratista y sus empleados, pues ésta es la que los contrata, los despide, los remunera, ... es con ésta en que se denota la vinculación jurídica entre empleado y empleador. Mientras que la técnica es la relación entre la empresa principal con la auxiliar. Aquí se ajustan y definen como se dará el procedimiento del trabajo a ser realizado por los trabajadores de la contratista. Por supuesto la organización será de la forma deseada por la contratante, y de esta manera si no está satisfecha, o por algún motivo desea cambiar de estructura organizacional de la producción de los trabajadores de la auxiliar, tendrá que tratarlo directamente con la empresa contratista y ésta se encargará de adecuar a sus trabajadores a la manera de la empresa contratante.

³⁵³ En este sentido: “Cuando una empresa, supuestamente contratista, presta trabajadores sin poner en juego en modo alguno su organización y medios propios en la ejecución del servicio, existe cesión ilegal de trabajadores y no-arrendamiento de servicios al quedar el trabajador bajo el poder organizativo y directivo de la empresa cesionaria, limitándose la empresa cedente a aportar la mano de obra, abonar los salarios y cumplir las obligaciones de Seguridad Social y las derivadas de la extinción del contrato que realmente soporta de una manera indirecta la empresa que recibe esos trabajadores, al abonar unos honorarios a la cedente. (TSJ de Cantabria, Sentencia 796/2007) (...) Se aprecia que el arrendamiento de servicios entre las dos empresas es sólo un acuerdo de cesión que se agota en el suministro de mano de obra. Lo que contempla el artículo 43 del ET es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. Es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Implica varios negocios jurídicos coordinados: un acuerdo entre los dos empresarios para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. (STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003)”. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 144.

Si la empresa determina órdenes directas y los empleados son contratados por una empresa que no es verdaderamente contratista, como se menciona anteriormente, es caracterizada la simulación de trabajo. De esta manera, será reconocido automáticamente la relación entre la contratante y los pseudo-empleados de la contratista. Es decir, que hay una subordinación jerárquica, personalidad y un pago inmediato entre la contratante y el trabajador de la contratista, no hay dudas que es un caso de relación directa entre empleado y empleador.

De esta forma, la contratante no podrá establecer ordenes técnicas o reglamentarias directas al trabajador contratado por la contratista, tampoco podrá aplicarle sanciones, solamente podrá haber casos de dirección u organización de la contratante en los casos que violen el contrato de trabajo, la ley o las buenas costumbres o la seguridad del empleado. O en el caso de que la contratista no tenga una infraestructura empresarial propia e independiente, es muy probable que sea una forma de burlar la legislación laboral.

En el caso español es válido citar a la sentencia del Tribunal Supremo RJ\1999\8152: “(...) La distinción es más clara en el supuesto de que la empresa cedente no cuente con una infraestructura empresarial propia e independiente. Así, con fundamento en los arts. 6 y 7 Código Civil y 1 y 43 ET (RCL 1995\997), es dable declarar la existencia de cesión ilegal cuando la empresa contratista es una empresa aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias ni verdadera organización empresarial y su objeto no es otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios (en esta línea, entre otras SSTs/Social 9-2-1987, 12-9-1988, 17-1-1991, SSTs/IV 17-3-1993 -recurso 1712/1993-, 15-11-1993 [RJ 1993\8693] -recurso 1294/1993-, 18-3-1994 [RJ 1994\2548] -recurso 558/1993-, 21-3-1997 [RJ 1997\2612] -recurso 3211/1996-)(...)”.

En relación al pago de los empleados, la contratante deberá efectuarlo directamente a la empresa contratista y no a los empleados de ésta. Igualmente deberá tratar con la auxiliar el personal con que trabajará. Hay ciertos tipos de trabajos en los que la sustitución del personal no resulta eficiente para la principal pues se gasta tiempo en los entrenamientos, pero tampoco se pueden determinar los empleados y el tiempo que se quedará por causa de la personalidad.

Debido a esta realidad los tribunales brasileños toman la postura de reconocer, en muchos casos, la relación laboral entre la contratante y el trabajador de la contratista, como se

puede demostrar a continuación: “Trabalhador admitido que adquire a ferramenta de trabalho anteriormente fornecida pelo empregador e continua na mesma atividade exercendo os mesmos serviços, para a mesma empresa, através de outra, pertencente ao mesmo grupo com subordinação, dependência econômica e pessoalidade, configura o vínculo empregatício”. (TRT 6ª Região, RO 788/86, Ac. 3ª T., j. 6-7-87, Rel. Juiz Adalberto Guerra Filho, LTr 52-7/838). “Necessitando para o desenvolvimento de sua atividade de vendedores, a reclamada, embora já os tivesse admitido a seu serviço, os orientou ou deles exigiu a constituição de firma, para que em nome dessa continuassem a prestar serviços de vendas. Essa providência ou transformação de empregados em sócios de uma sociedade para, sem qualquer alteração no *modus faciendi*, continuar a prestação de serviços, constitui-se na ilegalidade declarada em primeiro grau”. (TRT, 9ª Região, RO 2593/90, Ac. 3ª T. 4.708/91, j. 19-6-91, Rel. Juiz Euclides Alcides Rocha, LTr 57-05/576)³⁵⁴.

En este sentido también se encuentran decisiones de los tribunales españoles: “El BSCH suscribió con una empresa un contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual la empresa asumió la realización del servicio de marketing y publicidad, comprendiendo actividades de información, difusión y realización de campaña publicitaria. (TSJ de Aragón, Sentencia 1004/2001, de 8 de octubre). El TSJ de Aragón, reiterándose en su doctrina anterior, mantiene que si la empresa contratista (la arrendataria del servicio) se limita a la provisión de la fuerza de trabajo, es decir, al suministro de trabajadores, nos encontramos ante una cesión ilegal, con la lógica conclusión de que los trabajadores objeto del tráfico prohibido tendrán derecho a integrarse como trabajadores fijos en la empresa cedente. [STSJ de Aragón de 8 de octubre de 2001 (NSJ010341)]”³⁵⁵.

La clave para evitar muchos de los problemas está en relación al contrato hecho por las dos empresas, y obviamente que esté conforme con la legislación laboral pertinente, tema

³⁵⁴ Entre otros casos: “Irrelevante ter o empregado constituído pessoa jurídica para continuar prestando os mesmos serviços ao empregador, no mesmo local, na mesma condição, com móveis, telefone e empregados pagos pela reclamada, porque a situação caracteriza a continuidade do vínculo empregatício” (TRT 9ª Região, RO 871/82, Ac. 1.606/83, j. 12-7-83, Rel. Juiz George Christofis, LTr 48-7/860). “A constituição da pessoa jurídica e posterior contrato de representação comercial, por si só, não fazem prova do trabalho autônomo. Muitas vezes é difícil distinguir entre o trabalho subordinado e o autônomo, pela presença da zona gris. Entretanto, quando ausente a livre iniciativa e presente a condução de mero colaborador da atividade empresária, desponha a relação de emprego. Provada a subordinação, pessoalidade e demais requisitos do art. 3º CLT, reconhece-se a relação de emprego. O aspecto formal, consubstanciado no contrato social e no de representação comercial, não pode se sobrepor ao “contrato-realidade”, como é considerado o contrato de trabalho. Por isso, atos fraudulentos, que tenham por escopo mascarar a relação de emprego, são tidos como nulos a teor do art. 9º da CLT. Presentes os requisitos do trabalho subordinado, reconhece-se o vínculo empregatício, com a baixa dos autos ao Juízo de origem para julgamento do mérito. Provimento do Recurso do empregado”. TRT 9ª Região RO 5.175/90, Ac. 2ª T. 0172/92, Rel. Juiz José Montenegro Antero, DJPR 31-1-92, pág. 43.

³⁵⁵ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 144.

estudiado en el final del capítulo anterior. Lo que debe siempre constar en este es la prestación de servicios, no la disponibilidad de mano de obra; la contratista no es, en principio y explícitamente, una intermediaria de mano de obras de carácter de explotación del trabajo. También deberá haber cautela para ver si existe realmente calidad en los servicios prestados, pues caso solo exista el abaratamiento de los costes pero hay una caída en la calidad del servicio o producto, la subcontratación no fue hecha de manera razonable, poniendo en riesgo el futuro del propio negocio empresarial.

Las prácticas ilícitas, incluso se aplican para ambos países, de la subcontratación pueden ser dividida en cuatro partes: la primera, ora mencionada, son los casos en los que una empresa contrata un servicio de una contratista y sus empleados se encuentran a completa disposición de la contratante, de forma que controla el horario, las tareas, las formas de hacerlas, fiscalizando. Es decir, con alto poder de mando sobre los trabajadores de la contratista³⁵⁶.

La segunda hipótesis sería la de una empresa que crea otra empresa con el objetivo de absorber por completo su sector de manutención y que le prestará servicios con exclusividad. La tercera sería cuando la contratante hace un contrato de prestación de servicio u obra con una empresa contratista en el cual el objeto social no es compatible con la prestación del servicio ofrecido. Y la cuarta sería la contratación de servicios de una empresa contratista que no tiene total autonomía, ni asume los riesgos típicos del empleador ni, tampoco tiene lucros de emprendimientos económicos, puramente creada para burlar las normas jurídicas laborales.

En los casos de sospecha o de evidencia de una cesión ilegal de trabajadores en Brasil, según el art. 129 III³⁵⁷ y IX CF/88, es de competencia del Ministerio Público del Trabajo

³⁵⁶No solamente la personalidad es suficiente para la descaracterización de la subcontratación lícita, como también es importante que haya la subordinación directa conjuntamente con la primera para que sea considerada la ilicitud. Es importante mencionar en este sentido a Leiria: "Havendo contratos sociais compatíveis, o contrato de prestação de serviços revela a "eleição" de um empresário por parte de outro empresário. Portanto, ambos com know-how diferentes. Assim, quem compra os serviços não deve subordinar o realizador de serviços, sob pena de prestadora dos serviços tornar-se mais um departamento da tomadora. Caso contrário, essa passa da condição de fiadora da contratação para a de responsável, o que significa ser titular dos empregados da terceira. Os contratos muito "amarrados" simplesmente provam que não existe prestação de serviços. Portanto, o contrato deve ser a prova de que o terceiro já possuía autonomia de como fazer o que o tomador de serviços contratou. Uma descrição detalhada de como o terceiro manejará o seu pessoal demonstra que há um só patrão. Isso porque o contrato seria controlado e não o empresário-parceiro". SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial, Gente, São Paulo, 1996, pág. 40.

³⁵⁷ El art. 129 III y IX CF/88 expresa: "São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

demandar una acción civil pública en la JT. La competencia de todos los casos de subcontratación es de ésta, porque se trata de una relación de empleo. El Ministerio Público del Trabajo todavía hace actividades de carácter esencialmente preventivo, promoviendo en primer momento la actuación de la empresa contratista fraudulenta, siendo las mismas convidadas a firmar termo de compromiso de adecuación a las exigencias legales. Si es irrespetado el compromiso celebrado el Procurador del Trabajo puede demandar con una acción civil pública³⁵⁸, tema mejor analizado posteriormente. Configurada la ilicitud, el juez del trabajo reconoce como empleador aparente a la empresa contratista y como empleador oculto o disimulado a la contratante, convirtiendo y aceptando el vínculo de la relación laboral entre ésta y los supuestos trabajadores de la empresa contratista.

Diferentemente de España, en Brasil no hay, como ha sido incansablemente mencionando, una legislación específica, y tampoco en los casos de cesión ilegal hay una sanción administrativa y penal específica, como será visto el caso español en breve. Lo que ocurre en los tribunales brasileños es cuando hay la conclusión judicial de que hubo un caso de subcontratación ilícita, se percibe que el juez laboral irá sentenciando de acuerdo con los derechos laborales defraudados, como por ejemplo, dependiendo de cada caso: se aludirá al presupuesto y la multa del art. 447³⁵⁹ CLT si no fue pago en la época debida; o la indemnización del art. 487³⁶⁰ CLT, en los casos que no haya sido dado el aviso de despido en la época correspondiente.

También se puede aplicar la conversión de la obligación de hacer a la de pagar en determinados casos, conforme al art. 186³⁶¹ y 927³⁶² CCB, como también es posible la

³⁵⁸Válido dar como ejemplo: “a situação Fátima em que uma empresa pretendendo terceirizar parte dos serviços relacionados a sua atividade-fim, promove dispensa de seus empregados e contrata outros, através da empresa interposta, que vão realizar os mesmos serviços prestados pelo ex-empregados. Neste caso, o Ministério Público do Trabalho tem o poder-dever de instaurar inquérito civil e, se o inquirido recusar-se a firmar termo de compromisso de ajustamento de conduta, ajuizar ação civil pública, em ambos os casos visando à defesa dos interesses difusos (empregabilidade, pagamento de tributos e contribuições sociais, valor social do trabalho e dignidade do cidadão-trabalhador), coletivos (piso salarial da categoria) e individuais homogêneos (registro e anotação da CTPS, percepção das verbas trabalhistas correspondentes, horas extras, adicionais, etc.) que a ordem jurídica protege, com vistas à correção de tais irregularidades”. BECERRA LEITE, Carlos Henrique, en NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização, Op.Cit., pág. 150.

³⁵⁹ El art. 447 CLT determina: “Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade”.

³⁶⁰ El art. 487 CLT define: “Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de: I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. § 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço. (...)”.

³⁶¹ El art. 186 CCB expresa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

utilización de la Súmula 389³⁶³ TST, en los casos de no dar al pseudotrabajador subcontratado las guías del seguro desempleo.

En este sentido véase: “Tribunal Regional do Trabalho - 6ª Região PROC. Nº TRT-01017-2006-002-06-00-8 (RO) Órgão Julgador: 3ª Turma Relator: Juiz José Luciano Alexo da Silva Procedência: 2ª Vara do Trabalho do Recife (PE). EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. ILÍCITA. OCORRÊNCIA. Não se concebe lícita a terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa BANCO ABN AMRO REAL S/A - como ocorreu na hipótese, levando-se em consideração que o autor executava típica atividade bancária - que não se insere no objeto social da prestadora (LISERVE). Apelo patronal improvido, no particular. Básicamente se puede decir que la sanción correspondiente a la subcontratación ilícita es considerar el trabajador como si fuera como uno de plantilla y darle todos los derechos como debido”.

En España, la responsabilidad impuesta por el art. 43.3³⁶⁴ ET y 127.2³⁶⁵ LGSS en relación a la cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cedente y cesionaria es la solidaria en relación a las obligaciones salariales y con la Seguridad Social. Lo interesante es que en el caso de que la cesionaria sea la Administración Pública, el trabajador cedido podrá ser considerado como trabajador indefinido, pero no como fijo, conforme a la decisión de la STS 27-12-2002, A. 1844. Diferentemente en Brasil, como será mejor analizado posteriormente, no podrá haber vinculación en ninguna hipótesis entre el cedido y el órgano público, tal vinculación solamente ocurre a través de oposiciones públicas.

³⁶² El art. 927 CLT explica: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

³⁶³ La Sumula 389 TST determina: “Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 210 e 211 da SDI-1 Seguro-Desemprego - Competência da Justiça do Trabalho - Direito à Indenização por Não Liberação de Guias. I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho a lide entre empregado e empregador tendo por objeto indenização pelo não-fornecimento das guias do seguro-desemprego. (ex-OJ nº 210 - Inserida em 08.11.2000) II - O não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização. (ex-OJ nº 211 - Inserida em 08.11.2000)”.

³⁶⁴ El art. 43.3 ET estipula: “Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos”.

³⁶⁵ El art. 127.2 ET afirma: “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones. (...) 2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo”.

Incluso tal conducta puede ser sancionada a nivel penal, como sería el caso de tipificación al art. 311³⁶⁶ CPE, o a nivel administrativo, como es el caso del art. 8.2³⁶⁷ LISOS que es el caso de ser considerada como una infracción administrativa muy grave. O a nivel laboral que sería la imposición de una responsabilidad solidaria sobre cedente y cesionario, por las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la seguridad social³⁶⁸.

En el caso brasileño, al analizar el Enunciado 331 TST, se puede percibir la omisión del precepto en relación a la responsabilidad en los casos de la subcontratación ilícita. Tampoco la contratante puede salir impune, en estos casos se aplica la regla general de responsabilidad previsto por el art. 942 CCB, en que trata de responsabilidad solidaria por la realización grupal de hecho ilícito.

Una parte de la doctrina defiende que es un caso de acto ilícito, y como consecuencia flagrante la cesión de mano de obra, la utilización de empresas contratistas en las actividades principales de las empresas contratantes. Generalmente los autores definen que el único caso en que no está prohibida la cesión de mano de obra es el autorizado por la ley. Cuando se trata de la industria automovilística, una parte de la doctrina la pone como excepción a la regla de la

³⁶⁶ El art. 311 CPE define: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. 2. Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro. 3. Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”. Es válido mencionar en este sentido: “Delito penal. (...)Sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones anteriores, una cesión ilegal de trabajadores con una violación de los derechos básicos de éstos, puede derivar en una responsabilidad penal para el actuante según rezan los artículos 311 y 312 (estrechamente relacionados para dar lugar al hecho causante) del Código Penal. Para determinar el límite en el que se sitúa el delito penal en colación a la cesión ilegal, tenemos que dirigirnos a la jurisprudencia. Por dar un ejemplo podemos acudir al Auto 1203/2004, resolutorio de recurso de apelación, que desestima finalmente la Audiencia Provincial de Madrid, expresada opinión mediante la ponencia de la magistrada doña María Teresa Chacón Alonso. A través de un análisis legislativo y jurisprudencial establecido en el fundamento segundo, reza lo siguiente: «El delito se consuma con la realización del acto del tráfico, sin que sea preciso se materialice un perjuicio para el trabajador. No obstante, sí es necesario que presente cierta idoneidad para lesionar los derechos de los trabajadores. Asimismo, la expresión tráfico conlleva la existencia de un ánimo de lucro o enriquecimiento». Sacando sintéticamente la intención, nos damos de cuenta de que pueden existir dos tipos de cesiones ilegales: la que se hace de manera negligente, y la que se hace de manera dolosa (con el fin de lucro o enriquecimiento comentado por la magistrado); recibiendo en este último caso la calificación de delito, que puede verse agravado si además produce una situación de perjuicio para los trabajadores. Las penas establecidas para este tipo de delitos van desde 2 a 5 años de cárcel, y de 6 a 12 meses de multa. A modo conclusivo y vistas las ostentosas consecuencias que pueden, incluso, llevar a la quiebra a muchas empresas, es conveniente establecer unos mecanismos de control exhaustivo de la subcontratación”. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros os. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 146.

³⁶⁷ El art. 8.2 LISOS establece: “Infracciones muy graves. (...) 2. La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”.

³⁶⁸ En este sentido: “Tales contratas y/o subcontratas son plenamente lícitas en nuestro ordenamiento pero, por los efectos negativos que pueden llegar a tener sobre los trabajadores empleados por las contratistas y subcontratistas, quedan vinculadas a unas garantías establecidas tanto por el ET, como por la LISOS, la LPRL y la LGSS”. AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 261.

subcontratación. Unos defienden que hubo subcontratación en la propia actividad de la empresa, encargándose apenas del encaje y finalización del producto, a diferencia de otros autores que afirman un cambio en la propia actividad de las empresas automovilísticas, que sería ahora la de solamente montaje de piezas y proyectos de automóviles³⁶⁹.

Uno de los pocos autores que tratan de no discutir la nulidad/licitud basado en el de contrato fin y medio es Cavalcante, y por tal motivo es válido expresar su teoría: “Nas hipóteses em que a terceirização for realizada de forma ilícita, ou seja, nos casos de fraude, de intermediação para exploração de mão-de-obra, aplicar-se-á o disposto no art. 9º da CLT, reconhecendo-se a nulidade da primitiva contratação, com a consequente declaração de existência de relação empregatícia direta entre o trabalhador da prestadora e a tomadora dos serviços. Robortella critica entendimentos no sentido de que, em qualquer hipótese (existindo ou inexistindo fraude), possa aplicar-se o art. 9º da CLT a fim de reconhecer a existência de relação de emprego diretamente entre o trabalhador da prestadora e a tomadora por entender que a relação entre elas, em tais situações, é oriunda de um contrato de natureza civil sendo “...insustentável, com base em mero inadimplemento ou insolvência econômica, a modificação da relação jurídica, para que passe a compô-la, como empregador, não mais a empresa prestadora, que contratou e treinou seu empregado, mas o tomador, que não participou daquela relação. Representa uma declaração de nulidade sem causa”³⁷⁰.

En el caso español, el art. 43.4³⁷¹ ET es taxativo al dejar a la opción del trabajador, después de comprobado en los tribunales haber sido un caso de cesión ilegal de trabajadores, elegir ser considerado como un trabajador fijo o en la empresa cedente o cesionaria; en el caso de que sea la cedente una empresa ficticia, el trabajador será considerado como fijo de la cesionaria.

³⁶⁹ Carelli afirma que se puede discutir la relación de dependencia entre la empresa contratista y la empresa contratante, lo que probablemente ocurrirá en muchas hipótesis. Aunque tal dependencia económica no es la caracterizadora del contrato de trabajo, huyendo del tema ora expuesto. Texto retirado del libro de LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág.113.

³⁷⁰ El autor sigue explicando: “O mesmo autor admite que só haverá responsabilidade subsidiária quando a terceirização for ilícita e referir se à atividade fim, inexistindo, portanto, quando for lícita e disser respeito à atividade-meio, com o que não concordamos, primeiro porque somos partidários de que a terceirização, para ser considerada lícita ou ilícita, não se pode ater à dualidade atividade-meio versus atividade-fim, podendo ser lícita ou ilícita tanto em uma como em outra. Segundo porque seria conferir caráter anti-social à fórmula terceirizante, o que deve ser repellido”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, *A terceirização das relações laborais*, LTr, São Paulo, 1996, pág. 113.

³⁷¹ El art. 43.4 ET define: “Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

Y sigue explicando Palomeque López: “En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador del mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal (STS 30-11-2005, A. 1231 de 2006). Este derecho de elección de los trabajadores cedidos podrán ejercerlo durante el tiempo que dure la cesión (STS 11-9-1986, Ar. 4953); esto es, para que pueda ejercitarse la opción se requiere que la relación laboral mantenida con el cesionario se encuentre en vigor (STSJ Madrid, 17-5-1993, A. 2599) (...) Sin embargo, cuando el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento, todas las condiciones de trabajo (y no sólo la antigüedad) de la cesionaria se aplican al trabajador desde el momento mismo en que se inició la cesión fraudulenta (STS 5-12-2006, A. 91 de 2007). En un pleito por despido, la existencia de la cesión ilegal se discutirá como cuestión previa referida a la naturaleza del empresario (STS 8-7-2003, A. 6412), y si el despido es declarado improcedente, el empresario elegido por el trabajador optará entre readmisión o indemnización (SSTS 5-2-2008, A. 1625 y 19-2-2009, A. 140456)”³⁷².

No se pueden olvidar tres puntos importantes. El primero es que el trabajador accederá a la empresa elegida (cedente o cesionaria, en los casos de no haber pseudosubcontratación) teniendo los derechos y obligaciones como cualquier otro trabajador de plantilla, nunca en condiciones inferiores, incluyendo lo pactado en el convenio colectivo correspondiente. El segundo se refiere a la sanción por falta muy grave, caso de que exista, prevista por el art. 8.2 LISOS y la respectiva multa que variará dependiendo de los criterios de graduación que aprecie el inspector de Trabajo y Seguridad Social. Y el tercer punto, relacionado con el anterior por ser una sanción accesoria de ésta, versa sobre la prohibición de que la empresa infractora contrate con la Administración Pública³⁷³.

³⁷² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 550. Es válido citar también: “Lo que en principio es irrelevante es que la empresa cedente actúe formalmente como tal, es decir, que contrate, abone los salarios, cotice, despida a los trabajadores, etc.: precisamente lo hará para cubrir su apariencia formal de empresario contratista. Ello no deberá impedir que se declare que existe una cesión ilegal, si se prueba que es la empresa cesionaria la que realmente dirige el trabajo. Lo fundamental es que, si se prueba que la supuesta empresa principal es la que organiza el trabajo, habrá que concluir que ella es la empresa real y que estamos ante una cesión ilegal y no ante una contrata porque el aparente contratista carece de facultades sobre los medios materiales como de gestión de personal”. AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág.263.

³⁷³ En este sentido: “La propia LISOS en su artículo 20.2 a), d), f) así lo establece, determinando que en ningún caso podrán contratar con la Administración aquellas personas (físicas o jurídicas) que hayan sido sancionadas o condenadas por sentencia firme por infracciones administrativas muy graves, como es el caso de la cesión ilegal de trabajadores”. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 145.

Sobre las pseudocontratas propiamente dichas, en relación al contenido de simulación y fraude a la ley³⁷⁴, es importante mencionar que la simulación, otro tipo de intento de burla de la norma jurídica, supone la voluntad de aparentar algo que verdaderamente no es. La definición de fraude de ley es “enmascarar la que sería, si trascendiera, antijuridicidad flagrante del supuesto facticio tipificado, cambiando habilidosamente sus rastros empíricos, para que parezca indiferente o permitido por el Derecho”³⁷⁵. Citando palabras de Barros Monteiro, la simulación presenta las siguientes características: “em regra, é declaração bilateral da vontade; é sempre concertada com a outra parte, ou com as pessoas a quem ela se destina; não corresponde à intenção das partes; é feita no sentido de iludir terceiros”³⁷⁶. La simulación es vista en los procesos de subcontratación cuando estos tienen la finalidad de ocultar los presupuestos del vínculo de la relación de trabajo.

En este sentido es oportuno citar a Montoya Melgar: “La jurisprudencia viene exigiendo una serie de requisitos de cuya presencia puede inferirse razonablemente la veracidad de la contrata y la inexistencia de maquinaciones de simulación y fraude; en tal sentido, la realidad y licitud de la contrata se condicionan a que obedezca a necesidades auténticas de la empresa “principal”, a que el contratista sea efectivo titular de una organización empresarial con un fin productivo determinado, a que tal empresa contratista se halle vinculada a una pluralidad de clientes, a que el contratista asuma la dirección de sus trabajadores, etc.”³⁷⁷.

Es común la práctica en Brasil de la simulación de empresas, que en realidad son ficticias, contratadas para servicios de subcontratación revestidos con una apariencia de

³⁷⁴Albaladejo diferencia simulación de negocio fraudulento, como se puede percibir: “Del negocio fraudulento en que- como el indirecto -, también éste, a diferencia del simulado, es un negocio verdadero y querido, aunque con él se persiga verificar el fraude. Lo que ocurre es que éste se puede realizar, bien mediante un negocio real (por ejemplo, venta de bienes con objeto de defraudar a los propios acreedores), bien mediante un negocio simulado (por ejemplo, venta ficticia de bienes para que aparentemente éstos hayan salido del patrimonio del deudor). Por eso el negocio simulado no es en sí un negocio fraudulento, aunque pueda servir de medio o instrumento, como cualquier otro negocio verdadero para defraudar (véase sentencia de 22 diciembre 1987)”. ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil I, Edisofer S. L., Madrid, 2006, pág. 648.

³⁷⁵ LOIS ESTÉVEZ, José, Fraude contra derecho, Civitas, Madrid, 2001, pág. 188. En este sentido, es válido citar al art. 6. 4 CCE: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

³⁷⁶ ALVES POLONIO, Wilson, Terceirização. Aspectos legais, trabalhistas e tributários. Atlas S.A., São Paulo, 2000, pág. 106. El art. 1276 CCE estipula: “La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”. En este sentido Albaladejo expresa: “Hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí - o, si aquél es unilateral, de acuerdo el declarante con el destinatario - emiten una declaración (o declaraciones) no coinciden con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros”. ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil I, Edisofer S. L., Madrid, 2006, págs. 644-645.

³⁷⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 413.

cooperativas de trabajo, autónomos o empresas contratistas, que en realidad existen para burlar las leyes laborales, tributarias y de Seguridad Social. También pasa lo mismo en España, como se puede percibir en las palabras de Ramírez Martínez, que menciona incluso el fraude utilizándose de una cooperativa de trabajo asociado, a pesar de que este tema será mejor visto a continuación: “Desde luego, si la supuesta empresa principal es la que paga los salarios o da de baja a los trabajadores en la Seguridad Social, claramente estamos ante una cesión ilegal. Otros datos son, en principio, indiferentes: por ejemplo, el hecho de que un contratista trabaje en exclusiva para una empresa principal no demuestra por sí mismo que haya una cesión ilegal, aunque esa exclusividad puede ser indicio de que ese contratista es una empresa ficticia. En todo caso, es indiferente que la empresa cedente no persiga un ánimo de lucro. Puede incluso suceder que la empresa cedente sea formalmente una cooperativa de trabajo asociado: en tal caso, aunque los «trabajadores» cedidos sean formalmente más bien socios de la misma, se produce igualmente la aplicación de lo dispuesto en el actual art. 43 ET”³⁷⁸.

También debe mencionarse la teoría de Godinho Delgado, que expresa que hay una subordinación estructural y que ésta supera las dificultades del encuadramiento de situaciones fatídicas que el concepto clásico ya no es suficiente para los días actuales – visto que se basa en la relación fordista y taylorista que tiene como características de jerarquía y segmentación, diferentemente de la tendencia actual del ohnismo/toyotismo - principalmente con la llegada de la subcontratación, fundamentado en el nuevo contexto de la actividad productiva de la empresa posindustrial y flexible. Tornándose dispensable la orden directa de la empresa, visto que pasa a ser ordenado por la producción como un todo. Lo que significa decir que un empleado subcontratista, aunque no reciba las órdenes directas de la contratante, se encuentra estructuralmente subordinado a ella, así que hay que verificar cada caso concreto, como el de la empresa Telemar³⁷⁹, que fue condenada a reconocer el vínculo directo con el empleado subcontratado por ésta.

³⁷⁸ AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág.263. Y sigue explicando el autor: “El empresario real, por tanto, responde solidariamente junto con el empresario formal. Y, a diferencia de lo que sucede en el caso de las contrata contemplado en el art. 42 ET, responde de cualquier obligación con los trabajadores (por ejemplo, de las indemnizaciones por despido) y no solamente de las obligaciones de naturaleza salarial”. AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 264.

³⁷⁹ La 1ª Turma del Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região aplica la teoría de la subordinación estructural y reconoce vínculo directo del empleado subcontratado con la empresa Telemar: “A 1ª Turma do TRT-MG deu provimento ao recurso de um reclamante, que prestava serviços à Telemar através de empresa fornecedora de mão-de-obra, reconhecendo o vínculo empregatício diretamente com essa empresa de telefonia, por considerar ilícita a terceirização levada a efeito no caso. O relator do recurso, Juiz convocado José Eduardo de Resende Chaves Júnior, ressaltou que, embora tenha sido contratado pela empresa prestadora de serviços (primeira reclamada na ação trabalhista) o reclamante trabalhou, com exclusividade, para a Telemar, como demonstraram as provas no processo. As funções exercidas pelo reclamante enquadraram-se na atividade-fim, habitual, necessária e permanente da companhia telefônica, o que leva à formação de vínculo com o tomador de serviços, nos termos do inciso I, da Súmula nº 331, do TST. Segundo o Juiz, a análise do caso revela que o trabalhador, no desempenho de suas tarefas de instalador/emendador de cabos telefônicos subterrâneos, estava inserido em um esquema de subordinação estrutural ou

Muchas empresas están forzando a sus empleados a que renuncien a su relación laboral y firmen un contrato de prestación de servicios o de obra con ellos para de esta manera dejar de ser responsables en materia laboral y de Seguridad Social. Estos son convertidos normalmente en autónomos o, si es un grupo, en una cooperativa. La inducción de la realización de estas prácticas viene siendo más común principalmente en los tipos de trabajo donde no hay un sindicato fuerte. Se podría citar como ejemplo el caso de los trabajadores rurales, que sintiendo la presión económica hecha por la empresa, aceptan sujetarse a este tipo de simulación para seguir en una precariedad que prefieren al compararla a la falta de empleo vista en el mercado.

Uno de los ejemplos clásicos a ser citado en Brasil, diferentemente de España, es la “cooperativa gato”, mencionada posteriormente, usada frecuentemente por los empresarios del sector rural que presionan para que los trabajadores rurales se asocien en cooperativas. Muchas veces la ignorancia de esa clase de trabajadores no les permite comprender lo que es una cooperativa, ni tampoco comprenden los derechos laborales debidos a los que a partir de ese momento renuncian.

En la práctica, en los tribunales, vale la pena ver algunas decisiones más tanto a favor como en contra a la realidad de la cesión de trabajadores, referentes a la determinación de la contratante, la distribución, el tiempo y forma de cómo el trabajo tiene que ser realizado por los trabajadores de la contratista, importantes de ser mencionados de acuerdo con el sentido de tercerización en el texto (contratas y subcontratas): “Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro – CERJ, que mantém Contrato de Prestação de Serviços nº 027/SG-J/2000, com a empresa com sugestivo nome de RH Internacional Ltda., cujo objeto é o fornecimento de 61

integrativa dentro da atividade essencial da empresa de telefonia. Ou seja, ainda que não recebesse suas ordens diretas, integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento do tomador de serviços. Trata-se de um novo conceito de relação de emprego, inspirado na doutrina do desembargador e jurista Maurício Godinho Delgado, para quem a "subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida, ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores, a terceirização". A idéia essencial aí, como fundamenta o relator, é a de que, no novo contexto da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, torna-se dispensável a ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção, como um todo. (...) e acrescenta que a subordinação jurídica tradicional foi pensada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. "Já no sistema 'ohnista', de gestão flexível, prevalece o binômio 'colaboração-dependência', mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação"- completa. (...) a Turma reconheceu o vínculo empregatício direto com a Telemar Norte Leste, deferindo ao reclamante os direitos assegurados pelas convenções coletivas negociadas pelo SINTTEL (sindicato que agrega os empregados da Telemar), tais como: diferença entre o salário pago a empregado de mesma função e o recebido pelo reclamante, cesta básica de alimentação, participação nos lucros, entre outros. A primeira reclamada, que contratou o reclamante, foi mantida como responsável solidária pela satisfação do débito trabalhista, tendo em vista a ilicitude da intermediação e por ter sido empregadora aparente do autor. Processo: (RO) 00059-2007-011-03-00-0. Publicado em 24 de Janeiro de 2008 às 12h30". Disponible en: newsletter@iob.com.br

trabalhadores (Cláusula 10) para a realizar atendimento comercial e recepção telefônica, dentro dos estabelecimentos da própria empresa prestadora de serviços públicos de telefonia, sob o seu comando. Note-se que não há terceirização de serviços, mas somente “alocação” (a expressão é própria do contrato) de trabalhadores, em quantidade determinada pela CERJ, em cada um de seus estabelecimentos (item 10.1 da Cláusula 10ª). Mantém também a mesma empresa Contrato de Prestação de Serviços nº 026/SG – J/2000, com a mesma RH Internacional Ltda., tendo como objeto a “alocação” de 60 trabalhadores para a realização de atendimento telefônico, também dentro das cercanias da empresa telefônica. Verifica-se claramente tratar-se de fornecimento de trabalhadores, e não de serviços especializados”³⁸⁰.

Uno de los casos más interesantes y demostrativos de cesión de mano de obra fue el ocurrido con la Petrobrás al contratar una empresa contratista Medical Care Serviços Ltda. El objeto del trabajo era la prestación de servicios técnicos de enfermería, en la cláusula 3.1.1 del anexo III del contrato expresaba que los servicios deberían ser realizados durante 12 horas por día, con intervalo de 1 hora para comida, y estando las demás 12 horas a disposición para cualquier caso³⁸¹. Al determinar el horario del propio personal de trabajadores de la

³⁸⁰Texto basado en el Inquérito Civil Público 914/00, PRT 1ª Región, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização, Op.Cit., págs. 126-127. De igual manera se puede citar la Companhia Siderúrgica Nacional – CSN que también realiza estos tipos de contratos, como es el caso de la empresa contratista “ISS – Servsystem Comércio e Indústria Ltda., que alegando ser su actividad medio, contrató 12 vigilantes para el escritorio de la CSN en São Paulo, 4 ayudantes de servicios generales para el escritorio de Volta Redonda, 1 encargado para Volta Redonda, 1 conferente para el Sector de Alimentación y otros tantos recepcionistas “office-boys”, lo que identifica claramente la cesión de mano de obra y no un caso de tercerización”. Texto basado en el Procedimiento Investigatório 463/00, folios 228, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág.127. También el caso de la empresa TELEMAR – Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. que contiene expresamente en su contrato la facilitación de mano de obra. Fué lo que pasó con el contrato de la empresa tercerizada Construel Projetos e Construções Ltda., teniendo por objeto: “segundo a cláusula 1.1, prestar serviços de fornecimento de mão-de-obra, com alocação de: Técnico Pleno Telecomunicações e Sistema Óptico I – 10 trabalhadores; Técnico Pleno Telecomunicações e Sistema Óptico II – 52; Técnico Júnior Telecomunicações e Sistema Óptico – 12; Atendente de Facilidade – 6; cabista – 6 e auxiliar de cabista – 12”. Texto basado en el Inquérito Civil Público 636/00, PRT 1ª Región, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 126-127. Carrion también tiene una postura contra la cesión de mano de obra, pues es un artificio puro para burlar las normas del derecho laboral, de esta manera explica: “Na locação de mão-de-obra e na falsa subempreitada, quem angaria trabalhadores os coloca simplesmente (ou quase) à disposição de um empresário, de quem recebem as ordens, com quem se relacionam constantemente e diretamente, inserindo-se no meio empresarial do tomador de serviços, muito mais do que no de quem os contratou e os remunera; o locador é apenas um intermediário que se intromete entre ambos, comprometendo o relacionamento direto entre o empregado e seu patrão natural; em seu grau extremo, quando, sem mais, apenas avilta o salário do trabalhador e lucra o intermediário (Camerlynck, “Le Contrat”). É a figura do marchandage, com suas características mais ou menos nítidas e que é proibida em vários países (França, México etc.) e até punida criminalmente (art. 43 da L. 8/80, Estatuto dos Trabalhadores, da Espanha)”. LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, págs. 104-105. La cesión de mano de obra es tan evidente que la propia TELEMAR realizaba un plan de carrera con los trabajadores de la contratista.

³⁸¹Texto basado en el Inquérito Civil Público 226/00, PRT 1ª Región, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 128. Otro contrato entre la Petrobrás y la empresa contratista Sextante Reparos Navais Ltda., determinaba en uno de sus anexos que se denominaba “calificación de personal”, tratando de someter los candidatos a examen de conocimientos teóricos y prácticos con base en el programa de entrenamientos patrones específicos. En otras palabras se puede decir que la contratante exigía que la empresa contratista hiciera concurso con los requisitos que la propia contratante imponía para la selección del personal de trabajo. Otra exigencia pedida por la Petrobrás era que los trabajadores de la contratista tuviesen escolaridad específica dependiendo del puesto de trabajo equivalente al que supuestamente iría a desempeñar el trabajador en la contratante y además con experiencia profesional en la función a desarrollar. Aunque lo más llamativo era que la contratante exigía de cada trabajador la presentación de su Curriculum Vitae para análisis de la misma. Obviamente un simple caso de cesión ilícita de mano de obra, pues rompe con todos los requisitos de caracterización de un servicio prestado por contratista a una empresa contratante. Texto basado en el Inquérito Civil Público 226/01, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 145. Complementando,

contratista, quedando explícita la cesión de mano de obra, de la misma forma cualquier hora extraordinaria realizada por el trabajador de la contratista o disposición de estos trabajadores a la realización de servicios extraordinarios es un indicio de la cesión de trabajadores.

Los contratos de la Petrobrás con contratistas tenían la cláusula patrón en la que expresaba que debería providenciarse la sustitución dentro del plazo de 48 horas de cualquier empleado suyo, cuya permanencia en los servicios contratados sean considerados perjudiciales a la seguridad, calidad y buen funcionamiento de los servicios hechos por la fiscalización, sin ningún coste adicional para la Petrobrás³⁸². Sería una manera muy sencilla de no tener ninguna obligación con los trabajadores supuestamente de la contratista, al poder elegirlos y despedirlos sin tener ningún tipo de responsabilidad con éstos. Pues exige una personalidad, un cumplimiento directo de las reglas dictadas por la contratante, una fiscalización de la ejecución del trabajo, y además quieren tener el derecho de sustitución de personal en los casos determinados por ella misma: “muchas veces lo hace indirectamente” encubiertos por una capa de subcontratación.

En este sentido se puede ejemplificar la concesionaria de servicios públicos TELEMAR, que contrató la empresa contratista Guinada Consultoria Ltda., para la prestación de servicios de “elaboração de projetos executivos de rede externa (...), com alocação de 50 postos de serviços, sendo 11 projetistas I, 22 projetistas II e 17 projetistas III” en el cual se estaba determinado los precios del contrato por puesto de servicio: projetista I – R\$ 2.304, 44; projetista II – R\$ 3.401,66; y projetista III – R\$ 4.133,44³⁸³. Se puede observar claramente que

según la Revista Época, nº 185, de 03 de diciembre de 2001, en 1995, la Petrobrás tenía 46.000 empleados y 30.000 trabajadores de la contratista, siendo que en 2001 eran 34.000 empleados y 90.000 de la empresa contratista, se observa que hay casi una proporción de 3 trabajadores de la contratista por 1 trabajador de contratación directa. LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 177.

³⁸²LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 129. Otro caso común de identificación de la interposición ilícita de mano de obra, es en las empresas contratistas creadas con especialidades amplias de sus servicios. Al analizar una empresa contratista que presta servicios de conservación y limpieza, de seguridad, de mantenimiento, servicios de telemarketing, entre otros servicios, significa no tener la especialidad en ningún tipo de trabajo, y sí la simple cesión ilícita de mano de obra. Hay un caso interesante a demostrar en relación a este tema, que fue la empresa contratista Principal Distribuidora de Produtos de Limpeza Ltda.³⁸², ésta tenía un anuncio en el canal de televisión CNT – RIO, canal 9, en el cual decía que la Principal era una empresa contratista que prestaba servicios en todas las áreas, desde limpieza hasta administración predial.

³⁸³Texto basado en el Inquérito Civil Público 226/01, PRT 1ª Región, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 142. También se puede citar el caso de la contratante TAM – Transportes Aéreos Regionais S.A. contratando los servicios de la contratista JVB Transportes Aéreos Ltda., en el cual esta última realiza todos los servicios en tierra necesarios para la TAM. Los trabajadores de ésta cumplían todas las órdenes dadas directamente por la empresa contratante, incluso usaban los uniformes e insignias al prestar los servicios en el Aeropuerto Internacional do Galeão y el Aeropuerto Santos Dumont. Los demás trabajadores prestaban servicios en el escritorio de JVB de ventas de billetes aéreos del grupo TAM. Después de algún tiempo, la propia TAM asumió la responsabilidad por esos trabajadores comunicando a todos el término del contrato con la empresa JVB y la contratación directa de los trabajadores de la contratista. Texto basado en el Procedimiento Investigatorio 319/1999, en LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e intermediação de mão-de-obra*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pág. 132.

es un caso de cesión ilícita de mano de obra, cuando la empresa principal establece los salarios a los empleados de la contratista mediante clasificación del puesto de trabajo.

En este sentido es válido mencionar: “Empresa estatal pública que es contratada por la Conserjería de Medio Ambiente para prestar servicios de desarrollo rural y conservación del medioambiente. A pesar de que la empresa demandada posea estructura empresarial propia y trate de dar apariencia de ejercitar potestades de organización y dirección, requiriendo a la demandante la realización de partes mensuales de asistencia y de petición de permisos y vacaciones, lo cierto es que la empresa no ejerce el control efectivo ni sobre el horario, ni sobre las vacaciones y descansos, utilizando la demandante los medios y servicios de la Conserjería sin ninguna distinción que la diferenciase de los demás funcionarios del departamento. [TSJ de Galicia, Sentencia 1349/2009, de 13 de marzo (NSJ028912)]”³⁸⁴.

Muchos otros casos de cesión de mano de obra fueron detectados por los tribunales españoles, como este caso: “El TSJA ha ratificado la sentencia del Juzgado de lo Social Número 1 de Huelva de abril de 2006 y ha condenado a la Junta de Andalucía a readmitir a cuatro trabajadoras al entender que se ha producido una cesión ilegal de prestación de servicios desde la administración a la empresa privada Coaspradel”³⁸⁵. O es el caso del TSJ Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2001\320732: “ELLERT evita a las otras empresas la contratación de trabajadores y la incomodidad del sometimiento de éstos a su disciplina permitiendo ejercer el poder de dirección empresarial pero sí las cargas del contrato de trabajo, desarrollando el servicio por sí mismas pero con trabajadores cedidos. (...) Se infringe, en consecuencia el art. 43 de la Ley 1/1995, 24 marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores(RCL 1995, 997) , BOE.20.03.1995, por desarrollar una actividad de cesión de trabajadores con carácter temporal, a otras empresas sin estar constituida como empresa de trabajo temporal única cauce establecido en la normativa referida (con, anterioridad al Texto Refundido estaba vigente la Ley 10/1994.99.05[RCL 1994, 1421] , BOE 23.5.1994, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, art. 2)”.

³⁸⁴ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 144.

³⁸⁵ <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/noticias/obligan-a-la-junta-de-andalucia-a-readmitir-a-cuatro-empleadas-por-cesion-ilegal-de-prestacion-de-servicios>.

La cesión ilícita de mano de obra también es observada en los contratos de prestación de servicios con órganos públicos, al analizarse los contratos con empresas contratistas para la cesión de trabajadores de éstas para la realización de servicios de conservación y limpieza, o de seguridad³⁸⁶. Los órganos públicos o empresas públicas sólo pueden utilizar las contrata y subcontratas a través de licitación pública. La empresa contratista que gane las licitaciones tendrá la licencia para prestar sus servicios hasta el periodo estipulado, época en que deberá realizar la Administración Pública una nueva licitación para contratar esos tipos de servicios, como ya se había explicado, y será mejor analizado posteriormente.

Lo que sucede en Brasil, para finalizar este punto, en la práctica es la permanencia de una misma empresa contratista en la realización de un determinado servicio, debido a que siempre gana las licitaciones subsiguientes, o también de empresas contratistas que ganan la licitación y contratan a los trabajadores de la contratista antigua para seguir trabajando en la misma Administración. Es lamentable, pues se puede ver que es una manera de huir de la obligación de hacer concursos públicos para la ocupación de esos puestos de trabajo, y consecuentemente no tener responsabilidad con funcionarios públicos tampoco.

Hay consecuencias desfavorables para los trabajadores de las empresas contratistas que no ganan la licitación, pues se deshacen de sus trabajadores por exceso de personal, aunque ésta es una de las características más comunes, ya vista anteriormente, de la subcontratación: la volatilidad y consecuente inseguridad de un trabajador de mantenerse en su puesto de trabajo, en otras palabras, una forma de precarización laboral. Después serán vistas las diferenciaciones de actividades auxiliares y la propia actividad de la empresa también como forma de mejor identificación de los casos en los que puede ocurrir una cesión ilegal de trabajadores, es decir, una vez más es un caso de precarización laboral.

³⁸⁶ El Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região prohíbe subcontratación irregular en la CODEPLAN: “O Juiz da 19ª Vara do Trabalho de Brasília, Grijalbo Fernandes Coutinho, concedeu hoje liminar para que a Codeplan – Companhia de Desenvolvimento do Planalto Central, cesse, de imediato, a contratação de trabalhadores por meio de empresas ou entidades de locação de mão-de-obra. Esta decisão foi proferida em ação civil pública movida pela Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região. O Juiz Grijalbo determinou a demissão imediata de todo o pessoal contratado irregularmente, com exceção dos terceirizados da área técnica (especialidade em informática), cuja demissão deverá ocorrer em até trinta dias, com o objetivo de não inviabilizar a máquina estatal. A liminar também proíbe a Codeplan de funcionar como intermediadora de mão-de-obra para diversos órgãos da administração pública do Distrito Federal, por considerar existentes indícios dessa prática, inclusive ficando vedada a intermediação de pessoal para trabalhar em residências oficiais e particulares de administradores públicos. Por fim, também foi acolhido o pedido do Ministério Público do Trabalho, determinando a busca e apreensão de documentos na sede da Codeplan e nos escritórios do Instituto Candango de Solidariedade e da empresa Sapiens Tecnologia de Informação Ltda. Caso a Codeplan não cumpra a decisão judicial, ficará caracterizado o crime de desobediência com as sanções previstas no art. 330, do Código Penal, ou seja, seus administradores estarão sujeitos a pena de prisão, além de multa pecuniária de R\$ 30.000,00 por dia. Publicado em 22 de Dezembro de 2005 às 12h05”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

5.1 Actividades auxiliares y propia actividad de la empresa

“Cualquier persona puede hacer complicado lo simple.
La verdadera creatividad consiste en hacer simple lo complicado.”

John Coltrane

222

Se dedican a continuación unas líneas para ver cómo la doctrina brasileña trata acerca del tema, aunque no se detendrán mucho en este aspecto, pues la carencia mayor es la de la definición legal que todavía no existe en el sistema brasileño de leyes laborales. Ya en relación a la legislación española, será analizado apenas lo que actualmente la doctrina y la jurisprudencia consideran lo que es una “propia actividad” que puede ser encuadrada en el art. 42 ET, visto que el desenlace de las teorías de la propia actividad está unido al de la evolución de la subcontratación en España, tema que ya fue tratado en el primer capítulo. Incluso porque en España no hay el problema de prohibición, como en Brasil, de la subcontratación en las actividades que no sean consideradas como auxiliares o accesorias. Lo que sí es crucial en España, como ya se ha visto, es la definición de la propia actividad para saber cuándo se puede detectar un caso de cesión ilegal de trabajadores.

En Brasil, en líneas generales, la “actividad fin”³⁸⁷ – terminología utilizada en Brasil - o principal de la empresa es la que está relacionada esencialmente con su servicio, mientras que la “actividad medio” es la considerada como auxiliar. Se percibe que la preocupación en

³⁸⁷ Godinho Delgado afirma que “atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essencial dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, por tanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, por tanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”. GODINHO DELGADO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2002, pág. 429-430. Igual es importante resaltar que “Por sua vez, atividade-fim vem sendo conceituada como aquela que encerra o objetivo principal da empresa, sua função primordial, aquilo a que ela se destina. Deve coincidir com o fim econômico da empresa Rubens Ferreira de Castro cita como exemplo de atividades que são passíveis de terceirização, enquanto constitutivas de atividades periféricas da empresa, as de “vigilância, segurança patrimonial e pessoal; preparo e distribuição de alimentação; limpeza, conservação e manutenção patrimonial, inclusive jardinagem e paisagismo; transporte de empregados e de produtos, interna e externamente; serviços de portaria, telefonia, telemarketing e elevadores; conservação, manutenção e operação de equipamentos de informática e de programas de computador; conservação e manutenção de equipamentos industriais; assistência médica, odontológica, jurídica, contábil ou qualquer outra de caráter técnico; manutenção e conservação da frota de veículos; serviços de mensageiros; sistema de arquivos; publicidade, vendas e pesquisas de opinião; seleção e treinamento de empregados; serviços gráficos e reprográficos.” Sérgio Pinto Martins acresce: “... montagem, fornecimento e entrega de cestas básicas; previdência privada; seleção de pessoal e recursos humanos; treinamento de funcionários; auditoria.” METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 90-91. Para Ramírez Martínez, el concepto de propia actividad es: “toda actividad en la que “sea advertible una conexión directa o indirecta con el proceso productivo (Albiol y otros) de la empresa principal o, en su caso, de la empresa contratista”. AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 261.

general, como ha pasado en España anteriormente, es la definición de “propia actividad” de la empresa. Pocos autores admiten la subcontratación en la propia actividad de la empresa, pero se percibe esta tendencia únicamente en la doctrina, como es el caso de Robotella y de Lívio Giosa: “O primeiro defende que “a proibição da subcontratação na atividade-fim, admitindo-a só na atividade-meio, não se afigura aceitável porque, em primeiro lugar, muitas vezes torna-se difícil ou mesmo impossível fazer essa distinção”. O segundo defende que “a terceirização não tem limites. Desde que a empresa se dedique mais à sua vocação, à sua missão, seus esforços tendem a se concentrar menos na execução e mais na gestão, exigindo qualidade, preço, prazo e inovações”³⁸⁸.

En la teoría, tanto brasileña como española, se ha podido visualizar mejor el problema cuando se aplica a la realidad. Cuándo y cuáles son las prácticas empresariales consideradas de carácter esencial y cuáles no son. Se percibe que los posicionamientos brasileños - como también fue percibido en el historial español - en general no son completos o suficientes, dejando un margen de posibilidades enorme, tanto para los pensamientos restrictivos como para los amplios.

En este sentido es válido citar a Montoya Medina, quien menciona que la propia actividad no es “tarea sencilla pues, como ya ha señalado la doctrina, se trata de un concepto no reconducible a parámetros objetivos que remite más bien a la casuística y a la praxis empresarial. Terreno, como se sabe, enormemente resbaladizo que impide formular criterios hermenéuticos generales con vocación de validez para todos los supuestos. Prueba de la aludida dificultad son los abundantes y dispares pronunciamientos jurisprudenciales y las no menos numerosas aportaciones doctrinales que se han venido formulando desde la propia existencia del antiguo art. 4 del Decreto 3667/70 de 17 de diciembre, norma a la que debe su origen el concepto estatutario”³⁸⁹.

Se puede considerar en Brasil, por ejemplo, que la “actividad fin” de una empresa de electrodomésticos es el montaje del producto, considerando todas las otras actividades como “medio”³⁹⁰. O también, ampliamente, se puede considerar que las piezas son fundamentales,

³⁸⁸ FERREIRA DE CASTRO, Rubens, *A terceirização no direito do trabalho*, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 103.

³⁸⁹ MONTOYA MEDINA, David, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 119.

³⁹⁰ En este sentido: “Além da expressão “execução indireta”, encontramos na doutrina outras formas de se designar a atividade-meio, tais como atividades auxiliares, não-essenciais, satélites, acessórias, de suporte, secundárias, paralelas etc., as quais são usadas principalmente pela área de administração de empresas e hão de ser reconhecidas pelo Direito, uma vez que a este compete regular a dinâmica social e, por seus princípios, tutelar o dispêndio de força física a favor de outrem. Portanto,

por tanto, su fabricación es considerada como una “actividad fin” de la empresa, concluyendo entonces que es una teoría fallida. En la misma línea de pensamiento el departamento de personal podría ser completamente subcontratado pues no se encuadra en las “actividades fines” de la empresa, siendo posible su subcontratación. En otras palabras se puede decir que de las definiciones brasileñas dadas hasta el día de hoy ninguna es precisa, pudiendo ser interpretadas de diversas maneras.

Por esa explicación es que se dice que es inútil intentar definir precisamente un concepto, no hay un criterio adecuado ni definitivo por sí mismo, cuando en realidad muchas empresas utilizan servicios de manos de obra subcontratada sin obedecer las disposiciones existentes, y muchas veces son empresas ilegales, trayendo consecuencias precarias para los trabajadores. De igual manera se nota la falta de aplicabilidad en la búsqueda incesante de definir lo que es un servicio especializado. Tarea ardua de conceptuar, pues se puede citar a los mecánicos, mantenimiento de limpieza, médicos, ingenieros, abogados, electricistas, etc., porque depende de cada actividad de la empresa. Asimismo, por conceptos amplios puede ser cualquier profesión que no fuera la del montaje final del producto.

En España, la propia actividad como equivalente a actividad normal, ésta fue la primera corriente jurisprudencial, sentada por el extinto Tribunal Central de Trabajo: “correspondían a la propia actividad del empresario principal las actividades normales y funcionalmente necesarias para el cumplimiento de sus fines aunque esas actividades fuesen en sí mismas de naturaleza distinta al fin productivo de la empresa en cuestión”³⁹¹, teoría amplia que abarca también las actividades auxiliares, es decir, todas las actividades de la empresa, exceptuando solamente las de servicios, como por ejemplo, construcción y reparación del local, que no hacen parte de la normalidad de la empresa. La única ventaja, si se puede decir así, es una mayor protección de los derechos de los trabajadores, una vez que había la responsabilidad solidaria para estos casos.

Posteriormente la jurisprudencia española ha modificado el sentido de la propia actividad. Pasando a ser conocida la propia actividad como equivalente a la misma actividad. La tendencia jurisprudencial pasó a ser de reducción de la amplitud, no considerando más

"atividade-meio", expressão trazida para a área jurídica pelo Enunciado 331 do TST, pode ser conceituada como sendo os serviços especializados auxiliares ao processo produtivo, de bens ou serviços, que não produzem isoladamente proveito econômico, por não estarem ligados diretamente aos fins sociais da tomadora". FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 102.

³⁹¹ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 119.

parte del art. 42 ET las tareas auxiliares como la limpieza, vigilancia, etc. En la sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala 3ª, de 1981, Ar. 3045 (Tomo de 1982) hace una distinción entre obras necesarias y obras de la propia actividad, a pesar de ser una doctrina extremadamente restrictiva, una vez que solo consideraba como las tareas que sean realmente integrantes de la actividad. Tampoco ha durado mucho las decisiones basadas en esta jurisprudencia, luego fueron surgiendo otras no tan restrictivas.

En este sentido es válido citar a Ramírez Martínez: “Ahora bien, ¿qué hay que entender por «propia actividad»? La jurisprudencia ha fijado unos criterios interpretativos que se traducen en una aplicación amplia o «in extenso» del precepto en aras de su finalidad tuitiva, aun reconociendo que los mismos no pueden resolver a priori y con absoluta certeza todos los supuestos, sino que se requiere un examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto. Los criterios a que se ha hecho referencia son:- La inherencia. Según el cual, el concepto de propia actividad sólo integra las tareas principales que corresponden al ciclo productivo de la misma, excluyendo a las labores no «nucleares». Expresamente se rechaza el criterio de la indispensabilidad porque incluiría todo tipo de actividad, tanto principal como no nuclear, con lo cual se haría una interpretación tan amplia que dejaría sin contenido al art. 42. - La sustitución. Según el cual, es contrata de propia actividad «cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios deberían realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial»³⁹².

Hay autores brasileños, como es el caso de Ramos Soares, que acredita ser fácil la definición de las actividades medio, en el cual debe basarse en el contrato social de la empresa, verificando si la actividad que desea subcontratar hace parte de su contenido, pues en este caso sería de competencia de la propia actividad, y consecuentemente no podría, según la legislación brasileña, haber subcontratación, como él mismo expresa: “A identificação de atividades-meio é muito fácil e simples. Deveremos iniciar essa avaliação partindo, também, do Contrato Social e verificando se aquela atividade, que desejamos terceirizar, se insere no seu conteúdo. Não a encontrando poderemos entender que é apenas uma atividade de suporte e não essencial, portanto, meio e plenamente terceirizável. Outra maneira é analisando a estrutura operacional e isolando atividades dessa estrutura, e verificando se o processo produtivo prossegue sem interrupção. Em isso ocorrendo poderemos entender que as atividades isoladas não são fundamentais para a obtenção do produto final e, portanto, são

³⁹² AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez): Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 257.

terceirizáveis. (...) Uma outra forma de identificarmos a atividade-fim de uma empresa é consultando o seu Contrato Social, no objeto, e ver a sua descrição. Todas as atividades lá inseridas são essenciais e fundamentais para a consecução dos objetivos econômicos das organizações”³⁹³.

Igualmente Ramos Soares sigue explicando cuáles son las actividades consideradas auxiliares: serían las que agregan coste al producto, caracterizándose como acciones y actitudes administrativas o intermediarias en el proceso productivo, en las empresas, apoyando y suportando la producción. Sin interferir en la calidad o en el funcionamiento del producto, manteniéndolas como gestión propia, administrándolas directamente, tras incremento en el coste operacional de las empresas, que traspasando al precio final del producto. Diferentemente estaría de la propia actividad, en la cual el autor afirma ser las que agregan al valor del producto, que hace parte intrínseca del proceso productivo, siendo esencial en el montaje, construcción y manufactura del producto, conforme define: “Estão diretamente ligadas à qualidade e ao funcionamento do produto; o gerenciamento desta atividade está sempre dirigido para a melhoria do produto, aprimorando-se a tecnologia, adquirindo novos conhecimentos, que aplicados no produto, o farão mais atrativo e eficaz, moderno, tecnicamente avançado e mais competitivo, atendendo às necessidades do mercado. Com isso aumenta o seu consumo, melhorando a rentabilidade das empresas”³⁹⁴.

En España, tal idea expuesta arriba, es decir, considerar la actividad esencial de la empresa la que se encuentra en el objeto social de la empresa es otra teoría que ha mantenido la doctrina española, dando aparentemente una seguridad jurídica, una vez que bastaría verificar las tareas que podrían ser clasificadas como propia actividad y las que no. Tal teoría tiene un problema esencial, que es la facilidad de un empleador de mala fe que pueda modificar el objeto social de su empresa conforme le sea conveniente y subcontratar sin tener

³⁹³RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999, pág. 33-34. Sigue el autor tratando de diferenciar actividad médio de la propia actividad: “Entretanto, em casos típicos e estrategicamente estudados é possível terceirizar uma atividade-fim, mas somente pela forma da desverticalização e, jamais, pela prestação de serviços. Em termos de atividade-meio poderemos terceirizar todas, na forma da prestação de serviços e da desverticalização. A identificação de atividades-meio é muito fácil e simples. Deveremos iniciar essa avaliação partindo, também, do Contrato Social e verificando se aquela atividade, que desejamos terceirizar, se insere no seu conteúdo. Não a encontrando poderemos entender que é apenas uma atividade de suporte e não essencial, portanto, meio e plenamente terceirizável. Outra maneira é analisando a estrutura operacional e isolando atividades dessa estrutura, e verificando se o processo produtivo prossegue sem interrupção. Em isso ocorrendo poderemos entender que as atividades isoladas não são fundamentais para a obtenção do produto final e, portanto, são terceirizáveis”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999. pág. 34.

³⁹⁴RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, pág. 73.

las prerrogativas del art. 42 ET, que significaría no obligatoriamente tener las repercusiones de tal precepto legal, que será mejor estudiado en el próximo capítulo.

La otra teoría notable fue la de la norma colectiva aplicable, aunque no haya sido aplicada de forma sustantiva, sino más bien como un refuerzo de otros criterios interpretativos utilizados por el juez como parte de su fundamentación de la sentencia. Los tribunales analizaban el contenido del Convenio Colectivo aplicable a la empresa para verificar si las tareas hacían parte de la propia actividad de la empresa o no, pues sería considerada como tal cuando las tareas desarrolladas corresponden a grupos y categorías profesionales pertenecientes al convenio. Con la sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina de 18 de enero de 1995, Ar. 514, se ha optado por una interpretación restrictiva, si bien se sitúa en el término medio entre las anteriores.

Montoya Medina la define así: “De su fundamentación jurídica se infiere que, para el Tribunal Supremo, constituyen la propia actividad, por un lado, las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de actividades desarrolladas por esta y, por otro lado, las tareas accesorias o complementarias pero sólo cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquellas”³⁹⁵. Aunque no es una jurisprudencia que sea seguida por todos los jueces de la misma forma, lo que conduce al casuismo para hacer una identificación cabal. Solo prueba que las interpretaciones deben estar basadas dependiendo de los casos concretos, cada uno en particular.

En este sentido, debe citarse la crítica hecha por Villaneuva Nentwing: “En puridad, la propia actividad correspondería a aquellas actividades indispensables inherentes al ciclo

³⁹⁵ MONTROYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Y Sigue explicando el autor: En otro orden de cosas, resulta acertado señalar que esta postura ecléctica tiene como punto de partida en su formulación una interesante aportación doctrinal, precedente en el tiempo, que, con el fin de acercarse a la interpretación de la propia actividad, había apuntado dos teorías posibles. Para la primera, "teoría de las actividades indispensables", forman parte de la propia actividad, además de las tareas específicas del proceso productivo, las inespecíficas y complementarias pero habituales y necesarias en la organización productiva. Para la segunda teoría de las actividades inherentes", sólo son de la propia actividad las tareas integrantes del ciclo productivo de la empresa con exclusión de las actividades complementarias e inespecíficas. Pues bien, la doctrina de unificación que sustenta el presente criterio interpretativo, como cabía esperar, se ha inclinado por la teoría de las actividades inherentes y ha desechado la de las actividades indispensables. En efecto, existen incluso sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la de 18 de enero de 1995, también dictadas en unificación de doctrina, que han consolidado la postura ecléctica contenida en aquella sentencia, pronunciándose decididamente a favor de la primera de las teorías. En este sentido, son elocuentes las sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 24 de noviembre y 29 de octubre de 1998 (ar. 10034 y 9049). Señala la de 29 de octubre, en justificación de la teoría de las actividades inherentes, que "las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes al ciclo productivo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata". MONTROYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 130-131.

productivo que se incorporan al producto final. Tras años de fallos jurisprudenciales, se han universalizado ciertos criterios que permiten hacer una pequeña diferenciación de lo que es actividad indispensable inherente al ciclo productivo y lo que no lo es: Habitualidad o permanencia de la actividad; Lugar de prestación de los servicios; Antecedentes de una gestión directa anterior; Objeto social de los estatutos de la empresa; Forma de proceder otras empresas del sector. Con este análisis se podría concretar en qué situación nos encontraríamos en muchos de los casos, pero existe en ocasiones un factor de incertidumbre que es el que ha intentado disuadir la jurisprudencia. Se debe apuntar que la mayoría de la jurisprudencia centrada en este punto se detiene en delimitar el concepto de propia actividad del artículo 42 del ET, haciendo hincapié en las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social. Ahora bien, posteriormente, con la entrada a escena de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) (NSL000073), nacieron responsabilidades en supuestos de accidentes por faltas de medidas de seguridad, y estas sentencias aun siendo anteriores a esta ley, deberían ser de aplicación, al calificarse el ordenamiento jurídico como un conjunto de disposiciones coherentes entre sí, por lo que se debe trasladar la aplicación a la LPRL para hacer efectiva la responsabilidad en materia de seguridad y salud siguiendo la tendencia doctrinal³⁹⁶.

También se puede citar en Brasil a Robotella que afirma que el trabajo se puede realizar en el establecimiento de la contratante o de la contratista, en actividad auxiliar o en la propia actividad, desde que sea posible distinguir la actividad subcontratada, exactamente por constituir una unidad autónoma de producción, con lógica, organización y dinámica propias³⁹⁷. O como es el caso de Ferreira de Castro que hace una lista de ejemplos de actividad auxiliar: “São passíveis de terceirização, a título de exemplo, as seguintes atividades: vigilância, segurança patrimonial e pessoal; preparo e distribuição de alimentação; limpeza, conservação e manutenção patrimonial, inclusive jardinagem e paisagismo; transporte de empregados e de produtos, interna e externamente; serviços de portaria, telefonia, telemarketing³⁹⁸ e

³⁹⁶ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs.134-135.

³⁹⁷ Véase AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, pág. 262.

³⁹⁸ A nível de complemento, es válido citar um caso de telemarketing en la práctica: “TRT15 - Câmara nega horas extras a ex-empregada de empresa de telemarketing. Trabalhadora fundamentou recurso em norma do Ministério do Trabalho e Emprego, que limitou a seis horas diárias a jornada de trabalho dos profissionais do setor. A reclamante trabalhava para uma empresa especializada em telemarketing. Foi admitida em 5 de dezembro de 2006, para exercer a função de operadora de cobrança, e dispensada em 5 de novembro de 2007. Ela recebia, além do salário fixo, comissões no importe médio de R\$ 250, sob a rubrica de “prêmios”. As comissões, no entanto, não integravam o descanso semanal remunerado (DSR). A empresa admitiu o pagamento dos prêmios, mas não concordou com a sua integração no DSR, alegando ser “pagamento decorrente do atingimento de metas”. Outro pedido da trabalhadora foi o pagamento de horas extras, uma vez que, a partir de 20 de agosto de 2008, por força de

elevadores; conservação, manutenção e operação de equipamentos de informática e de programas de computador; conservação e manutenção de equipamentos industriais; assistência médica, odontológica, jurídica, contábil ou qualquer outra de caráter técnico; manutenção e conservação da frota de veículos; serviços de mensageiros; sistema de arquivos; publicidade, vendas e pesquisas de opinião; seleção e treinamento de empregados; serviços gráficos e reprográficos - dentre outras, observando os elementos que constituem a terceirização lícita³⁹⁹.

En relación a este tema en España, una de las concepciones doctrinales más adecuadas de lo que se puede considerar “propia actividad” es la de Palomeque: “Captar qué significa “propia actividad” es la esencia misma del artículo 42 LET. Se reputa actividad principal la del contratante o comitente y es aquella a la que con habitualidad, profesionalmente, se dedica,

acordo coletivo de trabalho, a reclamada passou a adotar jornada de 36 horas semanais, destinada aos operadores de telemarketing, ajustando-se, assim, aos termos do Anexo II da Norma Regulamentar 17 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). A sentença da 4ª Vara do Trabalho de Bauru considerou que há a “necessidade de integração da parte variável do salário, independente da denominação, quer prêmios, quer de comissões, no descanso semanal remunerado”, e condenou a reclamada ao pagamento dos reflexos dos prêmios, em valores constantes nos recibos de pagamento, sobre o DSR, mas ressaltou que “os descansos semanais remunerados assim enriquecidos não produzirão novos reflexos, para que se evite a duplicidade de repercussões”. Quanto ao pedido de horas extras, a sentença salientou que “a citada Portaria Ministerial padece do vício formal da inconstitucionalidade, pois restou violado o princípio da reserva legal e da competência exclusiva do Poder Legislativo para editar normas sobre Direito do Trabalho, na linha dos artigos 5º e 22, I, da Constituição Federal”. (...) A decisão colegiada ainda afirmou que “a definição da jornada de trabalho não se insere no poder regulamentador do Ministério do Trabalho, ainda que, no entender da recorrente, a redução da jornada esteja substancialmente ligada à saúde do trabalhador e, portanto, possível de ser instituída por norma regulamentar”. A decisão colegiada completou que “a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é privativa da União, não podendo o Ministério do Trabalho estabelecer uma jornada de seis horas para aquela categoria”. E como, no caso dos operadores de telemarketing, ainda não foi instituída a jornada específica, esta será de 8 horas diárias e 44 horas semanais, nos termos do artigo 58 da CLT, decidiu a Câmara. (Processo 0131300-52.2009.5.15.0091) . Publicado em 19 de Agosto de 2011 às 10h33”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

³⁹⁹ FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, págs. 102-103. Ramos Soares también hace una lista de áreas que se puede aplicar la subcontratación: “Aplicam-se em todas as áreas definidas como atividade-meio; nas indústrias que se caracterizam como suporte, tais como: serviços de alimentação, serviços de conservação patrimonial e de limpeza, serviços de segurança, serviços de manutenção geral predial e especializada, engenharias, arquitetura, manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de oficina mecânica para veículos, frota de veículos, transporte de funcionários, serviços de mensageiros, distribuição interna de correspondência, serviços jurídicos, serviços de assistência médica, serviços de telefonistas, serviços de recepção, serviços de digitação, serviços de processamento de dados, distribuição de produtos, serviços de movimentação interna de materiais, administração de recursos humanos, administração de relações trabalhistas e sindicais, serviços de secretaria, serviços de arquivo ativo e inativo, serviços de agência de viagens, despachantes, envasamento de produtos, serviços de contabilidade, montagem de componentes, controle de qualidade, assistência técnica, estamperia, serviços de embalagem, arquivo geral, almoxarifado, montagem industrial, usinagem, compras, telemarketing, distribuição de correspondências, reposição de matéria-prima, leitura de contas, colheita agrícola, microfilmagem, ferramentaria, tesouraria, embalagem, importação, rebobinagem, seguros gerais, coleta de lixo, mineração, britagem, pagadoria, reciclagem de resíduos, montagens industriais, acabamento e representação comercial, entre outras. Nas empresas de serviço público, a aplicação da terceirização é praticamente a mesma do que nas indústrias. Na área bancária, além dos serviços acima citados, poderemos enumerar alguns setores financeiros, tais como: transporte de valores, cobranças, informações cadastrais, compensação de cheques, tesouraria, contabilidade, pagadoria, entre outros. No setor agropecuário, observamos que a terceirização tem sido muito desenvolvida nas atividades caracterizadas como a criação de animais, ou seja. Fornecimento de ração, tratamento veterinário, separação dos tipos, avaliação do desenvolvimento, transportes, entre outros. Uma das áreas agropastoris mais voltadas para a terceirização é da avicultura. Na área educacional, também notamos que a terceirização está sendo aplicada, pela passagem para terceiros da administração escolar de unidades educacionais municipais. Neste caso o poder público continua fornecendo a manutenção da escola e essa cooperativa administra as atividades docentes, contratando os professores e cuidando dos alunos e do material escolar. A Prefeitura remunera a cooperativa por aluno matriculado na escola. Os resultados, neste caso, não são econômicos e nem financeiros, mas de qualidade de ensino, que fez reduzir substancialmente a evasão escolar, devido a melhoria no nível do ensino”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 69-70.

aunque se forme con la división o descentralización necesarias para sacar adelante su propio objetivo y ya se realicen o no en los propios centros de trabajo del comitente. La expresión legal de “propia actividad” no tiene en el plano jurisprudencial fuerza expansiva y se define con referencia a las inherentes e indispensables al fin de la empresa principal, y que se incorporan al propio ciclo productivo, al resultado final de la empresa, a lo que pone en el mercado (SSTS 20-7-2005, A. 5595 y 2-10-2006, A. 6728). De este modo, quedan fuera los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa comitente (STS 18-1-1995, A. 514), dejando así de lado la interpretación que iguale propia actividad a todo cuanto profesionalmente realice un empresario (STS 3-10-2008, A. 7366). De este modo, cuando se dan esos dos elementos definitorios (contrata referida a la propia actividad) se aplica la permisividad del artículo 42 LET y puede realizarse la desconcentración funcional que una empresa necesite⁴⁰⁰.

Asimismo, la importancia de definir la propia actividad de una empresa hace que se distinga una subcontratación del outsourcing: “Como decíamos anteriormente, ante nosotros tenemos la evidencia que diferencia el outsourcing y la subcontratación: «la propia actividad». Debemos acudir a la definición genérica para sacar los extractos y así poder llegar a las conclusiones finales: «... transmisión a terceros de ciertos procesos complementarios de la actividad que pueden formar parte del objetivo de la propia actividad o no...» El núcleo del análisis está fijado en la ramificación de las dos variantes de externalización, propia actividad o no, clave para entender la citada diferencia. Conjugando el extracto de la definición paralelamente con el artículo 42 del ET, y teniendo claros todos los conceptos manejados, podremos sacar las siguientes conclusiones: Que las actividades externalizadas, que forman parte de la propia actividad, se encuadran dentro del término subcontratación y se regulan por el artículo 42 del ET, mientras que lo que el propio artículo 42 excluye de su regulación, y no de la posibilidad de externalización, es simplemente outsourcing. Las actividades excluidas del artículo 42, se encuadran dentro del término outsourcing y como ya se ha comentado, no se rigen por las disposiciones legales del artículo de referencia, pero sucesiva y progresivamente la doctrina jurisprudencial ha hecho posible accionar la posibilidad de la externalización en ese otro ámbito, creando un marco legal diferente para estas actividades «especiales», cuyo núcleo ya no se sitúa en la responsabilidad solidaria en materia salarial y de Seguridad Social,

⁴⁰⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 541.

sino que radica en la responsabilidad subsidiaria únicamente en materia de seguridad social que analizaremos más adelante”⁴⁰¹.

Para finalizar siguen estas preguntas: ¿Cómo se clasifica a los no especializados? ¿Los que no necesitan de entrenamientos específicos? ¿Los trabajadores que realizan actividades en la línea operacional de la empresa o en el sector administrativo? No se puede generalizar, a lo mejor un empleado puede ser esencial en una empresa y no encuadrarse en la actividad principal de otra. La respuesta será la misma, depende de la empresa, depende de la definición que más le conviene utilizar para la contratación o no de personal definitivo o contratar con una empresa contratista. Es decir, cabrá a cada juez, brasileño o español, utilizar de la documentación de la que disponga para solucionar el problema de cada caso que le haya sido presentado en juicio. Resulta pertinente, entonces, analizar a partir de ahora las cooperativas de trabajo asociado, una forma bastante utilizada en Brasil de subcontratación, y que infelizmente es motivo de mucha polémica acerca de su licitud, es decir, finalidad teórica y práctica de su uso principalmente en lo que se relaciona con su creación y con la manera de que está siendo utilizada.

5.2 Cooperativas de trabajo asociado y subcontratación

“Se todo quisermos, poderemos fazer desse país uma grande nação, vamos fazê-lo.”

Tiradentes

La globalización genera una gran influencia en la utilización de cooperativa, con mayor énfasis en las de trabajo asociado, en la subcontratación como disminución del coste empresarial, visto que uno de los usos de las cooperativas de trabajo asociado más frecuentes en Brasil es por las subcontrataciones. Y una de las razones se encuentra en función al menor coste debido a la no incidencia de los cargos sociales, como también la flexibilidad y dinamismo, entre otras ventajas apuntadas por una parte de la doctrina. Sin mencionar que las

⁴⁰¹ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 128.

cooperativas utilizan el Fondo Obligatorio de Asistencia Técnica y Educacional para el reciclaje y entrenamiento de sus asociados.

También ha de recordarse que el mayor motivo expuesto para el uso de subcontratación y cooperativas - caso de que sea una real subcontratación y no una forma de burlas las leyes -, apuntado por los propios asociados, es, a diferencia de los empleados de la empresa contratista, la falta de necesidad de un intermediador. Ellos mismos firman contratos con las contratantes, y de esta manera economizan costes. Una de las problemáticas acerca de ofrecer su fuerza de trabajo está resuelta, pues un asociado solo no podría cargar con todas los gastos de contratación y ofrecimiento de mano de obra capaz de suplir las necesidades exigidas por la contratante. Así que uno de sus lemas es que “la unión hace la fuerza”, principalmente para poder adecuarse a las nuevas exigencias flexibilizadoras de las empresas provenientes de la descentralización productiva⁴⁰². De otro lado hay que ver los casos en que las cooperativas son sencillamente creadas con la intención de enmascarar una relación laboral, casos en que se produce una cesión ilegal de mano de obra. Las cooperativas de trabajo asociado y la subcontratación, principal objeto de estudio, es un dúo encontrado con gran frecuencia en Brasil, más que en España.

5.2.1 El uso de las cooperativas para la subcontratación

“Los pájaros de la misma pena se unirán.”

Robert Burton

Se puede definir que la cooperativa es una unión de esfuerzos organizados en una asociación para lograr un objetivo, el cual es la supervivencia de un grupo a través de la venta

⁴⁰² En relación al tema de las principales características de una cooperativa, véase el esquema presentado por Pinto Martins que las enumera: “a) adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; b) variabilidade do capital social representado por cotas-partes; c) limitação do número de cotas-partes do capital para cada associado, facultando, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; d) inacessibilidade das cotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; e) singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividades de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; f) quórum para o funcionamento e deliberação da assembléia geral baseado no número de associados e não no capital; g) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, e não no capital; h) indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica, educacional e social; i) neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; j) prestação de assistência aos associados e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; k) área de admissão de associados limitadas às proporcionalidades de reunido, controle, operações e prestações de serviços”. Esquema didático de PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização e o direito do trabalho, São Paulo, Atlas S.A., 2007, págs. 85-86.

de sus fuerzas de trabajo. En la cooperativa no hay subordinación entre los asociados, por lo que se puede decir que viven en un régimen de colaboración mutua. Actualmente es una práctica que viene ganando espacio en el mercado de trabajo en Brasil. Se perciben, por ejemplo, los éxitos de las cooperativas de trabajo asociado de mujeres de la región Nordeste de Brasil, en el ramo de confecciones artesanales de ropas o de alimentos, que por su unión, consiguieron vencer al desempleo y mejorar la calidad de vida.

La Recomendación 172 de la OIT propone la creación y el desarrollo de cooperativas, como también el Congreso del Centenario de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) expresó que la cooperativa es una asociación autónoma de personas que se unen de manera voluntaria para satisfacer necesidades económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa de propiedad colectiva y democráticamente gerenciada, como se puede percibir: “Também se pode citar a descrição integrante do item 12.1, a, da Recomendação nº 127 da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1966, na cidade de Genebra, pela qual a cooperativa seria uma: [...] associação de pessoas que se agrupam voluntariamente para alcançar um objetivo comum mediante a formação de uma empresa controlada democraticamente; que contribuem com uma quota eqüitativa do capital que se requer, assume uma justa parte nos riscos e benefícios; e em cujo funcionamento os sócios participam ativamente”⁴⁰³.

Es interesante destacar la forma en la que el autor Alarcón Bravo de Rueda define el papel que representan las cooperativas en el cotidiano social y económico actual, inclusive trata de cómo éstas se adecuan a los deseos externalizadores de las empresas, y la relación de los cooperativistas trabajadores con tal instituto, como se puede apreciar: “El papel, entonces, de las cooperativas, sobre todo de aquellas de trabajo asociado, puede considerarse de algún modo significativo, en la medida en que las pequeñas, y también las medianas empresas, como

⁴⁰³ HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 28. A nivel de complementariedad, en la Comunidad Europea, y en este caso refiriéndose a España, se encuentra una organización más compleja de cooperativas, como se puede percibir: “otra modalidad específica de organización cooperativa la constituye también la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) contemplada por el Reglamento 1453/2003 de 22 de julio y por la Directiva 2003/72 CE de la misma fecha sobre implicación de los trabajadores asalariados y de sus representantes en la misma por analogía con lo establecido en la normativa sobre la SAE. Sin detenernos más allá de lo necesario en estos momentos en esta figura cabe decir que el reconocimiento de la SCE tiene por objeto dotar a las cooperativas implantadas en dos o más países de la Unión de un instrumento jurídico que facilite sus actividades transfronterizas y transnacionales mediante el agrupamiento de sociedades sometidas a las legislaciones de los distintos Estados miembros. La SCE se puede constituir ex novo por particulares o entidades residentes en distintos Estados miembros o por fusión por absorción de dos cooperativas existentes en al menos dos Estados miembros o por transformación de una cooperativa nacional sin mediar disolución, siempre que dicha cooperativa tenga su domicilio social y su administración central en un Estado miembro y un establecimiento o filial en otro durante al menos dos años.” LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006, págs.430-431.

son la mayoría de las cooperativas existen, son las destinatarias usuales de la externalización de actividades empresariales, dado que estas empresas aportan las necesarias dosis de flexibilidad, profesionalidad y, por qué no decirlo, dedicación especial, en tanto que en muchos casos su existencia depende de los contratos efectuados con las empresas que descentralizan sus actividades o, incluso, su presencia tiene como origen único los deseos externalizadores de las empresas, materializado a través de un expediente de regulación de empleo o el despido individual o plural por causas objetivas (...)”⁴⁰⁴.

Se acredita que el surgimiento de las cooperativas⁴⁰⁵ a mediados del siglo XIX ocurrió como una reacción a la Revolución Industrial, siendo conocida como una de las precursoras la Cooperativa de Rochdale, creada en el Condado de Lancashire en 1844. Prácticamente los antiguos empleados de las fábricas, sustituidos por la tecnología presentada en la época, empezaron a reunirse y a vender su fuerza de trabajo como un todo. Volvieron a prestar servicios a las industrias, y una característica inicial era la no objetividad de un lucro, sus intenciones eran de satisfacción de las necesidades inmediatas del grupo de cooperativistas.

⁴⁰⁴ El autor sigue explicado: “Desde el punto de vista, por otro lado, en el cual las cooperativas deben asumir el papel de empresas “externalizadoras” - estamos hablando aquí seguramente de aquellas que tienen como línea de actuación principal la actividad industrial o de producción o servicios a gran escala -, no es difícil vislumbrar que la posible reacción de los socios trabajadores ante el hecho de que se tenga que traspasar alguna parcela de actividad se presente al menos con una cierta dosis de incertidumbre, pues la cooperativa tiene justamente como fin fundamental ofrecer trabajo a sus propios socios; pero hay que decir que el mercado no espera, o espera poco a las empresas, por ello la decisión de dichos socios con respecto a este fenómeno es un paso complejo, hartamente delicado, además de que en muchos casos escapa a la voluntad, al voluntarismo, y se transforma más bien en una necesidad perentoria; aunque tampoco se puede afirmar que sería el fin absoluto de una empresa si ésta no utilizara la descentralización” ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, Percy, Descentralización productiva y cooperativas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 134-135.

⁴⁰⁵ En relación al surgimiento de las cooperativas en Brasil, es válido mencionar: “Segundo Lima, o surgimento do cooperativismo no Brasil foi impulsionado pelas elites agrárias. Por conta disso, as cooperativas agrárias não se preocupavam em questionar a propriedade latifundiária, já que possuíam a finalidade maior de atender às demandas que giravam em torno da modernização da agricultura. Desse modo, ao contrário do que ocorreu na Europa, o movimento cooperativista não decorre da reação dos trabalhadores às condições de trabalho e vida. O autor revela que a partir da década de 1960, surgem, no Brasil, as primeiras cooperativas de consumo, de crédito e de habitação. Entretanto, é apenas em meados dos anos 1980 que as cooperativas de trabalho começam a organizar-se e ganham visibilidade. E, a partir da década de 1990, ocorre o que Lima denominou de boom das cooperativas de trabalho. Esse crescimento das cooperativas de trabalho, como mencionado anteriormente, deve ser compreendido no contexto do processo de reestruturação produtiva. Portanto, o contexto de expansão das cooperativas de trabalho no Brasil está diretamente relacionado com o aumento das formas de contratação flexíveis e com o crescimento do desemprego estrutural. E nesse sentido que nos aponta Lima, quando afirma: O crescimento das cooperativas de trabalho e produção industrial no Brasil pós-90 [...] resultou dos processos de adequação da economia brasileira a um mercado globalizado e suas implicações em termos do crescimento do desemprego e da informalização do mercado de trabalho. Na década de 90, diversas empresas passaram a demitir trabalhadores, sugerindo que se organizassem em cooperativas para prestar serviços como subcontratados por essas mesmas empresas”. SILVA, Selma Cristina, A terceirização via cooperativas de trabalho: Precarização ou autonomia?, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 150. También en relación al surgimiento del cooperativismo: “El cooperativismo surge del asociacionismo voluntario y sin reglamentación enmarcado en el sector agrario. Así, tenemos como raíces primarias el colectivismo agrario de Aragón. El cooperativismo de consumo se crea con objeto de mantener el poder adquisitivo de los trabajadores, que consiguen, con esta forma de asociacionismo, abaratar los precios de los productos de primera necesidad. A partir de estas sociedades, van surgiendo otras que, guardando los principios básicos de cooperación y aportación y participación comunitaria e sus miembros en la toma de decisiones, cubren facetas tales como: servir de mecanismo corrector del mercado en la asignación de bienes y servicios (viviendas, escolares, enseñanza, etcétera), factor de recuperación de las rentas rurales (campo, mar), favorecer vías de financiación privilegiadas (crédito), estructura de apoyo gremial (artesanos), etc. Dentro de las actividades eminentes empresariales de producción surgen las Cooperativas de Trabajo Asociado como sociedad compuestas por colectivos de trabajadores, que aportando su personal trabajo, desarrollan una actividad dentro del conjunto de las existentes en la economía”. BARRERA CERZAL, Juan J., Gestión empresarial de la cooperativa de trabajo asociado, Ministerio de Trabajo Social, Madrid, 1985, pág. 13.

En este sentido, “Desde os primeiros tempos, o homem sempre buscou meios de desenvolver as tarefas diárias necessárias à sua sobrevivência de forma associada com os demais membros da comunidade, tendo em vista reduzir os esforços e melhorar os resultados decorrentes. Os ideais cooperativistas surgiram justamente como uma filosofia de vida baseada na ajuda mútua e na colaboração entre os indivíduos para o desempenho de atividades de interesse comum, em prol do aprimoramento socioeconômico dos seres humanos”⁴⁰⁶.

Las cooperativas son bastante usadas como forma de empresas contratistas, estimuladas por el gobierno central brasileño, como será visto más adelante, para evitar el aumento de desempleo y para ingresar más personas en el mercado de trabajo, sean las que unitariamente no pueden sobrevivir económicamente, o como reintegración de desempleados, o sea simplemente una nueva forma de organización para negociación de prestación de servicios u obras⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Las cooperativas surgieron en Brasil conjuntamente con los movimientos sindicales y será hecha una descripción de los puntos principales de la legislación brasileña sobre el cooperativismo. La primera fue la Ley 1.637/1907, y el art. 10 de la Ley permitía la creación de cooperativas, como se puede observar: “as sociedades cooperativas, que poderão ser anônimas, em nome coletivo ou em comandita, são regidas pelas leis que regulam cada uma destas formas de sociedades, com as modificações estatuídas na presente lei”. Siendo considerada como institutos autónomos a partir de 1932, como indica el Decreto 22.239/32. En el art. 1º del referido decreto reglamentaba que se podría formar una cooperativa con la reunión de 7 o más personas físicas que mutuamente se obligaban a compartir sus esfuerzos con la finalidad de lograr, sin haber un capital fijo predeterminado, un resultado de orden económico. El decreto expresaba otras cuestiones como ejemplo que las sociedades deberían ser de personas y no de capitales, pudiendo obtener o no lucros, como también adoptar como objeto cualquier prestación de servicio en actividades como industria, comercio, o en otros servicios de naturaleza civil y mercantil. Varios autores tratan del surgimiento de las cooperativas en Brasil, como es el caso de Holanda Costa Lima: “No Brasil, o surgimento das cooperativas ocorreu praticamente de forma simultânea com a promulgação dos primeiros textos normativos sobre o tema, no início do século XX, antecipando-se as autoridades estatais “talvez pela constatação, advinda do direito comparado, de que a sua inserção futura no território nacional era inevitável”. Seguindo a subdivisão histórica empreendida por Waldirio Bulgarelli, pode-se sintetizar a evolução da legislação pátria em cinco períodos principais: implantação, consolidação parcial, centralismo estatal, renovação das estruturas e liberalização”. HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 24. Como también, es válido citar a Oliveira Golçalves: “A origem do cooperativismo no Brasil se deu no final do século XIX, e segundo diversos autores, a primeira cooperativa brasileira foi criada na região sudeste, mais precisamente em São Paulo, na Cidade de Limeira, no ano de 1891. Foi denominada de Associação Cooperativa dos Empregados da Companhia Telefônica. Foi nas décadas de 50 e 60 que houve a expansão do cooperativismo que se expandiu a partir do Rio Grande do Sul. Hoje, no Brasil são mais de 4.000 cooperativas filiadas à Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), com quase 4 milhões de associados, responsável por 5% do PIB e por mais de 170 mil empregos diretos”. OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005, pág. 57. Y sigue expresando la autora: “As primeiras cooperativas de que se tem notícia originaram-se no século XVIII, como forma alternativa para aquisição por seus membros de certos bens consumíveis de primeira necessidade, em face dos altos preços praticados pelos empreendimentos então existentes. A cooperativa fundada por trabalhadores nos estaleiros de Woolwich e Chatham, na Inglaterra, para a produção de cereais a baixo custo, parece ter sido a mais antiga com existência documentada. Mas foi em 1844 que surgiu um marco cooperativista, em Rochdale, Manchester, também na Inglaterra, que até hoje é utilizado como referência para o estabelecimento da doutrina sobre o tema, como se verá adiante. Vinte e oito trabalhadores, em sua maioria tecelões, associaram-se visando ao consumo com melhores preços, e criando, assim, um importante instrumento de defesa da classe proletária num período de prevalência das duras regras capitalistas, que teve um crescimento espantoso nas décadas seguintes, vindo mesmo a se multiplicar em diversas outras cooperativas, inclusive no ramo da habitação”. HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, págs. 23-24.

⁴⁰⁷ En relación a la utilización de cooperativas de trabajo asociado como alternativa especialmente en períodos de crisis económica y laboral, es válido citar a Gracia Peligero y Laguardia Gracia: “Ya en anteriores períodos de recesión económica, se evidenció el redescubrimiento del fenómeno cooperativo como posible instrumento adecuado para proporcionar una eficaz respuesta a la problemática de empleo común a numerosos colectivos. Constituyen las instituciones de “Economía Social” – cooperativas de trabajo asociado y sociedades anónimas laborales – alternativas idóneas para desarrollar bajo estas fórmulas asociativas cualquier tipo de actividad empresarial o económica independiente de la bonanza o adversidad de la coyuntura económica”. GRACIA PELIGERO, Carmelo J. & LAGUARDIA GRACIA, Antonio, La dual posición del socio-trabajador en las cooperativas de trabajo asociado, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 09-10.

Es de resaltar que jamás se puede sustituir mano de obra permanente de una empresa por cooperativistas, pues desvirtuaría tanto las características como las finalidades de una cooperativa, siendo considerada más un caso de cesión ilícita de mano de obra y de intento de burlarse de las normas laborales brasileñas, lo mismo se aplica al caso español. En otras palabras, no se puede transformar una cooperativa en una cedente de mano de obra, sería completamente el contrario del objetivo propuesto por ésta⁴⁰⁸.

Debido a esta preocupación, en la década de los 90 en Brasil hubo un debate acerca de si las cooperativas eran resultados de un emprendimiento empresarial dirigido a las exigencias del mercado actual y a la subcontratación, en el cual no importaba si era una forma de precarización del trabajo y, consecuentemente, significaba pérdidas de los derechos sociales de los ciudadanos; o si sería, conforme a un ideal o proyecto social y político de emancipación de los trabajadores, al menos así era pretendido. Se esperaba que fuera una otra forma de organización de producción que ponía a disposición, por un precio justo, a los trabajadores, estos que se encontraban con una mayor autonomía y también habría una mayor democratización de las relaciones de trabajo. Este debate, llevando en cuenta el paradigma arriba descrito, ponía en discusión la realidad brasileña en la que se percibía que la mayoría de las cooperativas eran creadas para la utilización de la subcontratación, o de cualquier otra modalidad de descentralización productiva, y de esta forma, no existía la real autonomía de las cooperativas, una vez que muchas tenían inclusive una dependencia total de las empresas contratantes.

En este sentido es válido citar a Lima que cree que las cooperativas no son sinónimo de informalización, sino una forma distinta de institucionalización de las relaciones de trabajo, vista que la relación capital-trabajo sería sustituida por empresa-empresa. La fuerza de trabajo pasaría entonces a ser comprada de una empresa por otra, siendo que la propiedad y la gestión corresponden a los propios trabajadores, dentro de las políticas de focalización y externalización tan conocidas en la actualidad, principalmente en el caso de la subcontratación. Aunque hay que citar que no todas las cooperativas actúan como empresas

⁴⁰⁸En este sentido, acordando que el vocábulo tercerización quiere decir contratas y subcontratas “Quanto às cooperativas de trabalho, Ives Gandra da Silva Martins Filho alerta que, para não se afastarem da idéia e do fundamento originais das cooperativas, “só poderiam congregiar trabalhadores autônomos, que se uniram para prestar serviços a terceiros de forma independente, ou seja, sem a subordinação própria ao empregado. No entanto, a finalidade precípua das cooperativas de trabalho é comumente desvirtuada, surgindo, assim, “(...) as cooperativas de trabalho, como modalidade de terceirização, congregando trabalhadores para oferecer seus serviços a empresas que dele necessitem. Então, fica claro que as cooperativas, muitas vezes, podem servir como mecanismo para se efetivar as terceirização de serviços, o que ocorre quando a empresa terceirizante necessita de serviços auxiliares especializados ou de bens que são produzidos ou fornecidos pelas cooperativas”. BEGHINI FERNANDES ,Mateus, As cooperativas de trabalho como mecanismo para o fomento da terceirização, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 165-166.

de subcontratación, menos en España, ni siquiera el caso de las cooperativas que fabrican productos, como es el ejemplo del complejo cooperativo de Mondragón⁴⁰⁹.

Como se puede observar, las cooperativas en Brasil, singularmente las que son utilizadas como empresas contratistas, forman parte de una preocupación generalizada en el medio jurídico-doctrinal, dado que es necesaria la mejora de la legislación y de la fiscalización para que no sean permitidas las cooperativas fraudulentas. Silva apunta claramente la utilización de las cooperativas en Brasil en este sentido, al decir que en diciembre de 2003 estaban registradas en la Organización de las Cooperativas Brasileñas (OCB) 7.355 cooperativas con más de 5 millones de cooperativistas y 182.026 empleados directos, el mayor número son de cooperativas de trabajo asociado⁴¹⁰. De esta manera es importante dedicar algunas palabras a éstas como también a otras formas de las cooperativas que de alguna manera están relacionadas con la subcontratación.

A pesar de que en España no haya tanto uso de las cooperativas – y más particularmente de las cooperativas de trabajo asociado, tema analizado seguidamente – en la subcontratación como en Brasil, no significa tampoco que no haya tal uso, como se puede percibir en las palabras de López Gandía, al comentar que extrabajadores de una empresa pasan a reunirse con otros y a formar en una cooperativa de trabajo asociado y vuelve a prestar servicios para la misma empresa: “(...) no significa otra cosa que prestar el mismo trabajo o actividad que antes, pero bajo una apariencia formal de independencia o autonomía en cuanto a la forma de prestar el trabajo, y otras ni siquiera eso, con una dependencia a veces

⁴⁰⁹En este sentido, véase: “O Complexo Cooperativo de Mondragón (...) mesmo sem se descaracterizar como cooperativa modernizou sua gestão no sentido de dar conta das transformações produtivas do pós-1970: adequou-se a formas flexíveis adaptadas à perspectiva do trabalho associado. Mantém um conjunto de cooperativas com um número de trabalhadores limitados para torná-las viáveis, um conjunto de instituições de apoio e vem continuamente se modernizando tecnológica e organizacionalmente, “enxugando”, em algumas situações, o número de trabalhadores e mesmo utilizando trabalhadores temporários. Com isso mantém competitividade internacional, atuando em diversos países como empresa capitalista regular”. LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 72-73. Mayores informaciones, véase La experiencia práctica de un gran grupo cooperativo en España: “Mondragón Corporación Cooperativa”. LEZAMIZ, Mikel, Descentralización productiva y cooperativas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006. A nivel de complementariedad, es válido citar la cronología de las cooperativas de mano de obras en varios países, como forma de evolución de las cooperativas, que puede ser encontrada en LOUIS, Raimond, Cooperativas de mano de obra ¿En regresión o expansión?, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, págs. 14-17. En este caso también es interesante ver dos modelos de desarrollo cooperativo en España, que es el caso vasco-mondragonés y el modelo valenciano en MONZÓN CAMPOS, José Luis, Cooperativas de trabajo asociado: el caso valenciano, Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universidad de Valencia, Valencia, 1984. En relación al histórico de las cooperativas de trabajo asociado, véase también a Centro Regional “Castilla-León” formación empresarial, cooperativas y comunitaria, Cooperativas de trabajo asociado (obreras de producción o industriales), Kadmos, Salamanca, 1981.

⁴¹⁰Sigue explanando la autora: “Vieira apresenta os dados da OCB sobre a distribuição de cooperativas por região do país no ano de 2004. A região Sudeste concentra 4 3% do total de cooperativas no Brasil, seguidas pelas regiões Nordeste (com 22%) e Sul (17%). Quanto ao número de cooperados, a região Sudeste agrega 55% do total de cooperados, seguida da região Sul com 29% e da região Nordeste com 8%”. SILVA, Selma Cristina, A terceirização via cooperativas de trabalho: Precarização ou autonomia?, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 150.

real y otras meramente contractual (...). Los socios trabajadores realizan el mismo trabajo que los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la empresa e incluso mezclados unos con otros, realizando el trabajo con sujeción a jornada y horario, bajo la vigilancia y órdenes de la empresa y cobrando a destajo. El trabajador se limita a aportar el simple esfuerzo físico siendo propiedad de la empresa la maquinaria, careciendo, por tanto, de la más mínima organización empresarial y, por consiguiente, de autonomía económica”⁴¹¹. A partir de ahora serán vistas las relaciones entre las cooperativas de trabajo asociado y la subcontratación.

5.2.1.1 Cooperativas de trabajo asociado y subcontratación

“Al fin y al cabo, somos lo que hacemos para cambiar lo que somos.”

Eduardo Galiano

Las cooperativas de trabajo asociado en Brasil⁴¹² y en España⁴¹³ son sociedades no mercantiles que tiene una personalidad jurídica propia que no es la de sus socios. Estos componen las cooperativas desde y siempre que su adhesión sea libre y de su voluntad propia para la realización de actividades empresariales con la finalidad de satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales a través de proporcionar a sus socios puestos de trabajo a disposición de bienes y servicios a terceros. Inclusive tales cooperativas, como cualquiera,

⁴¹¹ LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006, págs. 386-387. Y sigue comentando el autor: “Pero es más frecuente que las cooperativas se constituyan como empresas de servicios, como está ocurriendo por lo general con otras empresas intermediarias. Las empresas de servicios aparecen muchas veces como formas encubiertas de ETT u como “huida hacia las contratas” (...). A tal efecto se amparan en la figura de las contratas y subcontratas del art. 42 ET, mediante un objetivo social amplio (“amalgamado” o “miscelánea”) y en actividades donde no se requiera una infraestructura organizativa o inversión empresarial importante (maquinaria, instrumentos, etc.) de manera que se haga difícil la aplicación de los criterios jurisprudenciales pensados sobre todo para formas de trabajo más clásicas sobre la cesión ilegal”. LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006, pág. 390.

⁴¹² Son conocidas en Brasil las cooperativas agrícolas, comerciales, industriales o capitalistas, pero la primera modalidad de Cooperativa reglamentada en Brasil fue la Cooperativa de Trabajo, segundo el Decreto Legislativo 1.637/1907 y posteriormente por el Decreto-ley 22.239/32, que, en su art. 24 expresaba: “Art.24 – São cooperativas de trabalho aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensado a intervenção de um patrão ou empresário, se propõem contratar obras, tarefas, trabalho ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.” Posteriormente vino el Decreto 24.647/34, determinando nuevas reglas del Cooperativismo en Brasil, y que extinguió el instituto de la Cooperativa de Trabajo, regulando solamente las Cooperativas de industrias, comerciantes y capitalistas. Con la Ley n. 5.764/71, fue permitido constituir la Cooperativa de Trabalho, desde que y siempre siga a los requisitos establecidos por tal ley.

⁴¹³ En relación a las cooperativas de trabajo, véase también BORONAT MARTÍN, Alberto, Las cooperativas de trabajadores: especial referencia a las cooperativas de trabajo, en AA.VV., Ley de cooperativas de Castilla y León. Estudios y texto, Publicaciones Universidad Católica de Ávila, Kadmos, Salamanca, 2003.

tienen el poder de contratar trabajadores para trabajar para las mismas, aunque estos no se confundan con los socios.

De hecho, las cooperativas de trabajo asociado⁴¹⁴ constituyen una parte significativa del cooperativismo no solamente en Brasil y en España sino en todo el mundo. Debido a las tasas de desempleo y las dificultades que pueden ser disminuidas al reunirse en un grupo para ofrecer una fuerza de trabajo. La estructura organizacional está basada en la mutua colaboración con el objetivo de reducir el impacto que el actual sistema económico puede llegar a imponer a determinados colectivos. En relación a éstas, se percibe que ha crecido en los últimos años, y, como ya se ha mencionado, muchas son para servicios de subcontratación, incluso la cantidad hoy supera a las cooperativas más tradicionales como es la de consumo y la de crédito. Las cooperativas de trabajo asociado son reconocidas internacionalmente por la ONU así: “As cooperativas de trabalho são, hoje, reconhecidas pela ONU — Organização das Nações Unidas — como um instrumento de desenvolvimento, geração de emprego e distribuição de renda. O PNUD — Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento — apóia mais de 60 projetos na área de cooperativas. A OIT — Organização Internacional do Trabalho da ONU — inclui no art. 12 de sua Constituição seu apoio as cooperativas e a Recomendação n. 127 da OIT trata especificamente do papel das cooperativas no desenvolvimento econômico e social dos países em desenvolvimento”⁴¹⁵.

⁴¹⁴En este caso la tercerización se refiere a la subcontratación: “A conceituação precisa da cooperativa de trabalho não encontra total consenso na doutrina. Uns, como Paulo Renato Fernandes da Silva, a mencionam imprimindo uma relação direta com a terceirização de serviços propriamente dita, sem incluir nesse contexto as chamadas cooperativas de produção. Define-as como “[...] uma espécie de empresa onde os sócios são os próprios trabalhadores, em perfeita igualdade de condições societárias, prestando serviços para terceiros de maneira autônoma com horário livre”. Aliás, é nesse sentido também a definição estabelecida no art. 24 do revogado Decreto nº 22.239/32, transcrita no Capítulo 1. Outros, ao revés, integram nesse grupo as cooperativas de produção, como Carelli, que as considera as verdadeiras cooperativas de trabalho, “onde os cooperados trabalham e a cooperativa detém os meios de produção, ocasionando a socialização da propriedade, forma avançada, indubitavelmente, de autogestão”, em contraposição com as denominadas cooperativas fornecedoras de mão-de-obra. Também Cláudio Armando Couce de Menezes utiliza o termo “cooperativas de trabalho” com um sentido genérico, subdividindo-as em cinco grupos principais: a) Cooperativa de produção coletiva: modelo básico do cooperativismo na antiga Iugoslávia. Em âmbito nacional, temos como exemplo dessas sociedades as cooperativas de produção agropecuária (CPAs), frutos jurídicos e associativas dos processos de assentamentos de pessoas ligadas ao movimento dos sem-terra; b) Organizações comunitárias de trabalho: ex.: os Kibutz de Israel; c) Cooperativas de trabalho realizadas em caráter empresarial, com capital, equipamentos e instalações industriais pertencentes à sociedade. Não dependem dos tomadores de seus serviços, sua relação com o mercado se dá pela negociação direta de seus bens ou serviços. São as grandes cooperativas de produção agrícola e industrial; d) Cooperativas de profissionais liberais autônomos, comuns na área médica e odontológica. Nelas há independência na direção do trabalho, fixando o profissional os seus horários de trabalho e o número de atendimentos. Sem prejuízo, inclusive, de outras atividades que exerce habitualmente; e) Cooperativas de mão-de-obra- Nestas reúnem-se vários obreiros para realizar serviços em prol de um contratante, que os utiliza em tarefas antes cumpridas por trabalhadores autônomos, empregados ou eventuais, inorganizados”.

HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 51.

⁴¹⁵OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005, pág. 70. Tampoco se puede olvidar la recomendación 127/66 de la OIT en que trata de las cooperativas de trabajo asociado y establecen objetivos de una política de incentivo a las cooperativas como un medio de lograr el desarrollo de la situación económica, social y cultural de las personas. En su ítem segundo menciona que la finalidad es la de mejorar las oportunidades de empleo, las condiciones de trabajo y el incremento de los trabajadores agrícolas de bajas condiciones económicas, en que aconseja la unión y organización voluntaria de éstos, cuando sea considerado conveniente, para la formación de cooperativas de trabajo asociado.

En Brasil el art. 24 del Decreto 22.239/32 describía lo que sería una cooperativa de la siguiente forma: “são cooperativas de trabalho aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõem contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupo de alguns”⁴¹⁶. Este Decreto fue infinitamente revocado y posteriormente renovado, hasta que con el Decreto-Ley 59/66 fue revocado por última vez. La Ley 5.764/71 define, por fin, la política nacional de cooperativismo, instituyendo el régimen jurídico de las sociedades cooperativas, revocando esta ley el Decreto –Ley 59/66.

La denominación que predomina en el día de hoy es la determinada por el art. 5º de la Ley 5.764/71, que dice que las cooperativas podrán adoptar por objeto cualquier género de servicio, operación o actividad, garantizándoles el derecho exclusivo y exigiéndoles la obligación del uso de la expresión “cooperativa” en su institución, abarcando, por supuesto, cualquier tipo de cooperativa y no solamente las cooperativas de trabajo asociado. Mientras que en España, este tema se encuentra regulado en el art. 80.1 Ley 27/1999 que señala: “Objeto y normas generales.1. Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores. La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria”, tema que será mejor analizado a seguir.

A nivel constitucional en Brasil debe citarse el art. 146 III c⁴¹⁷ CF/88, que dio adecuado tratamiento tributario, tema mejor desarrollado posteriormente, al hecho cooperativo practicado por las cooperativas de trabajo asociado, como también es válido resaltar el art.

⁴¹⁶Los autores Juan Bossa y Ricardo L. Costa, citado por Medeiros Vieira, afirman que el nacimiento y crecimiento del cooperativismo ha sido claramente resultado de iniciativa propia de los integrantes, sin depender de iniciativas externas como programas especiales de gobiernos, basándose libremente conforme especifica cómo debe de ser esta ley. La autonomía del movimiento cooperativo constituye un factor importante para comprender su evolución histórica dentro de un marco económico, político y social caracterizado por la inestabilidad. Mayores informaciones, véase MEDEIROS VIEIRA, Elias, Cooperativas de trabalho no âmbito do Mercosul, en AA.VV., Justiça do Trabalho, Caderno de Direito Previdenciário: Doutrina e jurisprudência, Ano 19, n. 223, Hs, Porto Alegre, 2002, págs. 72-73.

⁴¹⁷El art. 146 III c CF/88 expresa: “Art.146. Cabe à Lei Complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”.

174 § 2º⁴¹⁸ CF/88, en el que se menciona el apoyo e incentivo dado por el gobierno federal a las cooperativas, y la integración de las cooperativas de crédito al Sistema Financiero Nacional conforme el art. 192 CF/88. Mientras que en España, el incentivo a las cooperativas por parte del gobierno se encuentra en el art. 129.2 CE, como se puede apreciar: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

El uso de las cooperativas de trabajo asociado en Brasil, en España y como un fenómeno global se hace más visible a partir de la década de los ochenta. A partir de los movimientos de recuperación de fábricas en quiebra en varias localidades de todo Brasil y de otros países, y del surgimiento generalizado de cooperativas que involucraban profesionales liberales o de antiguos trabajadores de empresas públicas en fase de disminución de plantilla para posteriormente la privatización.

De esta manera, al principio se observó un rechazo por parte de los sindicatos por consideraren agresivos los cierres de unidades industriales o mismo el cierre de empresas por completo. Sin contar con los procesos de reestructuraciones organizativas que multiplicaban el número de desempleados en el mundo. Luego, los sindicatos percibieron que debido a los nuevos cambios económicos globales, debían aceptar las cooperativas, siempre que fueran observados todos los principios cooperativistas⁴¹⁹ y se distinguieran las falsas de las

⁴¹⁸El art. 174 § 2º CF/88 determina: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...) §2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

⁴¹⁹En lo que se discierne a los principios básicos del cooperativismo, es importante saberlos tanto para la comprensión de la propia estructura y finalidad de una cooperativa como para la protección de los derechos de los cooperados y trabajadores de una manera en general. Visto que su intención es la protección del derecho humano a la dignidad del/y en el trabajo que también engloba al concepto de trabajo decente; como también para diferenciarlo de otras sociedades existentes. Lo principal está relacionado con la finalidad de la cooperativa de atender a sus asociados forneciendo a ellos bienes o servicios, mientras que las sociedades empresariales en general son organizadas para atender al mercado distribuyendo entre los socios la renta de las operaciones realizadas. Los principios básicos del cooperativismo catalogados por la Alianza Cooperativa Internacional son: principio de la adhesión voluntaria y libre; control democrático por los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas; e interés por la comunidad. En este sentido es pertinente citar a Messias da Silva por hacer una crítica relacionado a los principios cooperativistas y cómo éste es visto en la práctica: “os Princípios Cooperativistas, desde sua origem, tiveram como meta angariar melhores condições de vida ao trabalhador, dignidade no trabalho e trabalho decente, o que não rima com trabalho escravo e exploração de mão-de-obra. Na prática, no entanto, constata-se, inclusive fruto da observação, respaldada pela pesquisa de campo apresentada ao longo do presente texto, que é preciso evoluir em termos culturais e legais a fim de dar eficácia aos Princípios Cooperativistas, tão veementemente defendidos na Recomendação n. 193 da Organização Internacional do Trabalho. Portanto, na cooperativa de trabalho, quer seja no ramo de serviços ou de mão-de-obra, a cooperativa não é uma mera intermediadora de mão-de-obra entre o tomador de serviços e os cooperados, porque, na realidade, a verdadeira cooperativa são os próprios cooperados, que, eliminando a figura do patrão, o intermediário caracterizado por uma prestadora de serviços, contratam diretamente com a tomadora dos serviços”. MESSIAS DA SILVA, Leda Maria, Cooperativas de Trabalho: terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes, LTr, São Paulo, 2005, pág. 109.

verdadeiras⁴²⁰, porque pasan a ser consideradas una de las formas de atenuar el desempleo en el país.

Es importante resaltar la diferencia de una cooperativa de trabajo asociado y una empresa en Brasil para mejor comprender su articulación y funcionamiento: “1. sociedad de personas/sociedad de capital, 2. sin fines lucrativos/objetiva el lucro, 3. presta servicios a los asociados (trabajadores)/el empleado le presta servicios, 4. asociado presta servicio como autónomo/trabajo subordinado, 5. el riesgo es de los trabajadores (asociados)/el riesgo es del empresario, 6. cada asociado tiene derecho a un voto (gestión democrática)/mayor participación en el capital=mayor poder de decisión, 7. dirigentes elegidos por los asociados/dirigentes elegidos por el empresario, 8. política de negocios definidas por los asociados en Asamblea/política de negocios definida por los dueños-centralizada, 9. número ilimitado de asociados/número limitado de socios, 10. tratamiento tributario incentivado/tratamiento tributario oneroso, 11. no sujeta a la quiebra (cuando esta es comercial)/sujeta a la quiebra, 12. remuneración de los trabajadores (asociados) de acuerdo con la producción/empleados con salario pre-establecido”⁴²¹. Mientras que en España la cooperativa es vista como una empresa.

⁴²⁰Dicas del autor para la contratación correcta de una cooperativa de trabajo: “1) Não induza ou patrocine a formação da sua própria: A Justiça do Trabalho vê, pré-dispostamente, nessa atitude, a intenção do tomador em livrar-se das suas obrigações legais e sociais, para com os trabalhadores e as instituições que os protegem. 2) Não supervisione e nem exija exclusividade: Não sendo empregados da empresa tomadora de serviços, esta não poderá intervir na operação de rotina dos sócios-cooperados, e nem de forma direta alterar o modo de execução dos serviços terceirizados. Também não deve, sob nenhuma hipótese, exigir do seu fornecedor que mantenha com o tomador uma relação de dependência operacional e econômica, ou seja, uma relação de exclusividade. Ao contratar procure uma que seja idônea, capaz, autônoma, íntegra e responsável. A sociedade cooperativa precisa ser autogerida pelos seus associados, cooperados trabalhadores, eleitos para os cargos diretivos, para dirigirem a sociedade com autonomia e responsabilidade. 3) Conheça a sua estrutura operacional: É muito importante que a sociedade cooperativa tenha uma condição operacional suficientemente adequada, preparada, especializada e bem suprida financeiramente, para suportar a disponibilidade de recursos aos seus cooperados. 4) Busque as cooperativas existentes: Estas são mais experientes. Uma cooperativa em formação leva um tempo razoável para entrar em operação, aproximadamente de 03 a 07 meses, para obter todos os registros e adquirir a personalidade jurídica. 5) Contrate aquela que tenha sócios especializados e competentes: O nível de conhecimentos técnicos entre os trabalhadores é muito variado, até mesmo entre aqueles que trabalham nas mesmas atividades. Para a terceirização com cooperativa conseguir o sucesso, é preciso que a mesma seja muito bem selecionada. Essa seleção de fornecedores deverá pôr em prática as consultas a tomadores de serviços, aos sócios-cooperados, verificar as instalações da cooperativa e um "bate papo" com os seus dirigentes, requerendo toda a documentação regular, ou seja: -Estatutos e Regulamento Interno; -Cadastro no Cartório de Títulos e Documentos; - Registro na Junta Comercial para ser uma sociedade juridicamente constituída, ou seja, tenha a "pessoa jurídica"; - Registro na Prefeitura local; - Registro na Receita Federal, do Ministério da Fazenda, para obter o número do CGC; -Cadastro do INSS de cooperados para saber se são contribuintes autônomos; -Conhecer o nível técnico dos seus sócios-cooperados. Após o recebimento dessas informações, procurar saber das atitudes operacionais da cooperativa. 6) Familiarize-se com a legislação específica: Para se obter sucesso num projeto de terceirização, com Cooperativa de Serviços e Trabalho, é fundamental, essencial e muito importante o tomador de serviços estar bem assessorado por especialistas competentes, procurando estar atualizado face à legislação pertinente”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999, págs. 82-84.

⁴²¹Véase OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005, pág. 72.

Y por fin, en relación a la clasificación didáctica de una cooperativa de trabajo asociado, en general, ésta puede ser a través de su forma o por la manera que fueron instituidas. La primera es de consumo en la que el objetivo es de proporcionar a los asociados artículos de consumo a menores precios; de producción en la que la finalidad es colocar la producción en otros sitios sin la necesidad de intermediarios, y por consecuencia la disminución de los costos; de crédito en que se objetiva proporcionar créditos a los asociados; y por último la de servicios que tiene como finalidad proporcionar la prestación de servicios a los asociados, como es el caso de transportes, distribución entre otros⁴²²; contratos estos mejor analizados en el capítulo anterior.

Algunos puntos son interesantes de mencionar acerca de la legislación española de cooperativismo. La utilización de cooperativas de trabajo asociado para la subcontratación en España no tiene la misma frecuencia y uso que en Brasil, como ya se ha mencionado antes. Pero a pesar de eso existen críticas a su utilización tanto por empresas principales o contratistas, una vez que se supone que no están considerados como un trabajador de plantilla, y sí equiparados a los trabajadores autónomos. Y de esta forma la cotización de la Seguridad Social es hecha por parte del cooperativista, librando al contratista de la responsabilidad y obligaciones laborales en general. Autores como Olmo Gascón critican el uso de las cooperativas para la subcontratación: “El problema no es que en realidad no se esté utilizando a un personal dependiente y por cuenta ajena por parte de los empresarios principales o contratistas —sino a una entidad empresarial como la cooperativa—, la cuestión se encuentra más bien en el acomodo de tal práctica en las previsiones del art. 42 ET. Así, en caso de acaecer alguna de las insolvencias previstas en el precepto estatutario existen graves problemas de compatibilidad entre los mecanismos contenidos en él y la propia naturaleza del trabajo en cooperativas que determina su régimen”⁴²³. En este sentido la autora hace dos interrogativas: sobre la licitud de la utilización de cooperativas por empresas principales o contratista, y cómo implementar el dispuesto en el art. 42 ET en tales casos.

⁴²²Las cooperativas pueden tener dos aspectos, la primera serían como política y la segunda como cooperativas del trabajo. Y pueden ser clasificadas de esta manera: “a) de consumo: que têm por objetivo fornecer aos associados artigos de consumo a preços baixos; b) de produção: tendo a finalidade de colocar a produção em outros locais, sem intermediários, que encareceriam o preço do produto. Há cooperativas de produção coletiva, que eram comuns na antiga Yugoslavia. No Brasil, surgiram as Cooperativas de Produção Agropecuária (CPAs), visando aos assentamentos dos sem-terra; c) de crédito: visando proporcionar crédito aos associados; d) de serviços: proporcionando a prestação de serviços aos associados, como transporte, abastecimento, distribuição, etc.” Basado en el texto de PINTO MARTINS, Sérgio, *A terceirização e o direito do trabalho*, São Paulo, Atlas S.A., 2007, pág. 86.

⁴²³OLMO GASCÓN, Ana Marta, *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 205.

Las dudas empiezan al cuestionar si las actividades laborales de los cooperativistas pueden formar parte del proceso de subcontratación, visto que se basan, dependiendo del entendimiento de la doctrina, tanto dando un entendimiento interpretativo legal restrictivo o expansivo del art. 1 de la Ley de Cooperativas⁴²⁴, que define lo que es una cooperativa. La cooperativa actúa como una empresa, pero eso no significa que sea literalmente una empresa, a pesar de que, según el texto legal ora referido, la cooperativa de trabajo asociado intenta lograr su objetivo por medio de la realización de una actividad empresarial. Otro artículo en el cual se basa la legalidad de la subcontratación es el art. 80 LC, que expresa que el objetivo de la cooperativa de trabajo asociado es ofrecer a sus socios puestos de trabajo a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios a terceros. Siendo así, las disposiciones legales no mencionan si los servicios o bienes deben ser ofrecidos al mercado de forma directa o indirecta, es decir, a través de la prestación de servicios a otra empresa.

El art. 86.2 LC de alguna manera soluciona las inquietudes de la doctrina al plantear la posibilidad del cese de las cooperativas de trabajo asociado no verdaderamente debido a un factor causado por la misma en el caso de que haya una subcontratación o concesión administrativa, lo que significa que menciona la aceptación del uso de contratos. Otra cuestión es la que una cooperativa de trabajo asociado pueda tomar parte de la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social expuesta en el art. 42 ET. La D.A. Cuarta del TRLGSS menciona que los socios trabajadores tienen la facultad de elegir afiliarse a la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, o como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente⁴²⁵; tal opción deberá constar en los Estatutos y solo podrá ser modificada posteriormente con la oportuna autorización administrativa.

⁴²⁴ El art. 1 Ley de Cooperativas explica: "La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales (...)."

⁴²⁵ En este sentido: "se establece que «Los socios trabajadores de las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra, así como los socios de trabajo a que se refiere el art. 30 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, a efectos de la Seguridad Social, serán, en todo caso, asimilados a trabajadores por cuenta ajena». Esta disposición fue desarrollada por el Real Decreto 225/1989, de 3 de marzo, sobre condiciones de incorporación al sistema de Seguridad Social de los socio-trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado que en su art. 3 recoge las obligaciones de la cooperativa en determinados casos: 1. Cuando la Cooperativa de Trabajo Asociado haya optado, respecto de sus socios-trabajadores, por su incorporación en el Régimen General o en un Régimen Especial, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, corresponderán a aquélla todas las obligaciones que, en materia de Seguridad Social, se atribuyen al empresario. 2. En el supuesto de que la Cooperativa de Trabajo Asociado haya optado por la incorporación de sus socios-trabajadores en un Régimen Especial, como asimilados a trabajadores por cuenta propia, responderán solidariamente de la obligación de cotización de aquéllos". OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratos, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 208-209.

Tal posibilidad de opción⁴²⁶ hace que haya dos supuestos distintos por lo que se refiere a la aplicación del art. 42 ET: la diferenciación entre si el trabajador es considerado como un socio de trabajo o socio-trabajador de cooperativas que haya preferido la inclusión en el régimen de trabajo por cuenta ajena, o si está siendo asimilado a un trabajador de plantilla de la contratista; habiendo, entonces, en esta hipótesis la empresa principal o contratista de verificar si la cooperativa está al día con la Seguridad Social, so pena de que sea aplicada la responsabilidad solidaria referida en el art. 42 ET. Es decir, será tal empresa responsable por las deudas contraídas por la cooperativa durante la vigencia del pactado entre ambas hasta el año siguiente a la terminación del contrato. La otra hipótesis sería cuando el socio-trabajador cotiza a la Seguridad Social como trabajador por cuenta propia, si es el caso, difícilmente podrá ser aplicado el art. 42 ET, en el cual de alguna manera, el riesgo es tomado por el propio trabajador, una característica de la descentralización productiva.

Con la nueva legislación de cooperativas se suscitaron unas dudas relacionadas con las cuestiones salariales. Antes de tal precepto legal, se permitía la aplicación del art. 42 ET en relación al tema de la remuneración, pues, siguiendo la Ley 3/1987, existía la posibilidad de que si los empresarios principales hacían un acuerdo con cooperativas de trabajo asociado eran responsables solidariamente durante el año posterior del fin de la contratación antes referida, y el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de un personal de plantilla en la misma categoría o puesto de trabajo. Actualmente se entiende, conforme al art. 80.4 LC, que los anticipos salariales pasan a ser considerados como anticipos societarios y no tienen la consideración, como se puede percibir, de salario, y consecuentemente no es compatible con el art. 42 ET, puesto que no puede ser regido por normas laborales o una mezcla entre las legislaciones societaria y laboral, sino solamente por normas societarias, lo que no favorece a los socios-trabajadores que al fin y al cabo en la práctica actúan como trabajadores típicos.

En relación a los socios cooperativistas en Brasil, como también en España, no puede haber vínculo laboral entre el cooperativista y la cooperativa. En Brasil, la Ley 8.949/94 introdujo un párrafo en el art. 442 CLT que determina: “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre esses e os tomadores de serviços daquela”. Obviamente si una empresa cooperada

⁴²⁶Válido es mencionar que existe una excepción para la posibilidad de opción ora descrita que son los casos de los socios de trabajos que están obligatoriamente encuadrados como trabajadores por cuenta ajena segundo el D.A. 4ª. TRLGSS y art. 13 LC, pues en este caso ya está estipulado que serán regidos como un trabajador por cuenta ajena, y no por cuenta propia.

presta servicios y no cumple los requisitos de un empleado regido por la CLT, sería considerado más un caso de fraude a la ley, y no será un cooperativista efectivamente.

Sin embargo ésta no es la cuestión crucial, pues lo es que si determinar este precepto incrementa la práctica del cooperativismo para prestar servicios como subcontratados. No se puede negar la realidad de que muchas cooperativas fueron creadas, repitiendo una vez más, con la intención exclusiva de enmascarar la efectiva vinculación entre empleados y la empresa principal. Como se puede observar en las palabras de Borges: “Um quadro revelador de um processo de precarização dos trabalhadores efetivos que, na condição de "estáveis desestabilizados", deixam de representar a melhor situação de um assalariado na Região Metropolitana de Salvador, em termos de padrão salarial e de benefícios, e entram para uma condição de vulnerabilidade, pela insegurança no emprego, com a ameaça permanente de demissão ou pela pressão para mudar o seu estatuto de emprego, passando à condição de terceirizado, através das cooperativas ou da abertura de empresa em seu nome (conhecidas como "PJs", personalidade jurídica)”⁴²⁷.

En el caso brasileño ha de citarse el art. 455 CLT, ya mencionado en el primer capítulo. Trata de la subempreitada, que puede ser una cooperativa, siendo aplicables las mismas reglas pertinentes a la CLT, y en su caso, las del CCB. Incluso el derecho de la contratante de demandar en juicio a la contratista, si ésta no ha pagado las retribuciones correspondientes a sus trabajadores y hay accionado a la primera como responsable subsidiariamente. De igual manera pueden los trabajadores demandar contra el empreiteiro principal por el no cumplimiento de las obligaciones laborales de la subempreitada, e igual tiene derecho el empreiteiro.

⁴²⁷ BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 102-103.

5.2.1.2 Cooperativas de trabajadores agrarios y subcontratación

“Tu verdad no; la verdad y ven conmigo a buscarla.
La tuya, guárdatela.”

Antonio Machado

247

Con el fenómeno de la descentralización productiva y la pretensión de disminución de los costes relativos a los trabajadores, se ha acentuado la tendencia de contratar trabajadores rurales temporales para que en determinadas épocas trabajen en las empresas agrícolas. Muchos de esos trabajadores forman parte de cooperativas de trabajadores rurales. Esta tendencia procede de las transformaciones en el proceso de producción agrícola, más conocido como el movimiento de “modernización de la agricultura” en los años 60, y que, infelizmente acoplan a trabajadores que son de baja calificación laboral y escolaridad. Haciendo, por consiguiente, que sean un colectivo con poco poder de persuasión y de mayor cuidado por el MT brasileño. Otro dato interesante es que en Brasil el art. 5º⁴²⁸ de la Ley 5.764/71 instituyó el régimen jurídico de las sociedades cooperativas que mencionaba que era de libre elección el objeto de la cooperativa, es decir, no hay artículos o algún apartado que trate solamente del rural.

En España se considera que las cooperativas agrarias⁴²⁹ son empresas constituidas - una vez que de forma de un trabajador individual dificulta bastante su trabajo y la consecución del pretendido - para el desarrollo de actividades, como es el ejemplo de almacenamiento conjunto, transporte, distribución, representación, servicios jurídicos, entre otros, como se puede percibir su conceptualización en el art. 93⁴³⁰ LC. Se aprecia la diferencia de

⁴²⁸ El art. 5º Ley 5.764/71 expresa: "As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes a obrigação do uso da expressão "cooperativa" em sua denominação".

⁴²⁹ Como complementariedad: “El origen Del cooperativismo moderno tal y como lo conocemos data de mediados del siglo XIX y nace en Europa en un contexto de crisis originada por los desajustes socioeconómicos, derivados de la aplicación de los postulados del capitalismo preindustrial. El cooperativismo agrario europeo comienza su andadura en aquella misma época pero no tan condicionada por la situación crítica comentada, como por la necesidad de optimizar el abastecimiento de los inputs agrícolas (maquinaria, abono, semillas), a modo de cooperativismo de consumo”. ABERASTURI LAUZURIKA, Fernando, Cooperativas agrarias y de explotación comunitaria, en AA.VV., Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas, Mccgraphics-evagraf, Vitoria, 2007, pág. 319.

⁴³⁰ El art. 93 LC expresa: “Objeto y ámbito.1. Son cooperativas agrarias las que asocian a titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, que tienen como objeto la realización de todo tipo de actividades y operaciones encaminadas al mejor aprovechamiento de las explotaciones de sus socios, de sus elementos o componentes, de la cooperativa y a la mejora de la población agraria y del desarrollo del mundo rural, así como atender a cualquier otro fin o servicio que sea propio de la actividad agraria, ganadera, forestal o estén directamente relacionados con ellas. También podrán formar parte como socios de pleno derecho de estas cooperativas, las sociedades agrarias de transformación, las comunidades de regantes, las comunidades de aguas, las comunidades de bienes y las sociedades civiles o mercantiles que tengan el mismo objeto social o actividad

preocupaciones entre la cuestión de organización grupal en España y en Brasil, que es básicamente para no formar cooperativas ficticias para burlar la legislación brasileña, visto que en España casi no se usa la cooperativa agraria para la subcontratación.

De este modo será dado un mayor énfasis en la cuestión brasileña, dado que las cooperativas de trabajadores rurales en Brasil, más conocidas en España como agrarias y de explotación comunitaria de la tierra. Es un tema necesario de ser tratado por haber varios casos de subcontratación con la intención de crear pseudocooperativas. También se puede comprobar, igual si se compara con lo escrito en el punto de arriba, que no hay la pretensión de agotar el tema ni tampoco de tratar a fondo la legislación de cooperativa de ambos países, sino los principales preceptos que estén relacionados con la subcontratación.

Pues bien, en Brasil, el inicio de la legislación pertinente al tema fue gestionada por el MST (Movimento Nacional dos Trabalhadores Sem Terra) y presentada al Congreso Nacional por un parlamentario del Partido de los Trabajadores. En la exposición de motivos se dice: "A insegurança dos trabalhadores é muito grande, o que no campo aumenta a legião de bóias frias, contribuindo para o êxodo rural e estes mesmo "evacuados" do campo se fixam nas periferias das grandes cidades, amargando a falta de oferta de emprego. Esse fluxo migratório que chega a um ritmo de dois milhões de pessoas por ano, gera a necessidade de criação de 600 (seiscentos) mil novos empregos anualmente, sem contar o crescimento de mais mão-de-obra urbana". E arremata o deputado Chico Vigilante, relator do projeto: "o alcance social do projeto é inegável. Se aprovado, além dos evidentes benefícios que trará à vasta camada de

complementaria y se encuentre comprendido en el primer párrafo de este artículo. En estos casos, los Estatutos podrán regular un límite de votos que ostenten los socios mencionados en relación al conjunto de votos sociales de la cooperativa. 2. Para el cumplimiento de su objeto, las cooperativas agrarias podrán desarrollar, entre otras, las siguientes actividades: a. Adquirir, elaborar, producir y fabricar por cualquier procedimiento, para la cooperativa o para las explotaciones de sus socios, animales, piensos, abonos, plantas, semillas, insecticidas, materiales, instrumentos, maquinaria, instalaciones y cualesquiera otros elementos necesarios o convenientes para la producción y fomento agrario. b. Conservar, tipificar, manipular, transformar, transportar, distribuir y comercializar, incluso directamente al consumidor, los productos procedentes de las explotaciones de la cooperativa y de sus socios en su estado natural o previamente transformados. c. Adquirir, parcelar, sanear y mejorar terrenos destinados a la agricultura, la ganadería o los bosques, así como la construcción y explotación de las obras e instalaciones necesarias a estos fines. d. Cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de la cooperativa o de las explotaciones de los socios, entre otras, la prestación de servicios por la cooperativa y con su propio personal que consista en la realización de labores agrarias u otras análogas en la mencionadas explotaciones y a favor de los socios de la misma. e. Realizar actividades de consumo y servicios para sus socios y demás miembros de su entorno social y fomentar aquellas actividades encaminadas a la promoción y mejora de la población agraria y el medio rural. 3. Las explotaciones agrarias de los socios, para cuyo mejoramiento la cooperativa agraria presta sus servicios y suministros, deberán estar dentro del ámbito territorial de la cooperativa, establecido estatutariamente. 4. Las cooperativas agrarias podrán desarrollar operaciones con terceros no socios hasta un límite máximo del 50 % del total de las realizadas con los socios para cada tipo de actividad desarrollado por aquéllas".

trabalhadores, sobretudo no setor rural, terá o mérito de desafogar a Justiça do Trabalho, ao transformar em lei o entendimento jurisprudencial predominante"⁴³¹.

Según Gomes Neto, la Federación de los Trabajadores en la Agricultura del Estado de São Paulo presentó una denuncia a la Fiscalía, apuntando diversas irregularidades en el sector rural, en relación a la contratación de mano de obra destinada a la recolección de la naranja, en la cosecha del año 1995. Tales contrataciones estaban siendo realizadas a través de cooperativas rurales, en la cuales se dudaban de la idoneidad de estas relaciones, visto que cada vez mas empresas relacionadas con la agricultura estaban adoptando el régimen de la subcontratación para la época de la recolección de naranjas, y que por muchos juristas eran considerados como pura cesión de mano de obra disfrazada con el nombre de cooperativas rurales.

Muchas de estas cooperativas eran creadas de forma errónea - no visando la auto ayuda de sus miembros y consecuentemente burlando los derechos laborales de los trabajadores rurales - y sí con el objetivo de atender las necesidades de los empresarios de agricultura. Igualmente se percibe una discordancia entre las empresas contratistas del área y las cooperativas rurales, pues las primeras hacen el reclamo de que tales cooperativas no tienen los tradicionales encargos laborales pudiendo ofrecer mano de obra a menor coste. Aunque, por otro lado, hay cooperativistas que cuestionan que tales argumentos de las contratistas hieran el principio de la libre iniciativa de las empresas en general, tema que hasta hoy es discutido. Lo que sí se espera es que haya una mayor fiscalización para que no sean conculcados los derechos laborales de los trabajadores subcontratados o de los cooperativistas subcontratados.

Como se puede ver, muchos casos como los descritos arriba, entre otros tantos relacionados con el tema, son vistos en los tribunales, siendo pertinente mencionar una decisión del Tribunal de Justicia de Minas Gerais: "A 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou uma cooperativa de cafeicultores de Muriaé a quitar uma dívida com um agricultor, referente à venda de 210 sacas de café, no valor de R\$ 26.800,00. A transação comercial ocorreu em outubro de 2001, mas o agricultor não conseguiu receber o valor ajustado com a cooperativa, que informou não mais querer a mercadoria, sob o argumento de que o produto entregue não conferia com a amostra apresentada no fechamento do negócio.

⁴³¹GOMES NETO, Indalécio, Terceirização – relações triangulares no direito do trabalho, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, vol. 70, n. 09, São Paulo, 2006, pág. 1036.

Além de se recusar a pagar a dívida, a cooperativa não cuidou da devolução da mercadoria, deixando-a em uma outra cooperativa, localizada em Espera Feliz. Na tentativa de evitar o prejuízo, o agricultor ajuizou ação de cobrança contra a cooperativa, que, ao contestar, afirmou que o produto entregue era de qualidade inferior e que a devolução foi feita dentro do prazo legal. No entanto, de posse dos autos de apelação, os Desembargadores Elpídio Donizetti (relator), Fábio Maia Viani e Francisco Kupidowski observaram que a mercadoria comercializada foi entregue à cooperativa no dia 18 de outubro e colocada à disposição do agricultor apenas no dia 30 do mesmo mês. Segundo os Desembargadores, mesmo que o produto estivesse realmente defeituoso, cumpria à cooperativa recusá-lo e colocá-lo à disposição do vendedor, no prazo de dez dias, de acordo com o art. 21 do Código Comercial. Baseando-se nisso, condenaram a cooperativa a pagar ao vendedor os R\$26.800,00 acertados durante a venda, atualizados monetariamente, a partir da data da emissão da nota fiscal (18/10/2002). E ainda juros de mora de 1% ao mês a partir da data da citação (06/08/2003). Processo: 2.0000.00.519442-7/000⁴³².

⁴³²Publicado em 15 de Dezembro de 2005 a las 16h04. Disponible en: newsletter@iob.com.br. Igual en importancia mencionar al Tribunal Superior do Trabalho por negar la indemnización contra una cooperativa de crédito rural como se puede ver: “Por unanimidade, a 20ª Câmara Cível do TJRS julgou improcedente ação de indenização movida contra Cooperativa de Crédito Rural Sudoeste do RS Ltda. (Sicredi). O autor do processo buscava reparação por danos decorrentes penhora em ação de execução ajuizada pela cooperativa. Relatando que a Sicredi cobrou-lhe valores superiores ao débito, solicitou devolução da cobrança indevida e indenização por lucros cessantes. A Justiça de 1º Grau havia julgado prescrita a pretensão indenizatória e o demandante apelou da sentença. Segundo o relator do recurso no TJ, Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, o prazo prescricional somente passaria a fluir a partir da extinção da ação de execução, que continuava tramitando quando do ingresso da demanda indenizatória. O autor ajuizou a ação indenizatória em 4/5/06, “antes da fluência do prazo decenal previsto no art. 205, do Novo Código Civil, não há o que se falar em prescrição.” Dívida O Magistrado esclareceu que a Sicredi ingressou com a execução por quantia certa, lastreada em nota promissória no valor de R\$ 8,8 mil, vencida em 7/3/95. Com atualização, o débito atingiu cerca de R\$ 26 mil e, posteriormente no curso da execução, somava mais de R\$ 230 mil. Por isso, houve deferimento de reforço de penhora, incidentes sobre 70 bois e outros 862 animais de sua criação (semoventes), além de um carro Gol. Posteriormente, por decisão do TJ, em 18/4/01 houve readequação da dívida para aproximadamente R\$ 9 mil. Indenização frustrada Para o Magistrado é “inegável que o ajuizamento de ação de execução somente ocorreu porque presente o inadimplemento dos autores no cumprimento pontual da obrigação.” Ressaltou que o deferimento do reforço de penhora e indisponibilidade de semoventes resultou da apresentação intempestiva da parte. No prazo legal, frisou, os autores não recorreram para discutir sobre a liquidez da dívida. “A indisponibilidade, portanto, ocorreu da própria incúria da parte na condução processual”, salientou o Desembargador. “E, não obstante a obrigação tenha sido parcialmente revista, é inviável falar em dever de indenizar por supostos lucros cessantes. Que, aliás, não encontram mínimo respaldo probatório.” Destacou não ser possível o deferimento de repetição ou restituição de valor quando ausente má-fé do credor na cobrança da dívida, como prevê a Súmula 159, do Supremo Tribunal Federal. “Por que, em suma, embora presente excesso de execução, por evidente equívoco, descabe, por falta de fundamento legal, deferir repetição do indébito, quicá, restituição do valor.” Votaram de acordo com o relator, no dia 3/10, os Desembargadores Rubem Duarte e Glênio José Wasserstein Hekman. Processo: 70021078746 Publicado em 28 de Novembro de 2007 às 10h22”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

5.2.1.3 Pseudocooperativas y fraude a la ley

“Sean las leyes claras, uniformes y precisas, porque interpretarlas es lo mismo, casi siempre, que corromperlas”

Voltaire

251

Teóricamente la idea de juntarse en un grupo al percibir que uno solo no tiene tantas oportunidades de trabajo hace que algunas empresas se aprovechen de tal instituto, como ya se ha mencionado; sin contar también que se aprovechan porque la demanda es mayor que la oferta de mano de obra. E infelizmente se percibe que se crean un número considerable de pseudocooperativas principalmente en Brasil. Este punto analizará el caso de las cooperativas en Brasil visto que el caso español ya ha sido suficientemente aclarado en los puntos anteriores dedicados al cooperativismo.

Uno de los casos más frecuentes en referencia con las cooperativas rurales, entre otras tantas formas, son las cooperativas “gato”⁴³³ o “gatoperativas”, creadas por trabajadores rurales en relación a los contratos para la recolección de las cosechas⁴³⁴, donde se identifica claramente la cesión ilícita de mano de obra. Normalmente organizada su constitución por los propios dueños de plantaciones, pues al término de la época de recolección, éstos no quieren tener responsabilidades con los trabajadores rurales, e infelizmente, por falta o bajo nivel de instrucción de ésta clase, son burlados sus derechos laborales, sus garantías constitucionales y de sus derechos a la Seguridad Social. Siendo, en varias ocasiones, burlados hasta en el pago de la cuota debida, ya que muchas veces el supuesto coordinador de la cooperativa recibe los lucros acordados con el contratante y no les pasa integralmente la cantidad debida, desvirtuándose completamente el carácter de cooperativa.

⁴³³En este sentido: “Essa determinação legal foi tão desastrosa para os trabalhadores, conforme observa Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, que eles passaram a apelar as cooperativas de “gatoperativas” uma vez que os antigos “gatos” foram justamente os formadores dessas cooperativas, impondo aos trabalhadores rurais a filiação nas sociedades formalmente constituídas”. BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, págs. 123-124.

⁴³⁴Es válido expresar que: “A propósito, Valentin Carrion, salienta que “existem milhares de trabalhadores, com relação de emprego evidente, acobertados por falsos contratos com falsas cooperativas, que são formadas por escondidas mãos empresariais”. No Estado de São Paulo as mais freqüentes são as das colheitas de laranja ou cana. Mas a anomalia ocorre por todo o território, inclusive no Ceará, e também na construção civil, prefeituras e hospitais e pelo setor hoteleiro. Mais de 2.500.000 empregados no Brasil teriam perdido seu emprego, com registro em carteira, para serem rotulados e tratados como sócios de cooperativas. (Luiz Costa Pinto, Folha de S. Paulo, 18.1.98)”. BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, pág. 127.

Para los casos ocurridos de fraude a la ley por medio de las formaciones de cooperativas, se verifica que la jurisprudencia se inclina por el reconocimiento automático de la vinculación de la relación laboral⁴³⁵; y en otros casos se condena al pago de indemnizaciones por daños sociales en los casos de cesión ilícita de mano de obra. En este sentido hay algunos ejemplos: “TRT5 - Ampla Cooperativa é condenada por terceirização ilícita: “A Ampla Cooperativa de Trabalho na Área de Saúde está impedida pela Justiça do Trabalho de fornecer mão-de-obra de trabalhadores para quaisquer atividade de empresas, sejam de meio, acessórias, inerentes ou finalísticas. Assinada no último dia 11 de março, a sentença da 16ª Vara do Trabalho de Salvador foi proferida em ação civil pública (ACP nº 0000685-47.2010.5.05.0016) ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho - MPT, de autoria da procuradora Virginia Sena. A decisão assinada pela juíza Andréa Presas Rocha exige ainda que a Ampla pague uma indenização por danos sociais no valor de R\$ 100 mil, que será reversível a um fundo público indicado pelo MPT. A decisão deve ser cumprida em 30 dias, a contar da publicação da sentença, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500, por trabalhador fornecido, reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador. No entendimento do MPT, as cooperativas de trabalho não se prestam a intermediação de mão-de-obra, mas à contratação de serviços para seus associados. Sendo assim, não devem fornecer mão-de-obra de trabalhadores a terceiros para quaisquer atividades, quando presentes a personalidade, a subordinação e a não eventualidade na prestação dos serviços”⁴³⁶.

⁴³⁵ Existe vínculo laboral, aplicando el art. 9 CLT en los casos de cooperativas fraudulentas, como se puede percibir en la TRT3: “Turma considera fraudulenta cooperativa que reúne profissionais de especialidades múltiplas – TRT3 “A contratação de trabalhadores através de cooperativas é legal, desde que elas não sejam utilizadas para fraudarem relações de emprego. E foi exatamente o que aconteceu no processo analisado pela 4ª Turma do TRT-MG. Os julgadores constataram que a cooperativa, na qual o reclamante participava como cooperado, tinha como objetivo apenas recrutar trabalhadores e colocá-los à disposição da empresa tomadora, onde prestavam serviço de forma subordinada, o que contraria a legislação de proteção ao trabalho. O desembargador Antônio Álvares da Silva observou que, embora a cooperativa tenha sido instituída com observância das formalidades legais, com estatuto próprio, realização de assembléias e aquisição de quotas pelos cooperados, o simples fato de agregar profissionais de múltiplas naturezas, como engenheiros, médicos, universitários e profissionais de informática, já dá indícios de que se trata de uma fraude. Isso porque o elo que une trabalhadores em uma verdadeira cooperativa decorre de uma especialidade profissional e do objetivo de se fortalecerem no mercado de trabalho. No caso, a própria preposta da cooperativa declarou que, além do pagamento da hora trabalhada e do recolhimento do INSS, os cooperados não recebiam qualquer outro benefício, nem mesmo o rateio das sobras. Além disso, ficou claro que o clube para o qual o reclamante prestou serviços como piscineiro somente contratava trabalhadores após os candidatos se dirigirem à cooperativa e promoverem a sua adesão ao sistema. Observando a letra do trabalhador, o magistrado concluiu que ele é pessoa simples e sem conhecimento do real objetivo da cooperativa. Segundo o desembargador, apesar da aparente legalidade, houve, na verdade, mero recrutamento de mão-de-obra, por intermédio da cooperativa, para a prestação de trabalho subordinado, o que torna ilegal a atuação dessa entidade. “Evidentemente, a contratação de cooperativa fraudulenta não exime o contratante das responsabilidades trabalhistas, pois, obviamente, seu intuito também é o de auferir o maior lucro possível, em detrimento dos já minguados direitos dos trabalhadores” – ressaltou o desembargador, aplicando ao caso o disposto no artigo 9º, da CLT, e declarando a existência da relação de emprego entre o reclamante e o clube reclamado. (nº 00859-2009-019-03-00-3). Publicado em 21 de Julho de 2010 às 10h39”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

⁴³⁶ Publicado em 4 de Abril de 2011 a las 10h09. Disponível em: newsletter@iob.com.br. En este sentido también es válido mencionar otra decisión judicial: “Terceirização ilícita por meio de cooperativa leva a vínculo de emprego – TST: A Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou recurso da Pepsico do Brasil Ltda., que visava reformar sentença que reconheceu o vínculo empregatício entre a empresa e um pretense associado da Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Logística (Cooperben), contratada pela empresa para prestar serviços de carregamento e descarregamento de produtos. No entanto, desde a primeira instância ficou configurada a fraude na contratação. Segundo o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas-SP), trata-se de uma típica terceirização ilícita, em que a real empregadora, a Pepsico, por intermédio de cooperativa fraudulenta, contratou trabalhadores para executarem parte de suas atividades essenciais, na evidente tentativa de burlar a legislação

Tampoco se puede olvidar que se provoca una lesión a los derechos colectivos y difusos en el mal uso de las cooperativas con el fin de enmascarar una cesión ilegal de trabajadores, y en este caso específico a través de las subcontrataciones. En este sentido Fernandes da Silva expresa: “Os direitos lesados são difusos na medida em que impedem que potenciais candidatos a um emprego formal (grupo indeterminado e indeterminável) alcancem a colocação. São coletivos os direitos lesados uma vez que seus titulares (pseudocooperados - grupo determinado e unidos por uma mesma relação jurídica base) integrantes de falsas cooperativas de trabalho, não têm seus direitos sociais adimplidos. Por outra visada, aquele grupo de trabalhadores, por via oblíqua, tem elididos seus direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados, em afronta ao artigo 9º da CLT, deixando, portanto, de gozar e receber férias, com seu adicional, décimo terceiro salário, FGTS, piso salarial da categoria, horas extras, descanso semanal remunerado, direitos resilitórios, dentre outros⁴³⁷”. Es penoso que Brasil, según informes de la Fiscalía, sea uno de los países donde hay un grave problema de mala concentración de la renta y que las pseudocooperativas hagan que se agrave más esta situación⁴³⁸.

trabalhista. Além de depoimentos de testemunhas, a sentença foi baseada em procedimento investigatório do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, que reconheceu a ilicitude da intermediação de mão de obra, promovida pela então Cooperativa de Trabalhos Múltiplos (Cooperben), em favor da Pepsico, no Município de Itu. (...) No entanto, o que foi verificado é que todos os cooperados trabalhavam na Pepsico e que os representantes da cooperativa já haviam sido empregados da companhia. Uma das testemunhas procurou emprego na Pepsico e foi informada que a cooperativa iria contratar trabalhadores para trabalhar na empresa. Pelos depoimentos, o Regional pôde constatar que as metas de produção eram estabelecidas pela Pepsico, que as repassava para os representantes da cooperativa. O horário de trabalho, determinado no momento da contratação, deveria ser cumprido pelos cooperados e, caso não o fosse, o associado era dispensado. Além disso, foi informado em juízo que quem dava ordens para os cooperados era um preposto da Pepsico, algumas vezes por intermédio do gestor da cooperativa, outras diretamente. A Pepsico sustenta que não foram preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 3º da CLT, necessários para a configuração do vínculo empregatício entre as partes, mas o relator do recurso de revista na Terceira Turma, ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, considerou que não foram violados os dispositivos legais apontados. (...). (RR - 47100-11.2007.5.15.0018). Publicado em 22 de Junho de 2010 às 10h46”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

⁴³⁷FERNANDES DA SILVA, Paulo Renato, Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Mão-de Obra e Direito do Trabalho, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pág.156. En este sentido, sigue el autor explicando: “O Ministério Público atua na relevante missão de garantir a efetividade das normas constitucionais trabalhistas, fraudulentamente desrespeitadas. Mas o sucesso dessa empreitada depende de uma atuação harmoniosa e articulada com outros ramos do parquet, in casu, da ação do Ministério Público Federal - MPF e do Estadual - MPE. Isto porque o campo de atuação do MPT está adstrito à questão da violação dos preceitos trabalhistas. Eventual medida judicial com vista a extinção da entidade cooperativa fraudulenta deve ser proposta pelo Ministério Público Estadual. Nas hipóteses de verificação da existência de fato tipificado como crime contra a organização do trabalho (artigos 197-207 do Código Penal), deverá ser também oficiado o MPF para que, se for o caso, diante da lesão de natureza coletiva, promova a competente ação penal na Justiça Federal (na Vara Federal, ex vi do artigo 109, VI, CRFB) para responsabilização dos culpados. Imperiosa é também a articulação do MPT com as Delegacias Regionais do Trabalho - DRTs e com a sociedade civil organizada, com os sindicatos e com as Universidades (por exemplo, com os escritórios modelos) inclusive, para que se construa uma rede de informações e de ação nacional de combate às cooperativas fraudulentas, bem como a qualquer outro tipo fraudulento de intermediação do trabalho humano, o que infelizmente não vem tendo a merecida atenção”. FERNANDES DA SILVA, Paulo Renato, Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Mão-de Obra e Direito do Trabalho, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, págs.156-158.

⁴³⁸En este sentido: “Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região condenada empresa que usou falsa cooperativa para contratar. A 12ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região negou provimento a recurso ordinário de uma indústria de produtos plásticos, ratificando sentença da Vara do Trabalho de Amparo, município da região de Campinas. O recurso pretendia reverter a decisão de primeira instância no que diz respeito ao reconhecimento de vínculo empregatício entre a empresa e a trabalhadora reclamante. A recorrente alegou que não ocorrera a relação de emprego porque a autora, além de não ter atuado na atividade-fim da empresa, tratava-se de associada de cooperativa que prestava serviços à indústria. No entanto, a VT de Amparo decretou a existência de vínculo no período de 2 de dezembro de 2002 a 26 de setembro de 2005, acatando alegação da trabalhadora de que houve fraude em sua contratação. Confissão Em seu voto, o Desembargador federal do trabalho José Pitas, relator designado do

Hasta podrá haber, como de hecho existe, que muchas pseudocooperativas aumenten los índices de los accidentes laborales, puesto que una de las formas de disminuir los costes con los trabajadores es transformándolos en cooperativistas. Aunque claramente siguen trabajando con características de un empleado subordinado, y en este caso, una de las preocupaciones no sería la de gastar dinero con capacitación profesional de los trabajadores. De esta forma ha de mencionarse una decisión del TRT 10^a Região al condenar una cooperativa fraudulenta a daños morales por muerte de empleado: “Cooperativa do ramo da construção civil, a Cooperconci, foi condenada a pagar R\$70 mil de indenização por danos morais à família de um cooperado vítima de acidente de trabalho. A Justiça do Trabalho em Brasília reconheceu o vínculo trabalhista com o suposto cooperado após verificar que, na verdade, não existia relação de cooperação, e sim de emprego. A cooperativa, considerada fraudulenta, terá ainda de pagar pensão vitalícia aos herdeiros. O trabalhador morreu após cair da cobertura de um edifício em construção porque não usava cinto de segurança no momento do acidente. Além disto, o edifício não possuía guarda-corpo. Ambos são equipamentos de segurança obrigatórios e devem ser fornecidos pelo empregador. (...) "Não estavam presentes as características inerentes ao trabalho cooperado, pois a prestação de serviços pelo obreiro se dava de forma pessoal, não eventual, subordinada e onerosa", concluiu o juiz que analisou o recurso, Alexandre Nery de Oliveira. De acordo com o magistrado, a tomadora de serviços, Habra Engenharia Indústria e Comércio Ltda, teve mantida a condenação subsidiária pelos danos causados, dado o limite de devolução da matéria recursal ao Tribunal”⁴³⁹.

acórdão no TRT, propôs a manutenção da decisão de primeira instância ressaltando que a empresa substituiu praticamente todos os empregados da atividade-fim pelos associados da cooperativa, tornando evidente “a intenção de fraude às normas trabalhistas”. O relator observou que o sócio da reclamada, em seu depoimento, admitiu que a empresa possui apenas quatro funcionários contratados diretamente. O restante das atividades, confessou o sócio, é delegado à cooperativa, havendo atualmente cerca de trinta cooperados atuando na linha de produção. Outro fator que pesou contra a reclamada foi o fato, incontroverso nos autos, de a prestação de serviços pela reclamante ter se dado exclusivamente em benefício da empresa. “A reclamante (...) nunca se valeu da sua suposta cooperativa”, ressaltou o relator. “Ativava-se como verdadeiro empregado, cujo vínculo se forma com a tomadora de serviços e não com a intermediadora.” Por fim, o Magistrado levou em consideração outra circunstância que, em seu entendimento, deixou clara a estratégia fraudulenta da empresa: a autora trabalhara antes para ela, mediante contrato de experiência encerrado em 1º de dezembro de 2002, um dia antes de ser contratada novamente “pela via da fictícia cooperativa, para exercer as mesmas funções, na mesma empresa em que havia laborado experimentalmente”, lamentou o Desembargador Pitas. “O cooperativismo pode ser, sem dúvida, uma forma salutar e preciosa para o desenvolvimento social. O que não se concebe é a utilização fraudulenta desse instituto”, advertiu o Desembargador. Para ele, o fato de a trabalhadora ter tido conhecimento, quando contratada, de que participaria de uma cooperativa não significa adesão espontânea a esta, “vez que outra alternativa não lhe restou”. A Câmara determinou a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho e à Delegacia Regional do Trabalho de Campinas, com cópia da decisão, para que sejam adotadas as medidas cabíveis no combate à fraude constatada. Processo: (RO) 1438-2005-060-15-00-0. Publicado em 14 de Janeiro de 2008 às 10h18”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

⁴³⁹Publicado em 16 de Outubro de 2007 a las 16h14. Disponível em: newsletter@iob.com.br

Para finalizar es oportuno citar a López Gandía: “el deslinde entre el supuesto de la contrata y la cesión ilegal de trabajadores no es fácil, sino complejo y muy casuístico, respecto del cual no cabe generalizar soluciones y que además exige una ponderación y valoración global de las circunstancias concurrentes en cada caso”⁴⁴⁰.

5.2.1.4 Actualidad, análisis y críticas de las cooperativas de trabajo asociado y subcontratación

“Necesitamos estar insertos en el proceso de globalización.

No se permite elegir entre participar o no.”

Alfredo Rizkallah

El mal uso de las cooperativas afecta directamente a la dignidad del trabajo humano una vez que es inconcebible un trabajador que haya renunciado a sus vacaciones, el salario mínimo, la jornada laboral predeterminada, entre otros beneficios dados por la legislación laboral. En este sentido debe mencionarse: “portanto, as cooperativas de trabalho não podem ser usadas como meio de locação ou intermediação da mão-de-obra, para servir ao capitalismo, só buscando a diminuição dos custos e o aumento da produtividade, mas devem, sim, ser empregadas como um meio de eliminar a figura do intermediador, em que os próprios atores — os cooperados — atuem e afirmem as benesses diretamente, e, conseqüentemente, com uma melhor distribuição de renda, com maior satisfação do trabalhador-cooperado. Assim, o aumento de produtividade e a diminuição de custos virá como conseqüência, sem contar que a especialização dessas cooperativas proporcionam melhor qualidade e produtividade no trabalho”⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006, pág. 391.

⁴⁴¹En este sentido: “Como conceber que um ser humano possa trabalhar sem jornada prefixada, sem um salário mínimo, sem um descanso anual a título de férias, sem direito a parar e continuar recebendo quando estiver doente, ou quando já não mais puder usar sua força de trabalho, não ter como desfrutar de uma aposentadoria? Não é possível que se utilize um instrumento que foi criado em suas raízes, em sua essência, como um meio de trazer o homem de volta à sua dignidade no trabalho, e seja agora usado de má-fé, para precarizar o trabalho, aliciando para a escravidão e não para o trabalho digno ou decente, como quer promover a Recomendação n. 193 da Organização Internacional do Trabalho, que trata das Cooperativas”. MESSIAS DA SILVA, Leda Maria, Cooperativas de Trabalho: terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes, LTr, São Paulo, 2005, pág. 92. válido también tal pensamiento: “A fundamentação da reciprocidade encontra-se em Mauss, segundo o qual a primeira sociedade não estava organizada por uma lógica de mercado, “mas pela tríplice obrigação de dar, receber e devolver”. O “dom” norteia a ação humana pelos quatro motivos que ora se contrapõem, ora se aproximam: a obrigação

Para que no exista una precarización del trabajo por cuenta de las cooperativas es importante una legislación que establezca límites y directrices, inclusive para que la cooperativa pueda contratar, y que estos trabajadores tengan todos los derechos y garantías laborales. Más adelante también será visto que en el caso español falta una legislación que trate de algunas controversias existentes. Igualmente es importante establecer la responsabilidad solidaria del contratante en relación a los cooperados, siendo una forma de intentar disminuir la precarización del trabajo humano y en este caso a también al intento de burlar a las normas laborales.

De todas formas, una parte de la doctrina cree que los dirigentes de las cooperativas deberían actuar como los dirigentes de los sindicatos y negociar con las empresas contratantes el pago de los beneficios de las vacaciones, entre otros. Mientras que la otra parte dice que ya estarán estos valores implícitos dentro del acordado en el contrato entre la contratante y la cooperativa.

Otra cuestión abordada es que también debería ser responsable solidario el contratante que haya sido concretado a los cooperativistas, que participaron de la prestación de trabajo. Aunque hay opiniones divergentes que creen que esto igualmente estaría implícito y sería de incumbencia de los propios cooperativistas, pues caso contrario dejarían de ser una cooperativa y pasarían a ser consideradas como una empresa ordinaria de prestación de servicios⁴⁴².

De hecho, so pena de responsabilidad solidaria, la empresa contratante debe estar cautelosa con los contratos hechos con cooperativas, pues en los casos de irregularidad informal en la constitución de la cooperativa, puede implicar una futura acción de

e a liberdade; os interesses próprios, egoístas e a simpatia pelo outro. A relação social por meio do dom se faria então pelo modo associativo, descoberta essa, segundo Caillé, que não explicaria apenas as sociedades arcaicas, mas também as atuais, por aquelas funções não submetidas à lógica do mercado, mas referente às relações familiares, afetivas, nas associações voluntárias. Dessa forma, a dádiva estaria no espírito da democracia, nem a direta dos pequenos grupos, nem a representativa, uma terceira forma representada pelas inúmeras entidades da sociedade civil em construção". LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 74.

⁴⁴² A nivel de complementariedad, en relación a la responsabilidad que tiene una cooperativa, es necesario comentar lo que dice el art. 4º de la Ley 5.764/71 en que expresa que una cooperativa no está sujeta a quiebra, y si a una liquidación extrajudicial, conforme el art. 75 de la referida ley. En relación a la responsabilidad de las cooperativas, son de carácter limitado cuando la responsabilidad de los asociados por los compromisos de la sociedad se limita al valor del capital por ella suscrito. En casos de responsabilidad ilimitada los asociados responderán personalmente, solidariamente y sin límites los compromisos de la sociedad, siendo la responsabilidad para con terceros, después que responda con los valores económicos de la cooperativa exigidos por la parte autora en un proceso judicial.

reconocimiento de vínculo de la relación laboral por los socios trabajadores con la empresa principal. En el caso español, claramente la ley especifica que a los trabajadores usados para cesión de mano de obra se aplicará lo dispuesto en el art. 43 ET, pero si el caso es de un socio cooperativista hay posicionamientos doctrinales distintos, que serán vistos a continuación.

En las palabras de Alves Polônio se enumeran cuatro medidas importantes que tendrá la contratante que exigir de la contratista y son: “a. contrato social, devidamente assinado e registrado na Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, dependendo do objeto da pessoa jurídica, se comercial ou civil; b. prova da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), perante o ministério da Fazenda; c. prova de inscrição no cadastro de contribuintes da Prefeitura do Município de sua sede social”⁴⁴³. Además de los trámites mencionados en el párrafo anterior, también hay que tomar en cuenta la Portaria 925/95, que trata sobre la fiscalización del trabajo en las empresas contratistas de sociedades cooperativas, tema a ser tratado con más detalle posteriormente.

Es importante resaltar que en los casos de cooperativa ilícita habrá una penalización conforme al CP, según expresa Beghini y Meyer: “O suposto cooperado, na cooperativa ilícita, não goza de qualquer autonomia, tendo sua atividade totalmente subordinada a terceiros. Insta salientar que a contratação por esses tipos de cooperativas é nula de pleno direito, em conformidade com a exegese do art. 9º da CLT. Ademais, a criação e a manutenção de cooperativas de trabalho fraudulentas importam em responsabilidade na seara criminal, pois tal prática constitui crime previsto no art. 203, do Código Penal brasileiro”⁴⁴⁴. En el caso español, salvo que haya algún delito asociado a éste, no hay ninguno específico tipificado al respecto en el código penal.

Uno de los planteamientos que necesita un mayor cuidado es el de subcontratar el acto cooperativo⁴⁴⁵, es decir, que un cooperado delegue a terceros la ejecución del acto cooperativo, pues genera en ese momento una cesión de mano de obra que precariza las relaciones de trabajo y está completamente en contraposición a los principios cooperativistas.

⁴⁴³ ALVES POLONIO, Wilson, Terceirização. Aspectos legais, trabalhistas e tributários, Atlas S.A., São Paulo, 2000, pág.114.

⁴⁴⁴ BEGHINI FERNANDES, Mateus & MEYER PIRES FALEIRO, Teresa Cristina, As cooperativas de trabalho como mecanismo para o fomento da terceirização, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 169.

⁴⁴⁵ El art. 79 Ley 5.764/71 expresa como siendo los actos cooperativos: “os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais”. E em seu parágrafo único complementa que “o ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria”.

Y es que el cooperado que fomenta este tipo de práctica debería ser excluido de la sociedad cooperativa so pena de no ser ésta considerada como auténtica, tarea que será realizada por el MPT, por el Ministerio da Previdência e Assistência Social- MPAS, do TST; de los Tribunales Regionales del Trabajo y por la Organización de las Cooperativas de Brasil y de las Cooperativas de Trabajo. En el caso español, el cooperado es considerado como si fuera una empresa, con responsabilidad solidaria de los supuestos trabajadores disfrazados como socios trabajadores.

Es importante mencionar casos de cooperativas en la práctica. Un estudio hecho por Messias da Silva, con las cooperativas de transporte en un barrio de la zona este de la capital del Estado del Río de Janeiro, ha percibido que tales cooperativas adoptaban la práctica de transferencia del acto cooperativo para que una empresa contratista lo hiciera. Trabajadores que por lo tanto no son pertenecientes a la cooperativa que contrataba estos servicios, lo que termina por ser justamente el objetivo contrario del principio cooperativista que es la eliminación de la figura del intermediario⁴⁴⁶.

Hay una división doctrinal si la legislación existente sobre las cooperativas es suficiente o no, afirmando que es necesaria una nueva legislación acerca del tema o una modificación del art. 442 CLT para disminuir la práctica del uso de cooperativas para falsas subcontrataciones. El Proyecto de Ley 171/99 para sustituir la Ley 5.764/71 también aborda innovaciones como el control de las cooperativas por la Organización de las Cooperativas Brasileñas – OCB. La finalidad de la mayoría de los proyectos de ley es resumidamente extender los derechos fundamentales a los trabajadores cooperados, mejoras en las garantías de aplicación de las normas de seguridad, salud laboral, inclusive responsabilizar al contratante solidariamente por el incumplimiento de tales normas. De esta forma sería pertinente que hubiera una mejor definición de la naturaleza jurídica de la relación jurídica civil entre la cooperativa y sus cooperados en Brasil, como también la relación entre estos cooperados con las empresas contratantes⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ La autora expresa que: “numa cooperativa de trabalho a prestação de serviços a terceiros só pode ser executada por um cooperado, pois trata-se da realização do ato cooperativo, em cuja consecução deve estar presente a figura do cooperado, sob pena de não ser considerado ato cooperativo. Da mesma forma, na realização de serviços pela própria cooperativa, como, por exemplo, numa cooperativa de trabalho na modalidade de serviços, benefícios concedidos a não-associados não podem ser considerados atos cooperativos, pois a cooperativa destina-se a fornecer tais benefícios aos seus associados, e não a terceiros. No entanto, se a cooperativa contrata com terceiros, a fim de cumprir as finalidades sociais, que no caso das cooperativas de trabalho, na modalidade de serviços, seria a colocação dos serviços de seus sócioscooperados, há que se considerar como atos cooperativos. (...) E ainda, por ser tratar de ato cooperativo, este não pode ser terceirizado, pois haveria a inclusão da figura de um não-associado praticando o ato cooperativo, o que tornaria tal ato como não-cooperativo.” MESSIAS DA SILVA, Leda Maria, Cooperativas de Trabalho: terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes, LTr, São Paulo, 2005, págs.101-102.

⁴⁴⁷ Messias da Silva expresa: “Diante do entendimento jurisprudencial, temos a acrescentar que, sob nosso ponto de vista, não é o fato de termos cooperativas, quando em prestação de serviços a terceiros, somente naquelas atividades que poderiam atuar

Una de las alternativas para fortalecer el principio cooperativo, conforme se puede percibir con la Ley 9.867/99, fue la creación de las cooperativas sociales, que tienen por objeto la integración social de los ciudadanos en condiciones especiales⁴⁴⁸, que se encuentran en una posición de desventaja a la hora de conseguir un trabajo, y voluntarios que trabajen gratuitamente, como también el desarrollo de actividades agrícolas, industriales, comerciales y de servicios. Son cooperativas en que no son tan importantes los horarios y las jornadas como las demás, y sí el trabajo que cada persona pueda realizar, dependiendo de las dificultades generales e individuales de cada uno. Serían cooperativas supervisadas y con constantes programas especiales de entrenamiento con el objetivo de aumentar la productividad y la independencia económica y social de los asociados. Sería de gran valor que este trabajo social pudiera ser subcontratado por empresas contratantes, al menos sería una batalla más contra la precarización y la discriminación de las personas con discapacidad, y desde también que no fuera desvirtuado. Al final, de eso se trata el objetivo de las cooperativas, de juntar un colectivo que tiene más fuerza unido y así poder ofrecer su trabajo – en el caso se trata de cooperativas de trabajo asociado – que separado.

Es oportuno mencionar que en España la Ley 5/2011, de Economía Social⁴⁴⁹, trata de suprimir estos problemas. Aunque en relación a las cooperativas en España, téngase en cuenta

profissionais autônomos, que caracterizam a verdadeira cooperativa, mas, sim, que estes, mesmo prestando serviços a terceiros, o façam com autonomia em relação ao terceiro e à própria cooperativa, realmente estaremos diante de uma autêntica cooperativa. O mais importante, a fim de que as cooperativas realmente exerçam a função social para a qual foram destinadas, e historicamente criadas, é que se elimine a figura do intermediário entre o sócio cooperado e o resultado da produção, pois só assim teremos redução de custos, com aumento de trabalho e de renda para o cooperado. Portanto, não vemos empecilho para que a cooperativa preste serviços a terceiros, mesmo não sendo cooperativa de serviços propriamente dita, mas cooperativa de mão-de-obra, desde que cada um dos cooperados esteja consciente do papel que está desempenhando, que não existam "donos" da cooperativa, atendendo ao Princípio da Gestão Democrática, nem subordinação em relação ao tomador de serviços, ou em relação à cooperativa, que atenda ao Princípio da Livre Adesão e que cada um dos associados não seja movido pelo poder diretivo, próprio do empregador, mas pela consciência da sociedade solidária em que está envolvido". MESSIAS DA SILVA, Leda Maria, Cooperativas de Trabalho: terceirização sem intermediação: as cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes, LTr, São Paulo, 2005, pág. 97. Autores como es el caso de Jerônimo Souto Leiria también cree en la posibilidad de tercerizar escuelas públicas y afirma que se podrá mejorar incluso la calidad de la enseñanza banjando la evasión escolar. Es la llamada escuela cooperativa, el autor expone: "O sistema cooperativo, implantado em 16 das 28 escolas de Maringá. Colheu em apenas meio ano de funcionamento índices expressivos de rentabilidade, aproveitamento escolar e qualidade de ensino devido basicamente ao interesse pessoal, direto, dos professores-trabalhadores-empresarios. Por exemplo, no primeiro semestre de 1991, o índice médio de evasão nas escolas do município foi de 3,41%. Já em igual período de 1992, o mesmo índice não passou de 1,99%. Além disso, o salário médio dos professores era (em junho de 1992) 24% superior às demais escolas que continuavam sendo geridas pelo poder público. Por tudo isto, é que não há qualquer exagero em afirmar que a escola cooperativa é prática viva do poder partilhado, essência da terceirização". SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, 2ª edição, Sagra-DC Luzzatto, Porto Alegre, 1993, pág. 66.

⁴⁴⁸Estes serían, conforme el art. 3 de la referida ley, los casos de los deficientes físicos y sensoriales, los deficientes psíquicos y mentales, las personas dependientes de acompañamiento psiquiátrico permanente y los egresos de hospitales psiquiátricos, los dependientes químicos, los egresos de cárceles, los condenados a penas alternativas de detención, los adolescentes en edad adecuada al trabajo y en situación familiar difícil del punto de vista económico, social o afectivo.

⁴⁴⁹ En este sentido es válido citar algunos trechos del preámbulo de la Ley 5/2011: "El marco histórico de nacimiento del concepto moderno de Economía Social se estructura a través de las primeras experiencias cooperativas, asociativas y mutualistas que surgen desde finales del siglo XVIII y se desarrollan a lo largo del siglo XIX en distintos países de Europa (Inglaterra, Italia, Francia o España). A partir de este concepto tradicional de origen decimonónico que engloba a las cooperativas, mutualidades, fundaciones

que cada Comunidad Autónoma tiene su propio régimen legal, y la ley estatal 27/1999 ya mencionada anteriormente sólo se aplica cuando no hay una ley específica. En general las legislaciones de cooperativas contemplan las clasificaciones – diferentemente de Brasil que solo trata de conceptuar lo que es una cooperativa, sin hablar de tipos que ésta puede ser – pero que cada Comunidad Autónoma tiene su forma de clasificarlas.

En contrapartida hay autores, como es el caso de Piccinini, que dando el ejemplo de cooperativas en Rio Grande do Sul, demostró que éstas son una de las mejores formas de flexibilización del trabajo. Este argumento está basado en que los horarios, el pro-labore y los contratos son flexibles, variando de acuerdo con las exigencias del mercado, aunque también hay posicionamientos en contra. Tampoco se puede dejar de mencionar a Lima que afirma que en el nordeste de Brasil la mayoría de las cooperativas trabajan con subcontrataciones, y que infelizmente muchas de ellas están formadas de acuerdo con las necesidades de las contratantes. Demostrando una clara relación de dependencia con éstas, y que, una vez más, se puede confundir con un típico caso de cesión de mano de obra.

En relación a las cooperativas de trabajo asociado y la deshumanización del trabajo, y eso se aplica no solamente a Brasil y a España, sino al mundo globalizado, Virgílio Perius en su obra explica que éstas no solamente constituyen formas privilegiadas de cooperación entre los trabajadores, pero que también son alternativas de trabajo y renta. En igual pensamiento Newton Serrat, entre otros. Estando en el lado opuesto, autores, como es el caso de Sérgio

y asociaciones, se fueron sucediendo en la década de los años 70 y 80 del pasado siglo y en distintos países europeos, declaraciones que caracterizan la identificación de la economía social en torno a distintos principios. (...)En España, resulta de interés destacar el sustrato jurídico en el que se fundamentan las entidades de la economía social que obtiene el más alto rango derivado de los artículos de la Constitución Española. Así ocurre en diversos artículos, que hacen referencia, de forma genérica o específica, a alguna de las entidades de economía social como sucede en el artículo 1.1, en el artículo 129.2 o la propia cláusula de igualdad social del artículo 9.2, y otros artículos concretos como el 40, el 41 y el 47, que plasman el fuerte arraigo de las citadas entidades en el texto constitucional. A partir del año 1990, en España, la economía social empieza a tener un reconocimiento expreso por parte de las instituciones públicas, con ocasión de la creación del Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social (INFES), por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Dicho Instituto sustituyó a la antigua Dirección General de Cooperativas y Sociedades Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y entre sus objetivos, figuró el fomento de las entidades de economía social y por ello creó en su seno el Consejo. Una vez desaparecido el Instituto en el año 1997, sus funciones fueron asumidas por la Dirección General del Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, incorpora el Consejo para el Fomento de la Economía Social como órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, y que fue desarrollado por el Real Decreto 219/2001, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Consejo. Este Consejo, por lo tanto, se configura como la institución que dota de visibilidad al conjunto de entidades de la economía social. (...)Las sociedades cooperativas, en sus distintas modalidades, y entre ellas, las de trabajo asociado, consumo, vivienda, agrarias, servicios, mar, crédito, enseñanza, sanitarias, seguros, de transporte, las sociedades laborales, las asociaciones, fundaciones y mutualidades, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las sociedades agrarias de transformación y las cofradías de pescadores comparten los principios orientadores de la economía social. Todas estas entidades se ven reflejadas de forma directa o indirecta en los referidos artículos de la Constitución Española reuniendo los principios que les otorgan un carácter diferencial y específico respecto a otro tipo de sociedades y entidades del ámbito mercantil. Además, existe una dinámica viva de las entidades de la economía social que hace que confluyan distintas entidades singulares que también participan de los mismos principios que las anteriores. Este rico acervo se completa con un catálogo de entidades potenciales que pueden adscribirse a la economía social, pero siempre que dichas figuras estén acotadas a los principios que determinan una peculiaridad intrínseca en valores y perfectamente delimitadas en su configuración específica. (...)"

Pinto Martins y Márcio Túlio Viana, hacen críticas a la deshumanización del trabajo, agravada por el actual modelo difundido de cooperativa de trabajo, debido a la forma de su mal uso que se percibe en los días de hoy. Mientras que hay autores a favor de la economía solidaria, en el cual la cooperativa podría ser una forma de organización de trabajo más justa y que todos los cooperados tendrían sus oportunidades, trabajos y recursos propios para una vida digna⁴⁵⁰.

En Brasil hubo varias fábricas en quiebra que han hecho que empresarios y trabajadores se reuniesen para discutir el rumbo de las mismas. Así que una de las propuestas aceptadas fue la de transformarlas en cooperativas y se percibió que los resultados fueron distintos. Según Jacob Lima, hubo la creación de la Asociación de los Trabajadores en Empresas Autogestionárias que, a partir de entonces, pasó a sistematizar y dar asesorías a las empresas en situación de conversión. Algunas cooperativas tuvieron éxitos, y obviamente, otras tuvieron más dificultades, mientras que otras se extinguieron. Las dificultades más comunes apuntadas eran las relacionadas con la comprensión limitada a cerca de la gestión colectiva, del desinterés por parte de trabajadores, de la obsoleta tecnológica, de la dependencia de recursos externos a la cooperativa, de la intensificación del trabajo de los asociados. Como también la contratación eventual de asalariados y de los conflictos ocasionados por el trabajo como subcontratadas de empresas regulares y la consecuente dependencia⁴⁵¹.

⁴⁵⁰En este sentido: "Nessa concepção de economia solidária, as cooperativas de produção e serviços seriam secundárias, não comporiam o cerne da proposta, ao contrário da perspectiva de economia solidária desenvolvida na América Latina, em sociedades com distintos graus de industrialização, com altos níveis de desemprego, precarização das relações de trabalho e a exclusão crescente de contingentes de trabalhadores do mercado, problemas agravados com a reestruturação econômica neoliberal dos anos 1980. A proposta teórica de economia solidária latino-americana fundamenta-se fortemente no pensamento marxista, defendendo que o capitalismo é o modo de produção hegemônico, mas não é o único. A economia solidária seria formada, então, por empreendimentos autogestionários de produção, crédito, serviços e consumo. A transformação de empresas falidas em empreendimentos autogeridos, cooperativas de geração de renda e outras comporiam a semente de um novo modo de produção cooperativo, que suplantaria o capital. Para Singer, a solidariedade na economia só pode existir pela organização igualitária dos que se associam para produzir, poupar, trocar, consumir. A cooperativa de produção seria o protótipo da empresa solidária, na qual todos teriam a mesma parcela de capital e o mesmo direito de voto em todas as decisões afeitas à associação cooperativa. Com isso, o modo de produção cooperativo e solidário teria como princípios básicos a propriedade coletiva do capital e a liberdade individual. Entretanto a diversidade teórica não significa que as perspectivas existentes não se aproximem. O pensamento de Polanyi pode ser interpretado como complementação à interpretação marxista, destacando os elementos não mercantis presentes na sociabilidade humana, a existência de uma economia "plural" contribuindo para a compreensão dos elementos solidários que a integram". LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 74-75.

⁴⁵¹Es válido mencionar que: "Em estudos de caso sobre essas fábricas, alguns elementos se destacam no que se refere ao envolvimento dos trabalhadores: a incorporação do ideal cooperativista e/ou empresarial restrito aos militantes que participaram do processo de transformação da fábrica, que em seguida ocupam cargos de direção e administração criando novas hierarquias e reclamando do desinteresse dos demais trabalhadores; envolvimento diferenciado dos trabalhadores. A idéia do "eu e eles". A não percepção do caráter coletivo da gestão. "Eles" entendidos como os que administram. Separação entre os gestores e os trabalhadores do "chão de fábrica". Percepção pelos trabalhadores que pouca coisa mudou com a cooperativa e que esta se constitui numa ocupação temporária, enquanto estiver dando certo ou até arrumarem um emprego melhor. A não percepção de muita diferença entre a cooperativa e uma empresa comum; a não percepção da propriedade coletiva (geralmente a massa falimentar ainda está em pendência judicial com risco de ganho para o antigo proprietário). Ausência de capital de giro que possibilite bases materiais à propriedade (prédios, máquinas alugados ou em comodato)". LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 75-76.

En Brasil, como también en España, hay otra peculiaridad que son las llamadas cooperativas de subcontratación empresarial, algunas pasaron a ser organizadas por empresas y otras por sindicatos con el objetivo de atender necesidades de reducción de costes o de políticas de atracción de inversiones industriales. En el primer caso se percibió que muchas tienen características de dependencia de las empresas contratantes, u otras que siguieron existiendo hasta que se terminaron los incentivos fiscales dados por el Estado, a pesar de que es correcto afirmar que para muchos cooperados éste fue su primero trabajo completamente legalizado⁴⁵².

En la segunda hipótesis se encuentran las cooperativas organizadas por los sindicatos a partir de acuerdos con empresas en reestructuración del sector de calzados en Rio Grande do Sul, región brasileña afectada por la competencia de productos chinos importados por precios inferiores a los locales. Algunas cooperativas fueron organizadas para ser empresas contratistas obedeciendo al principio de autonomía del movimiento cooperativista, en el cual los trabajadores mantenían ganancias regulares y, a veces, mayores si comparados con los trabajadores subordinados de las empresas. Aunque la autonomía de la cooperativa es relativa visto que en muchos casos están dependientes de la empresa contratante, y éstas solo permiten que la cooperativa tenga otros trabajos desde que no haya interferencias en sus encomiendas. En otras palabras, se puede decir que las cooperativas organizadas para la subcontratación industrial son distintas de las demás y puede ser percibido esto en la forma de su creación y su participación efectiva en la gestión⁴⁵³.

⁴⁵²En este sentido: "Podemos nos referir a diversos estados do Nordeste que passaram a atrair investimentos industriais de setores trabalho-intensivo com políticas de organização de cooperativas de trabalho pelo próprio estado ou incentivo a empresas para que as organizassem. O setor de calçados e confecções teve maior visibilidade nesse processo. Apenas no Estado do Ceará mais de trinta cooperativas foram organizadas, chegando a ocupar mais de cinco mil trabalhadores nos anos 1990. Atraídas por incentivos fiscais, a maioria das empresas permaneceu enquanto esses incentivos garantiam lucratividade. Para os trabalhadores, geralmente em cidades do interior da região, significou o primeiro emprego "formal", com retiradas regulares e, por um bom tempo, significou estabilidade nos rendimentos. E ainda significa onde estas cooperativas permanecem em atividades. De fato, são setores de empresas que chegam a ocupar mais de mil trabalhadores voltadas a exportação de calçados e confecções. Os funcionários das empresas supervisionam o trabalho e os associados são trabalhadores tais quais os assalariados, apenas sem contratos de trabalho e os direitos a ele acoplados. As cooperativas são meramente formais, seguem na maioria dos casos a legislação da área, mas a autonomia não existe. A dependência da empresa é absoluta, os dirigentes são indicados ou apoiados pelas empresas tomadoras do serviço". LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 76.

⁴⁵³En este posicionamiento: "Quando a cooperativa foi organizada pelo Estado ou por empresas, a sensação é que trabalham para a empresa. A cooperativa é vista na cidade como a cooperativa da fábrica x, e os trabalhadores assumem esse discurso. Raramente entendem o que é uma cooperativa, embora tenham tido cursos rápidos de cooperativismo. No máximo referem-se aos esforços comuns, nada sobre propriedade ou gestão. Reclamam do autoritarismo das supervisões das fábricas e mesmo de membros da direção que foram escolhidos pelos trabalhadores. Nesses casos, como nem sempre as eleições são pelo voto direto e secreto (às vezes são por aclamação), os indicados sempre contam com a simpatia da empresa e, para os trabalhadores assumem, a condição de preposto. No geral, a busca de trabalho nas cooperativas deu-se por falta de opção no mercado, situação particularmente grave no interior do Nordeste, onde se tornaram, na maioria dos casos, a única opção com ganhos relativamente garantidos (o que varia/variou conforme a empresa tomadora de serviços)". LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 76.

En general, lo percibido por Jacob Lima fue que mientras las cooperativas mantenían la estabilidad de los pedidos, los asociados/trabajadores sentían la estabilidad en el trabajo y que la retirada terminaba por ser superior al de los demás trabajadores, en el cual la cooperativa tiene más cara de empresa de que una cooperativa propiamente dicha⁴⁵⁴. También es pertinente expresar la cuestión de la autonomía controlada, que es lo que ocurre en muchas cooperativas, se comprueba que las reglas son impuestas por el mercado económico. Lo que significa decir que en la práctica lo que se percibe es una especie de autonomía otorgada, es decir: controlada, consentida y obligatoria, como expresa Silva⁴⁵⁵.

En lo que se refiere a la autogestión, se plantean algunas problemáticas en estos tipos de cooperativas. La primera sería en relación para establecer la ganancia que correspondería a cada asociado/trabajador. Pues hay casos de que trabajadores de algunas cooperativas que reivindicaban un plan de antigüedad para establecer una diferenciación entre ellos en función al tiempo de servicio, consecuentemente algunos cooperados ganarían más que otros, cuestión incongruente con los principios de las cooperativas. En segundo lugar, la manutención de la división del trabajo es otra dificultad, pues hay cooperativas que se percibe que dentro

⁴⁵⁴Es válido mencionar que: "Isso torna o "emprego" na cooperativa desejável e símbolo de status na cidade. Tal situação acontece tanto nas cooperativas nas quais o Estado entrou como organizador como quando a própria empresa assumiu essa incumbência. Situações de fechamento de cooperativas por pressão sindical ou da Justiça do Trabalho, significaram – quando a cooperativa funcionava regularmente - grande insatisfação dos trabalhadores, uma vez que a empresa se retirou e eles perderam o emprego. Em outras situações, quando as empresas eram irregulares nas encomendas e, portanto, no pagamento dos trabalhadores, eles próprios entraram na Justiça contra as empresas, denunciando condições de trabalho e ausência de direitos. Mesmo assim, afirmam que, se reabrissem, voltariam a trabalhar, pois outras opções são a informalidade, empregos públicos mal remunerados, ou a migração para as capitais. Situação distinta ocorre quando a cooperativa, mesmo organizada para terceirização, teve participação sindical, como no caso do Rio Grande do Sul. Nesses casos, a tendência é uma organização efetivamente mais democrática, com menos hierarquia e pressão no trabalho. Existe uma participação maior nas assembleias, uma regularidade nos ganhos, uma tendência de formação continuada dos trabalhadores que se propõem isso - por meio dos cursos oferecidos pelos sindicatos e organismos de formação. A percepção sobre a cooperativa também é positiva, embora a dependência da empresa tomadora de serviços constitua fator de preocupação. Geralmente a própria existência da cooperativa é percebida enquanto complementar às necessidades da empresa. A existência prévia de uma cultura operária, assalariada num contexto industrial, como no caso do Vale dos Sinos no Rio Grande do Sul, torna a compreensão do trabalho associado mais efetivo, embora não necessariamente desejado, se pensarmos como resultado de luta por autonomia. O que aconteceu é que, num contexto de desemprego, foi a solução que apareceu. O coletivo de trabalho evidenciou um quadro mais satisfatório ao trabalhador em termos de condições de trabalho, seja em termos de hierarquias mais flexíveis, menos autoritarismo, maior estabilidade e maiores retiradas, o que termina propiciando a manutenção de direitos ou sua substituição: a divisão das sobras garantindo férias e 13º salário; as cotas partes remuneradas que funcionam como indenização em caso de saída da cooperativa etc. Nesse quadro, o trabalho assalariado, mesmo sendo valorizado pelo acesso a direitos, termina por ser relativizado em função da instabilidade e ganhos, que nem sempre são melhores que os das cooperativas. Mesmo assim, direções de cooperativas reclamam da falta de envolvimento e interesse na gestão e trabalhadores se referem a "eles" os da administração como diferentes. Uma coisa comum com trabalhadores de fábricas recuperadas é a baixa percepção da propriedade coletiva ou mesmo da gestão. Percebem a cooperativa como resultado do esforço comum, o que garante ganhos melhores para todos. Mas a noção de coletivo nem sempre ultrapassa esse patamar. Essas considerações restringem-se às cooperativas de trabalho industriais ou cooperativas de produção industrial". LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 76-79.

⁴⁵⁵Silva menciona que: "É nessa mesma direção que na França, Appay analisa a relação interempresas no âmbito da terceirização, a partir do conceito de autonomia controlada elaborado por Friedman. Para Appay, o conceito de autonomia controlada diz respeito, por um lado, a um movimento de concentração e atomização dos aparelhos produtivos, e, de outro, se constitui numa estratégia utilizada pelas empresas para a expansão da subcontratação em cascata". SILVA, Selma Cristina, A terceirização via cooperativas de trabalho: Precarização ou autonomia?, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 164.

de ellas hay una división entre los miembros del directorio y los demás asociados. La primera tiene como función negociar los contratos y servicios con las empresas contratantes sin la participación efectiva de los cooperados, diferentemente de los otros cooperados que son los que ejecutan los trabajos. También existe una diferencia externa entre los cooperados subcontratados y los trabajadores de la empresa contratante. Los primeros son supervisados por los segundos, de esta forma se percibe la complejidad del temario sobre las cooperativas y cómo éstas están siendo utilizadas para la subcontratación. Igual es válido resaltar que las cooperativas pueden contratar trabajadores y estos estarán regidos bajo la CLT.

En España las cooperativas de una forma en general son consideradas como empresas y, por lo tanto, deben tener autonomía propia. Es decir, estructura productiva autónoma, independiente, con patrimonio propio, con estructura material/instrumental y organizativa suficiente para atender a las necesidades de la empresa contratante, y que no suministre exclusivamente la mano de obra, sino ejerza su poder de dirección asumiendo el riesgo de la actividad productiva. Pudiendo solamente a la empresa contratante delimitar el objeto de la obra o servicio debido al contrato de ejecución de obra o servicio, y jamás dirigir el proceso productivo en sí, conforme expresa la STS 14 de septiembre de 2001 (Ar. 582/2002). También es válido mencionar que con las SSTSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2000 (Ar. 3418), de Cataluña de 6 de noviembre de 2000 (Ar. 3677) y la STS de 17 de julio de 1993 (Ar. 5688) se detecta una dificultad vista principalmente cuando se mezcla trabajadores de la cooperativa y de la empresa contratante, en otras palabras, cuando la cooperativa no realiza el trabajo ella sola con las características expresadas arriba.

Una cuestión interesante apuntada por una parte de la jurisprudencia española es que las cooperativas pueden contratar con una empresa principal y podría darse el caso de cesión ilegal de trabajadores, tipificado en el art. 43 ET, al intentar enmascarar una relación laboral. Pero al no tratarse de trabajadores de la cooperativa, sino de los socios trabajadores que son contratados como trabajadores, y haya motivo de burlar las leyes, será igualmente considerado como un fraude solo que en este caso es tipificado por el art. 1.1⁴⁵⁶ ET. Pudiendo ser convertidos en trabajadores de plantilla de la empresa contratante, según se afirma en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 25 de Madrid de 20 de octubre de 1999. Mientras que hay

⁴⁵⁶ El art. 1.1 ET menciona: "Ámbito de aplicación. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

otras sentencias como es el caso de la STS de 17 de julio de 1993, que dice que es un caso de cesión ilícita aunque se encuentra enmascarada de una forma peculiar de cooperativa, no importando bien el nombre que se dé a la cesión prohibida; entre otras sentencias en la misma línea de estas doctrinas judiciales.

A pesar de que hay otra línea interpretativa en la doctrina judicial española, en la cual no se entiende como fraude, no procediendo como laboral la calificación de los socios trabajadores de la cooperativa con la contratante. Siendo la contratación no considerada como laboral sino por las reglas comunes de contrataciones, conforme al art. 1544 CCE. Según el Juzgado de lo Social n. 27 de Barcelona de 28 de julio de 1999, el STSJ de Madrid de 25 de septiembre y el 5 noviembre de 1999 (As. 3162). STSJ Cataluña de 25 de julio de 2001 (Réc. 1875/2001), una de las argumentaciones de esta corriente doctrinal es que los socios cooperados adquirieron conocimiento suficiente y pueden tener el poder de dirección perfectamente, y también que no puede ser considerado como una cesión ilegal sino como una autocesión no sancionable por ser una relación no laboral y sí una relación societaria. Igualmente si no es considerado como una cesión ilegal tipificada por el art. 43 ET será considerado como una contravención al art. 1.1 ET.

La cuestión a ser tratada es que en los casos de cooperativas no cabe la negociación colectiva puesto que según la estructura de este instituto no procede por no ser trabajadores sino socios trabajadores. No obstante, las cooperativas también pueden contratar trabajadores y, por supuesto en este caso el trabajador tendrá sus derechos como tal: posibilidad de afiliación a un sindicato y también, lógicamente, formar parte de una negociación colectiva, derecho a vacaciones y demás derechos laborales y de la Seguridad Social. Lo que sí está permitido es que haya un convenio colectivo a favor de terceros que serían los trabajadores contratistas, que haría que la empresa contratante, y no la contratista, establezca que los trabajadores contratistas tengan igualdad retributiva, y en este caso no importaría si es un trabajador contratista o si es un socio trabajador de una cooperativa contratista. Cuestión que se complica, conforme expresa López Gandía, en los casos de los anticipos societarios para compararlos con los salarios de los trabajadores de la contratante a igual categoría “ya que, como se vio, los anticipos son a cuenta de los beneficios futuros, y especialmente si la cooperativa ha optado por el encuadramiento en el régimen de trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, tales inconvenientes podrían resolverse de la misma manera en que en caso de subrogación de contratistas por aplicación del convenio colectivo. No habría entonces inconveniente alguno en que la equiparación con los

trabajadores suponga el respeto de los derechos económicos y laborales de los que disfrutaran los trabajadores entre ellos la antigüedad y el salario, que coincidirá con el anticipo medio que hay venido percibiendo”⁴⁵⁷.

Como se puede percibir, falta una mejor legislación en España con la finalidad de garantizar la aplicación de los convenios colectivos del sector, sea a través de una creación de legislación especial u otro método eficaz. Como también una legislación de cooperativas que cuide de las propias condiciones de trabajo interna de los socios trabajadores. Sino restará trasladar, como explica López Gandía, “la cuestión a la regulación ad extra de los contratos civiles y mercantiles que llevan a cabo las empresas cooperativas con otras empresas comitentes”⁴⁵⁸.

Otro tema importante para su estudio es el uso de las cooperativas en el ámbito de la Administración Pública, tema que será analizado mejor en el próximo punto.

5.3 Problemas y singularidades de la subcontratación en la Administraciones Públicas

“Todo poder es deber.”

Victor Hugo

Al principio, antes de empezar el tema propiamente dicho de la subcontratación en la Administración Pública, algunos puntos deben ser mencionados, como por ejemplo, que hay una diferencia entre la descentralización administrativa por servicios de una descentralización por servicios. La primera significa decir que el Poder Público, según lo estipulado en la ley,

⁴⁵⁷ El autor sigue explicando: “(...) Sin embargo, será poco probable que el socio trabajador, cuando la cláusula se puede traducir en un derecho patrimonial declara eficacia normativa, se dirige contra el empresario principal para exigir su cumplimiento. Incluso aunque esta equiparación se haya contemplado en el contrato civil o mercantil entre la empresa principal y la cooperativa y se haga efectiva por la empresa principal a la contratista, ello no significa que se traduzca necesariamente en un incremento del anticipo pues la cooperativa podría destinar la diferencia retributiva derivada de la equiparación a otros fines, si no se incluye en la contrata y no se hace efectiva la diferencia retributiva, las contrapartidas o contraprestaciones ofrecidas por el miso o las cláusulas penalizadoras contempladas para el caso de incumplimiento de la empresa principal de las cláusulas de empleo (congelación salarial, flexibilidad, facilidades en la celebración de contratos temporales, consecuencias económicas, etc.) más bien repercutirán sobre el empresario principal”. LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006, págs. 427-428.

⁴⁵⁸ LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006, pág. 428.

delega la ejecución de un servicio público a una persona jurídica, sea ésta una persona de derecho público o privado creada para tal finalidad. Mientras que la descentralización por servicios no se trata de una mera ejecución material, sino de que las entidades integrantes de la esfera estatal reciben, conforme a la ley, la propia titularidad del servicio público desarrollando sus actividades con independencia y sujetas al control finalista de la persona jurídica pública contratante.

Diferentemente de estos dos conceptos en Brasil, hay un tercero que es la descentralización por colaboración; la ejecución en este caso de determinado servicio público es traspasada a una persona jurídica preexistente mediante contrato o hecho administrativo unilateral. Estas son las concesiones del servicio público, en la cual el Estado conserva la titularidad del servicio y delega solamente su ejecución, conservando la Administración Pública la gestión estratégica del servicio, y concediendo apenas la gestión operacional y la ejecución directa de la actividad. De esta forma se puede percibir que la subcontratación por la Administración Pública no es un caso de descentralización de actividades del Estado, pues es considerado como un simple traspaso a la esfera privada de la ejecución material del servicio, sin que el Poder Público abdique de la gestión estratégica como también de la gestión operacional⁴⁵⁹.

El Estado en su posición más intervencionista ostentaba el control de muchos bienes y servicios ofrecidos a la población. Con la apertura de la economía y la presión internacional por un Estado más liberal y menos intervencionista en la economía interna, proporcionando ciertos cambios estructurales, el índice de uso de la subcontratación en la Administración

⁴⁵⁹Segundo Oliveira Ramos, la subcontratación no es una forma de descentralización del Estado, conforme se puede percibir en sus argumentos: "Conseqüentemente, em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a terceirização enquadra-se nesse processo de descentralização da atividade estatal. Um exame mais acurado da matéria, não obstante, demonstra que a terceirização não se amolda aos conceitos de descentralização e desconcentração da atividade administrativa do Estado. A imprecisão do Decreto-Lei n. 200/67 foi anotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que bem observou que o artigo citado ora cuida da mera desconcentração de atividades (alínea a), ora de colaboração entre as unidades da Federação (alínea b), ora de mera execução indireta de obras e serviços (alínea c, 1º parte). No mesmo sentido a observação formulada por Hely Lopes Meirelles. Cuida a terceirização, na verdade, de mera transferência de atividade material acessória cuja execução esteja a cargo da própria Administração direta. É uma forma de introduzir a participação do particular no exercício da atividade administrativa, sem lhe transmitir a gestão dessa atividade. Descentralização é o processo por meio do qual a Administração Central do Estado repassa determinadas atividades para serem executadas por entidade detentora de personalidade jurídica. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é "a distribuição de competências de uma para outra pessoa física ou jurídica", admitindo três espécies: descentralização territorial (que no direito brasileiro se faz presente nos territórios federais previstos no artigo 33 da CF), descentralização por serviços e, por fim, descentralização por colaboração". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 116. Basándose en críticas hechas a los órganos públicos, una parte de la doctrina acredita que es una institución que es demasiado costosa para los servicios que prestan a la sociedad, aunque hay que defender que el problema muchas veces está en la forma de administrar o en los recursos que algunas veces no son los necesarios para obtener el resultado que se supondría ser, y no necesariamente culpa de los servidores públicos en general.

Pública creció considerablemente, contrastando con la característica intrínseca de obtención de funcionarios públicos, que es a través de concursos hechos por los órganos públicos⁴⁶⁰.

En España, igual que en Brasil, basándose en la libertad de empresa reconocida en la CE, es importante mencionar que la Administración Pública también puede acudir a la subcontratación. Pues la mayoría de los argumentos dados por parte de la doctrina sobre la improcedencia del uso de la subcontratación no ha sido mayoritaria, inclusive, muchos autores defienden que la aplicación del art. 42 ET no ha prohibido la subcontratación por parte de la Administración Pública, ni tampoco se puede interpretar tal disposición legal de forma restrictiva. La Ley 13/95, refundida en el actual TRLCAP⁴⁶¹, tiene también como objetivo

⁴⁶⁰Haciendo un breve histórico de las legislaciones que permitía la subcontratación por parte de la Administración Pública, es válido citar el permiso de contratación de servicios de conservación, transporte y servicios semejantes por parte apenas de la administración directa y autarquías que fue dada por la Ley 5.645/70, dejando por fuera las empresas públicas y sociedades de economía mixta. Como se puede observar en el art. 3º de la referida ley: “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67”. También es válido comentar el §2º del art. 2º de la mencionada ley que trata de: “veda a contratação, ou respectiva prorrogação, de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no §7º do art. 10 do Decreto-lei nº 200/67, bem como a utilização de colaboradores eventuais, retribuídos mediante recibo, para a execução de atividades compreendidas no Grupo de Serviços Auxiliares”. Posteriormente fue editado el Decreto-ley 2.300/86 que permitía la contratación de terceros para la ejecución de obras o servicios públicos, pero revocado por el art. 126 de la Ley 8.666/93. Siendo considerado un punto positivo para la subcontratación la edición de la Ley Complementar 82/95 en que limita los gastos con los funcionarios públicos a 60% de la receta recaudada por la Administración Pública, de esta manera facilita la contratación de empresas contratistas por el Gobierno central, distrital, estatal o municipal. La subcontratación en la Administración Pública, como se había expresado anteriormente, viene intensificándose desde mediados del siglo XX. El texto constitucional trata sobre el tema, ya expuesto anteriormente, en el art. 37 II §2º CF/88 como también el precepto segundo del Enunciado 331 TST, en el cual expresa terminantemente la imposibilidad de existir vinculación entre la Administración Pública y los empleados de las contratistas que les prestan servicios. Se sabe, en todos los casos, que la vinculación con la Administración Pública es solamente por aprobación en concurso público, inclusive que para algunos autores, éste hace parte de los derechos humanos de cuarta generación. En este sentido se encuentra la jurisprudencia: “A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada à exploração de atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o exposto no art. 173, §1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição. (STF, MS 21.322-1 DF, Ac. TP, j. 3-12-92, Rel. Min. Paulo Brossard, LTr 57-09/1.092)”. Varias son decisiones de los tribunales acerca del tema de la subcontratación por la Administración Pública: “Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. No direito administrativo o contrato de prazo determinado dispensa, para investidura no emprego, o concurso público. Essa dispensa constitui, no entanto, exceção que reclama os requisitos de prazo certo, necessidade temporária, interesse público e caráter excepcional, tudo, como prescrito em lei, sob pena de nulidade (Acórdão em RO 0093/97 da 3ª T. do TRT 10ª Região). Contratação temporária. Havendo contrato de prestação de serviço por tempo determinado, nos termos da Lei n. 8.745/93 e Lei n. 8.112/91, não se caracteriza, a relação assim constituída, como emprego, sendo indevidas as parcelas próprias do regime consolidado (Acórdão 01137.662/96-4 RO da 1ª T. do TRT 4ª Região). Relação de emprego. Administração Pública. Requisitos. 1. Impossível o reconhecimento de relação de emprego com a administração pública, caso postergada a constitucional exigência de concurso. Precedente do Ex. STF. Incidência da orientação contida no art. 37, incisos II e XXI, § 2º, da Constituição Federal, a qual veda a produção de todo e qualquer efeito decorrente da contratação irregular. 2. O permissivo do art. 37, IX CF/88, dá azo à celebração de mero contrato administrativo de prestação de serviços, e não a gênese de relação jurídica sob o manto da CLT (Acórdão em RO 6.041/97 da 1ª T. do TRT 10ª Região)”.

⁴⁶¹ Al respecto: “En lo que al propio TRLCAP atañe, pocas son —al igual que en la normativa comunitaria— las previsiones en materia laboral; a pesar de que la naturaleza administrativa de la norma pudiera justificarlo, lo idóneo hubiese sido la inclusión de algún precepto tendente a asegurar unas condiciones laborales determinadas, a los trabajadores de los contratistas que concierten una obra o servicio con la Administración, labor que se deja relegada a los pliegos de condiciones. Una de esas menciones se encuentra en el art. 20, d) relativo a las prohibiciones para contratar, tipificándose como una conducta merecedora de tal sanción el haber sido condenado por sentencia firme por infracción grave en materia profesional, o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, o en materia de seguridad y salud en el trabajo”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 190-191.

reglamentar la subcontratación por parte de la Administración Pública, visto que se percibía la presencia de dudosas subcontrataciones por ésta, donde la corrupción existía y se daban casos de creación de empresas ficticias y largas cadenas en la cual se aprovechaban especuladores y defraudadores, y, por supuesto, había una precarización del trabajo. Serán analizados a continuación casos de este tipo que ocurrieron en Brasil.

La cuestión es que en España, en Brasil y en el mundo actual, la Administración utiliza cada vez más la subcontratación⁴⁶², y en los casos en que una contratista ponga a disposición de la Administración sus trabajadores y estos hacen lo mismo que un funcionario público. Hay que ser analizado si es un caso de cesión de mano de obra regido por el art. 43 ET. También es importante mencionar que ambas constituciones federales determinan las tareas, actividades y funciones que solamente podrán ser practicadas por la Administración Pública, y las que pueden ser subcontratadas por ésta.

Muchos autores se pronuncian al respecto. Autores como es el caso de Leiria y Saratt, diferentemente de otros, que acreditan que la subcontratación por la Administración Pública

⁴⁶² Es válido comentar que: "Las Administraciones públicas, al igual que las empresas, también han experimentado en los últimos años un proceso de descentralización de actividades que tradicionalmente han estado bajo el control íntegro de las Administraciones, en virtud del cual determinados servicios se ceden a «empresas privadas que ejercen actividades económicas a favor de la administración por medio de su propio personal». En definitiva, se trata de un proceso de «privatización» que lleva a la gestión de servicios públicos por empresas, mediante una actividad privada, sin perjuicio de que se mantenga o se pueda mantener la titularidad pública del servicio. Para entender este fenómeno ha de tenerse en cuenta que desde la segunda mitad del siglo XX se asistió a un incremento de la intervención pública, entre otras razones, como consecuencia de la asunción por parte de la Administración de un número creciente de servicios sociales. Pero los procesos burocráticos existentes en aquel momento no parecían adaptarse a las exigencias de la sociedad, por ello, en los años 80', empezó a especularse con la necesidad de cambiar la forma en que las Administraciones gestionaban esos servicios. Ello explica que desde la década siguiente se hayan puesto en marcha iniciativas para la reforma de la Administración pública que pasan por procesos variados de «desagregación de las entidades públicas en unidades independientes o agencias», «introducción de competencia dentro del propio sector público y entre sectores públicos o privados» y «utilización de mecanismos de gestión privados». En definitiva se trata de incorporar la participación del sector privado, incorporando sus técnicas de gestión, «para lograr mejoras en eficiencia y ahorro» en la esfera de lo público". CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 202-203. Haciendo un breve histórico de las legislaciones que permitía la subcontratación por parte de la Administración Pública, es válido citar el permiso de contratación de servicios de conservación, transporte y servicios semejantes por parte apenas de la administración directa y autarquías que fue dada por la Ley 5.645/70, dejando por fuera las empresas públicas y sociedades de economía mixta. Como se puede observar en el art. 3º de la referida ley: "as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67". También es válido comentar el §2º del art. 2º de la mencionada ley que trata de: "veda a contratação, ou respectiva prorrogação, de serviços, a qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no §7º do art. 10 do Decreto-lei nº 200/67, bem como a utilização de colaboradores eventuais, retribuídos mediante recibo, para a execução de atividades compreendidas no Grupo de Serviços Auxiliares". Posteriormente fue editado el Decreto-ley 2.300/86 que permitía la contratación de terceros para la ejecución de obras o servicios públicos, pero revocado por el art. 126 de la Ley 8.666/93. Siendo considerado un punto positivo para la subcontratación la edición de la Ley Complementar 82/95 en que limita los gastos con los funcionarios públicos a 60% de la receta recaudada por la Administración Pública, de esta manera facilita la contratación de empresas contratistas por el gobierno central, distrital, estatal o municipal. La subcontratación en la Administración Pública, viene intensificándose desde mediados del siglo XX. El texto constitucional trata sobre el tema, ya expuesto anteriormente, en el art. 37 II §2º CF/88 como también el precepto segundo del enunciado 331 TST, en el cual expresa terminantemente la imposibilidad de existir vinculación entre la Administración Pública y los empleados de las contratistas que les prestan servicios. Se sabe, en todos los casos, que la vinculación con la Administración Pública es solamente por aprobación en concurso público, inclusive que para algunos autores éste hace parte de los derechos humanos de cuarta generación.

disminuye puestos que están sin función útil en tales entidades, y a la vez garantiza un servicio eficiente a la población en general. Desde que siempre sean observados los requisitos de la licitación y la fiscalización adecuadas⁴⁶³.

En Brasil, como en España, también al lado del servicio público propiamente dicho, hay otros servicios ejercidos por el Estado y que no son definidos como públicos, como es el caso de la limpieza de edificios públicos. Algunas veces, según el autor, se pueden confundir tales diferencias, si bien es fundamental afirmar que la Administración Pública pueda valerse de la ejecución de tales servicios de forma directa — ejecutándolos por sus propios medios — o de forma indirecta, al contratar una empresa contratista que pueda en su lugar ejecutar una actividad deseada. Las actividades que el Poder Público no ofrece directamente a la comunidad pueden ser ejecutadas por terceros, pues no se discute el principio de la supremacía del interés público, por tratarse de actividad interna. Aunque todos los actos de la Administración Pública deban someterse a la ley; pero, como ya se ha dicho, pueden surgir dudas al Estado al delegar a una empresa contratista la ejecución de un servicio que será ofrecido a la comunidad.

Según la división didáctica de Oliveira Ramos, existen tres modalidades de subcontratación que son: la tradicional, la de riesgo y la en conjunto, las dos primeras no podrán ser utilizadas por la Administración Pública, conforme a su argumentación, como se puede observar en su exposición: "Três modalidades de terceirização podem ser apontadas: "tradicional", "de risco" e "com parceria". Na primeira, a terceirização é decidida em função da redução de custo. Na segunda, a contratação de terceiros para execução de atividades antes feitas pela terceirizante é realizada de forma a fraudar direitos sociais dos trabalhadores envolvidos. Tanto a terceirização tradicional quanto a "de risco" são inadmissíveis no seio do setor público, levando à utilização de mão-de-obra desqualificada, com baixa produtividade, além da contratação de empresas não idôneas, técnica e economicamente, para o atendimento do interesse público. Admite-se apenas a terceirização "com parceria", em que contratante e contratado unem esforços para atuação integrada, em uma relação que

⁴⁶³ En este sentido, también es válido citar a Giosa que arguye que los servicios no son considerados públicos porque son prestados por el Estado o por sus entidades, y sí, son públicos porque el interés en su prestación es general y atinge indistintamente a toda la comunidad. Tal prestación de servicio por el Estado, sigue explicando el autor, es parte de su misión en cuanto administrador social principal y que la actividad es de su incumbencia. La doctrina jurídica en general define el servicio público como siendo aquel en que toda actividad de ofrecimiento de utilidad o de comodidad que pueda ser usufructuada por la población y que sea de preponderante obligación estatal, será prestada por la Administración Pública o por quien le fue incumbido, y siguiendo siempre el régimen de derecho Público.

pressupõe capacidade técnica, lealdade entre os parceiros e legalidade, incluindo absoluta observância aos direitos trabalhistas”⁴⁶⁴.

Hay autores, como es el caso de Rodríguez Escanciano, que hacen una crítica a la subcontratación en la Administración Pública: “El auge de la participación privada en el desarrollo de funciones administrativas pretende de forma deliberada apartarse de las reglas constrictivas de una gestión pública, ordenada por el Derecho Administrativo, con el fin de quedar sometida a la disciplina del mercado y sus leyes. Se trata de huir de las reglas de la contabilidad pública, de las del procedimiento administrativo, de las funcionales e incluso de la posibilidad de que sus actos pueden ser fiscalizados estrechamente por una jurisdicción especializada”⁴⁶⁵. Más adelante serán vistos casos de precarización laboral, conforme menciona el TCU en Brasil, debido a la forma errónea de subcontratación por parte de la Administración Pública.

Mientras que autores como Giosa acreditan que la aplicación de una correcta subcontratación haría que existiera un compromiso formal por la valoración de los procesos y técnicas innovadoras de la administración, con lo que ganarían ambas partes - la contratante y la contratista - y consecuentemente el fin mayor que serían los logros a favor de la sociedad en general. Sigue arguyendo que este tipo de subcontratación generará más empleos, aunque es cuestionable, sin contar que para el autor esto hará un desarrollo constante de la mano de obra debido al entrenamiento y facilitando el uso de la tecnología, en el cual se percibirá una valoración de los talentos del ser humano dentro de la escena de los órganos públicos.

En el mismo sentido de que la subcontratación puede ser una buena alternativa para el usuario, Leiria⁴⁶⁶ menciona que existen en Brasil experiencias exitosas como es el caso de la

⁴⁶⁴ OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 144. Igualmente sigue explicando Oliveira Ramos, que divide la gestión de servicios públicos en tres niveles diferentes; identificase en la etapa más elevada la gestión estratégica, necesariamente de titularidad de la Administración Pública, que corresponde a la dirección superior de la actividad, en la medida en que concentra el poder de dictar las reglas generales, los principios mayores de organización y funcionamiento del servicio. Al tratarse del nivel intermediario, localizase la gestión operacional, que puede restar concentrada en una persona pública o ser transferida a un concesionario de servicio público. Corresponde a la prestación directa del servicio, deteniendo poder de regular sus empleados, generar las instalaciones utilizadas en la ejecución y relacionarse en nombre propio con los usuarios. El tercero y último nivel de gestión corresponde a la sencilla ejecución material de la actividad, transferida a un tercero sin ninguno poder de gestión, que acciona en nombre del gestor estratégico; de esta manera, la subcontratación entendida como simple ejecución material de actividad no se confunde con la concesión de servicio público y tampoco representa forma de descentralización administrativa.

⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas*, Revista de derecho social, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2001, pág. 18.

⁴⁶⁶ Otro ejemplo de subcontratación en la Administración Pública dada por Jerônimo Souto Leiria es la del proyecto piloto de la Alcaldía de Varginha, estado de Minas Gerais en que, segundo él, hasta el primer semestre de 1992, la Alcaldía de Varginha había promovido la privatización de diversos servicios y obras públicas, como ejemplo de mataderos municipales, fábricas de materiales

construcción, por particulares, de carreteras y puentes, con derecho de cobro de un peaje por un determinado plazo estipulado en el contrato entre la contratista y la Administración Pública. Otros ejemplos son citados por el autor, como la subcontratación de la enseñanza pública - aunque es un tema polémico porque la mayoría de los autores no están de acuerdo con este tipo de subcontratación, siendo mejor explicado posteriormente - experimentada por la Alcaldía de Maringá, cuya experiencia consistió en la formación de diferentes cooperativas de profesores para explorar una unidad escolar. Siendo que las directrices de enseñanza (plan curricular), régimen y calendario escolar, eran dictados por la Administración con la finalidad de preservar el carácter público de la educación, una vez que esto es de incumbencia estatal, conforme se establece en el art. 208, § 1º CF/88.

También se puede citar la recuperación de los aguas de los lagos del Parque Ibirapuera en São Paulo⁴⁶⁷, elevándolas a la categoría de aguas aptas para el baño. Hecho realizado a través de un acuerdo de cooperación con el sector privado, donde no hubo desembolso de recursos públicos, siendo el particular remunerado por la cesión de espacios para patrocínios y divulgación, como currículo, de la actividad realizada, como también la fijación de carteles explicativos en el propio Parque sobre los servicios realizados⁴⁶⁸.

de construcción, panadería y reparo de vías públicas. La iniciativa privada actuando en conjunto con la Alcaldía en relación a los costes, riesgos y recetas de las actividades fueron percibidas, siguiendo la explicación del autor, en el final de las obras y el aprovechamiento que ha hecho la sociedad de la misma.

⁴⁶⁷El autor Jerônimo Souto Leiria relata la repercusión del proyecto pionero hecho por el municipio de São Paulo usando la subcontratación para la recuperación de las aguas de los lagos del Parque Ibirapuera, en el cual apunta ventajas obtenidas para el medio ambiente, conforme él expresa: "Através de termo de cooperação, o município estabeleceu parcerias com a Biobac (Biotecnologia Indústria e Comércio Ltda.), empresa que detém tecnologia ecológica avançada para limpeza das águas através de bactérias. O objetivo é a recuperação dos lagos, elevando-os à categoria de águas banháveis. O município reserva-se o direito de acompanhar a qualidade das águas através de análises físico-químicas, realizadas em laboratórios de sua escolha. O termo prevê que a empresa cooperante deve garantir a qualidade das águas pelo prazo de 18 meses contados a partir do término da aplicação dos produtos. Em caso negativo, a cooperante não tem direito a indenização, reparação ou ressarcimento pelos serviços prestados. (...) O retorno ao cooperante se dá de várias maneiras: a) colocação de painéis explicativos ao longo do Parque Ibirapuera, cujas despesas correm por conta exclusiva do cooperante; b) escolha, pelo cooperante, de patrocinador para o empreendimento, na busca de ressarcimento parcial ou total de seus custos, sob a aprovação do município; c) divulgação de publicações ou edições técnicas ou de vendas, nacionais ou internacionais, em favor do cooperante, sobre seus serviços de recuperação das águas". SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo, 2ª edição, Sagra-DC Luzzatto, Porto Alegre, 1993, págs. 67-68.

⁴⁶⁸Aunque diversos autores brasileños están contra la utilización creciente de las contratas y subcontratas en la Administración Pública, debiendo entender en el texto a seguir que el concepto de tercerización se refiere a la subcontratación como es el caso de Oliveira Ramos: "A terceirização realizada com objetivo de reduzir os custos de manutenção da máquina estatal, identificada com o que se poderia chamar de terceirização "tradicional" e "de risco", é potencialmente lesiva ao interesse público. A terceirização é um dos instrumentos utilizados pelo Poder Público na tentativa de implantação de uma Administração Pública gerencial, que se afasta da Administração burocrática ao introduzir o Estado em um quadro de modernidade, adequado às exigências da economia globalizada". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na administração pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 161. También en este sentido, inclusive sigue siendo la concepción de tercerización la de subcontratación: "No setor público, a terceirização tem sido utilizada na tentativa de reduzir a estrutura administrativa do aparelho estatal, transferindo para a iniciativa privada a execução concreta tanto de atividades materiais acessórias (limpeza, vigilância, manutenção de equipamentos etc.) quanto de atividades voltadas para a satisfação de necessidades concretas da coletividade (coleta de lixo, transporte urbano, limpeza pública, entre outras). Na administração pública, a terceirização pode ser entendida como transferência para entidade privada, por meio de contrato de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, da execução de atividades que não constitua o núcleo substancial do Estado, conservando a terceirizante a gestão estratégica e operacional da atividade contratada". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, págs. 158-159.

Uno de los mecanismos usados como forma de presión a favor de la privatización⁴⁶⁹ de los servicios públicos es la subcontratación. El propio art. 197⁴⁷⁰ CF/88 permite que la ejecución de los servicios de salud pueda ser hecha por la Administración Pública o por contratación de terceros. El art. 198⁴⁷¹ CF/88 indica que las acciones y servicios públicos de salud se integran a una red regionalizada y jerárquica, siguiendo los requisitos establecidos por la ley mayor, donde se observa nítidamente la descentralización de la Administración Pública. En el art. 199⁴⁷² §1º CF/88 se determina que las instituciones privadas podrán participar de forma complementaria del sistema único de salud – SUS, siendo hecho a través de contratos de derecho público o por convenios tanto con entidades públicas o privadas, teniendo preferencia las entidades filantrópicas y las de sin ánimo de lucro.

Se esgrime que una parte del aumento del trabajo informal⁴⁷³ fue causado por utilizar erróneamente las subcontrataciones, incluso éstas utilizadas por parte de la propia

⁴⁶⁹ Es importante hacer una diferenciación en la privatización en sentido formal y en sentido material. La primera involucra la utilización por parte de los poderes públicos de los mecanismos del sistema jurídico de carácter privado para el desarrollo de su actividad sin que ocurra el cambio de titularidad. Y podría ser dado como ejemplo la adopción por la Administración Pública de mecanismos empresariales privados, que sería en términos generales la huída del derecho administrativo por la Administración. Esa huída, conforme expresa Oliveira Ramos, es operada mediante la actuación del Poder Público por medio de formas organizativas de derecho privado. Es decir, a través de empresas públicas y sociedades de economía mixta y su regulación del ordenamiento jurídico privado, conforme sucede en el derecho brasileño según el art. 173 § 1º II CF/88, y, claro, en la hipótesis de que el Estado ejerza una actividad económica. Mientras que en la privatización en el sentido material, se percibe que existe una transferencia de una actividad pública para el sector privado, que involucra situaciones en que la actividad sin perder su carácter público pasa a ser operado por una empresa particular, como es el caso de una concesión o en las transferencias del control accionario de empresas estatales. Sería el caso de una privatización vista de un aspecto material la alteración de la titularidad de una actividad que dejaría de ser estatal, pero que no deja de ser también una de las formas de desestatización. En este sentido: "Para alguns, a privatização material envolveria a alteração da titularidade de uma atividade, que deixaria de ser estatal. "Esta é a denominada despublicatio de uma atividade, que abandona assim o caráter de serviço público em sentido subjetivo. (...) Assim, para o direito positivo brasileiro, privatização seria um conceito restrito, limitado à venda de ativos do Estado, denominando-se desestatização o conjunto das variadas formas adotadas para transferir à iniciativa privada atividades antes exercidas pelo Estado. Privatização, pois, é apenas uma das formas possíveis de desestatização". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 42.

⁴⁷⁰ El art. 197 CF/88 define: "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado".

⁴⁷¹ El art. 198 CF/88 determina: "As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preservativas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. Parágrafo único. O sistema de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes".

⁴⁷² El art. 199 §1º CF/88 expresa: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. §1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

⁴⁷³ En este sentido: "Há, entretanto, contrariamente à tendência acima apontada, outra muito significativa, também anteriormente mencionada, que se caracteriza pelo aumento do novo proletariado fabril e de serviços, em escala mundial, presente nas diversas modalidades de trabalho precarizado. São os terceirizados, subcontratados, part-time, entre tantas outras formas assemelhadas, que se expandem em escala global. Com a desestruturação crescente do Welfare State nos países do Norte e o aumento da desregulamentação do trabalho nos países do Sul, acrescidos da ampliação do desemprego estrutural, os capitais implementam alternativas de trabalho crescentemente "informais", de que são exemplo as distintas formas de terceirização. Em 2007, mais de 50% da população economicamente ativa encontra-se em situação de informalidade no Brasil. Em vários outros países da América Latina a situação é similar, quando não ainda mais grave; no México, Argentina, Chile, depois de uma expansão de seu

Administración Pública. El departamento de Policía Federal, con la administración central en Brasília, contrata trabajadores de empresas contratistas para suplir la carencia de funcionarios, evitándose así la convocatoria de concursos públicos. Las estadísticas son de 16 millones de contrataciones y subcontratas entre los años de 2000 y 2001; 15,7 millones en las Superintendencias Regionales, número repartido entre los 26 estados y el Distrito Federal. Entre los servidores, 1.272 son subcontratados, 17 en áreas secretas, componentes de sectores sensibles de la Policía Federal⁴⁷⁴.

La ilegalidad de las contrataciones y subcontratas se sigue viendo también en otros sectores de la Administración Pública⁴⁷⁵, el TCU – Tribunal de Cuentas de la Unión, tiene un posicionamiento contra la subcontratación en algunas actividades típicas de cargos permanentes, basándose en los Decretos 71.236/72, 74.448/74 y la Ley 5.645/70. El TCU⁴⁷⁶

proletariado industrial nas décadas passadas, passaram a presenciar significativos processos de desindustrialização, tendo como resultante a expansão do trabalho precarizado, parcial, temporário, terceirizado, informalizado etc. além de enormes níveis de desemprego, de trabalhadores/as desempregados/as”. ANTUNES, Ricardo, *Dimensões da precarização estrutural do trabalho*, em AA.VV., *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 18-19.

⁴⁷⁴Datos del “Jornal do Brasil” basados en informes del Ministerio Público Federal. NEVES DELGADO, Gabriela, *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*, LTR, São Paulo, 2003, pág. 125.

⁴⁷⁵ En este sentido es válido mencionar que: “Terceirizado em banco público deverá receber o mesmo salário dos bancários concursados – TRT 4. Um trabalhador que atuou como terceirizado em banco público teve o direito de receber o mesmo salário e vantagens dos seus colegas concursados. A decisão é da 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (TRT-RS). Cedido por uma intermediadora de mão-de-obra, o autor da ação trabalhou como caixa interno em uma agência, autenticando operações e recebendo ordens da gerência. Ele ingressou na Justiça do Trabalho pedindo o reconhecimento do vínculo de emprego e diferenças salariais. Conforme o relator do acórdão, Desembargador Cláudio Cassou Barbosa, o vínculo não pode ser reconhecido, pois, como se trata de um banco estatal, é necessário aprovação em concurso público. Entretanto, como o reclamante, mesmo sendo terceirizado, executou atividade-fim do banco, tem direito o mesmo salário e vantagens dos bancários da instituição - valores estabelecidos em norma coletiva. Sobressai-se, no caso, o princípio da isonomia. Assim, o autor deverá receber as diferenças devidas, de forma retroativa. A reclamada principal no processo é a intermediadora de mão-de-obra, com o banco sendo responsabilizado de forma subsidiária. Da decisão cabe recurso. (R.O. 0044000-96.2009.5.04.0531). Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Publicado em 13 de Julho de 2010 às 10h42”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

⁴⁷⁶A nível de ejemplo del trabajo del TCU en las subcontrataciones, es válido citar decisión del STF: “STF - Suspensão de demissão de terceirizados em Furnas para evitar transtornos no serviço de energia. O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu liminarmente hoje (16) os efeitos de todas as decisões administrativas do Tribunal de Contas da União (TCU) e decisões judiciais da Justiça do Trabalho que haviam determinado a demissão paulatina dos terceirizados de Furnas Centrais Elétricas S/A e o exercício de suas funções por empregados públicos concursados. A liminar foi concedida no Mandado de Segurança (MS 27066) impetrado pela Federação Nacional dos Urbanitários, que apontou os riscos para a população da dispensa abrupta dos terceirizados em relação ao fornecimento de energia elétrica. “Torna-se imperioso reconhecer que a situação narrada nos autos é grave, pois, além de afetar milhares de trabalhadores não concursados que trabalham, na condição de terceirizados, para Furnas, ameaça inviabilizar a continuidade da prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica em nosso país”, reconheceu o relator. Fux acrescentou que, embora a Lei 10.848/04 tenha excluído expressamente Furnas do Programa Nacional de Desestatização, é notório o fato de que foi impedida de contratar empregados para o seu quadro efetivo durante o período de 25/05/1995 a 15/03/2004, por conta de sua inclusão prévia neste programa. “Isso a obrigou a fazer uso de uma massiva terceirização de mão-de-obra, que subsiste até os dias de hoje, e que é empregada para as mais distintas funções”, observou. O ministro fez questão de ressaltar que a liminar não implica o reconhecimento de qualquer direito irreversível aos terceirizados, tendo como “único propósito” evitar transtornos imediatos e irremediáveis no fornecimento de energia elétrica. O ministro também afirmou que a liminar não autoriza, em hipótese alguma, a ampliação do número de mão-de-obra terceirizada em Furnas. “Não se está a reconhecer, nesta seara provisória de cognição, qualquer direito irreversível aos terceirizados de Furnas, mas, por outro lado, o Poder Judiciário não pode virar as costas para o risco que os efeitos imediatos da cessação da terceirização em Furnas pode acarretar ao fornecimento regular de energia em nosso país, tal como demonstrado na paralisação dos empregados ocorrida em 18/05/2011 por conta da notícia de afastamento imediato de um número expressivo de terceirizados”, asseverou. O ministro deu prazo de 15 dias para que Furnas informe o número exato da sua mão-de-obra terceirizada e que seria afetada pelas determinações do TCU; apresente o cronograma a ser implantado para a redução e eliminação paulatina da referida terceirização, com a indicação de quantos terceirizados serão desligados por mês ou período específico; e informe se há aprovados em concurso

resalta en sus precedentes que la subcontratación lícita es aquella que no haya ausentes la personalidad y la subordinación directa, y también que involucre apenas servicios relacionados a la actividad auxiliar de la contratante. No pudiendo haber subcontratación en las actividades exclusivas del cuadro propio del ente público.

Es válido resaltar el entendimiento del TCU que ha hecho en el periodo de mandato del Presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1992 hasta 2002, según informa el periódico “Jornal do Brasil”, resaltando que se entiende por subcontratación el concepto de tercerización. : “O governo já terceirizou 29.930 postos de trabalho. Isto representa o repasse de R\$ 1,5 bilhão anuais para organismos internacionais e prestadores de serviços. A soma já representa 24% de todos os gastos de pessoal civil ativo no Brasil. Nos últimos três anos, o governo federal transferiu R\$ 890 milhões para organismos internacionais. Somente com os serviços de consultoria e serviços de terceiros houve aumento de 134% das verbas para estes organismos. (...) No plano ideal, a contratação por intermédio de organismos internacionais seria uma forma de granjear tecnologia, conhecimento e experiências voltadas para a realização de projetos técnicos. Na prática, diz o TCU, tem-se verificado a desvirtuação dos fins precípuos de acordos de cooperação técnica. Com estas contratações, o governo tem remediado deficiências provocadas por políticas de recursos humanos restritivas, por não realizar novos concursos. No lugar de tecnologias, estes organismos internacionais recebem verbas do governo para contratar até operadores de copiadoras. Na contramão do aumento das verbas para os organismos internacionais está a redução de contratação por concursos públicos. Em 1995, primeiro ano da Administração de Fernando Henrique Cardoso, o governo federal contratou 19.675 pessoas por concurso. No ano passado, contratou só 660. O TCU verificou que alguns órgãos públicos contrariam a legislação ao contratar mão-de-obra terceirizada para atividades de fiscalização e controle, inerentes às categorias funcionais. Na lista estão IBAMA y el DNER. Também foi constatada a terceirização de atividades-fim próprias de outros órgãos detentores de poder de polícia”⁴⁷⁷.

En relación al Enunciado 331 TST hay autores que acreditan que la subcontratación en la Administración Pública afronta varios principios del trabajo e incentiva la no valoración del

público dentro da validade e que poderiam realizar as funções dos contratados temporariamente. Em caso positivo, o ministro quer saber quantos candidatos aprovados estão nessa situação e por que razão não houve a contratação dos aprovados. Processos relacionados: MS 27066. Publicado em 17 de Junho de 2011 às 09h37”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

⁴⁷⁷Texto de Marques sobre “Contratações: governo terceirizou 30 mil postos de trabalho”. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 18.6.2002, pág.2, en NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo, LTr, São Paulo, 2003, pág. 126.

trabajo humano. En este sentido puede citarse a Borges de Azevedo, que expresa que la exclusión establecida en el Enunciado 331 TST apunta para consecuencias no pretendidas por el texto, como por ejemplo la derogación del concepto de relación de empleo al ser la contratante la Administración Pública directa, indirecta o fundacional. O también se puede percibir la no valoración del trabajo humano, con la decisión del STF del 24 de noviembre de 2010 de reconocer como constitucional el art. 71, párrafo primero de la Ley de licitaciones, en el cual quita cualquier tipo de responsabilidad por parte de la Administración Pública en la subcontratación. En lo cual repercutió la modificación del Enunciado 331 del TST, y que todavía sigue la polémica de estos recientes cambios, que también será mejor analizado posteriormente.

En segundo lugar, como sigue explicando el autor, posibilita de forma amplia la contratación de toda la mano de obra necesaria, especialmente en las sociedades de economía mixta y empresas públicas a través de empresa interpuesta. En tercer lugar que aprueba la locación de mano de obra, ostensiva e intensivamente practicada, en las propias actividades de las empresas estatales, lo que torna esa contratación contraria a los preceptos legales y constitucionales. Y por último, es una forma de burlar la realización de concurso público⁴⁷⁸, pues los puestos de trabajo que deberían ser de funcionarios públicos, en realidad, serán efectivamente ocupados por esa forma de provisión ilegal.

Igualmente no se puede dejar de mencionar el art. 175 CF/88, en el cual la concepción de la palabra servicios no tiene el mismo significado del expuesto en el art. 37 XXI CF/88, pues los servicios públicos son prestados a los administrados y no a la administración pública en sí.

⁴⁷⁸El TST ha decidido que el metro de Belo Horizonte deberá sustituir seguridades subcontratados por funcionários a través de la convocatoria de concurso público: "O serviço de segurança no metrô de Belo Horizonte vem sendo feito em grande parte por empregados terceirizados, mas agora terá de mudar por decisão da Justiça do Trabalho. A decisão foi originariamente proferida pela 17ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, no julgamento de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho. O processo chegou ao Tribunal Superior do Trabalho por meio de agravo de instrumento da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU, que pedia a liberação e julgamento do seu recurso, trancado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), contra a sentença condenatória. O agravo foi examinado na Terceira Turma pelo Ministro Alberto Bressiani, que considerou irretocável a decisão regional que manteve a sentença que obriga a CBTU a substituir todos os seguridades terceirizados por funcionários contratados por meio de concurso público. A ação civil pública baseou-se na Lei nº 6.149/74, que disciplina a matéria e, em seu artigo 3º, prevê que as empresas desse setor devem "manter um corpo próprio e especializado de agentes de segurança, com atuação nas áreas de serviços, especialmente nas estações, linhas e carros de transporte". Esses agentes têm poder de polícia, inclusive para prender usuários do transporte coletivo, encaminhando-os às autoridades competentes. A CBTU, submissa às normas das empresas públicas e sociedades de economia mista, defendeu-se invocando a disciplina da vigilância comum aplicada às empresas da iniciativa privada, aludindo equiparação a elas nos termos do artigo 173 da Constituição Federal. Mas, para a Justiça do Trabalho, a alegação é equivocada, pois tal dispositivo constitucional não autoriza o descumprimento de exigências como a do caso. Tal como a sentença do juízo do primeiro grau mantida pelo Tribunal Regional, o Ministro Alberto Luiz Bressiani concordou com a ação civil pública e manteve a condenação que proibiu a empresa metropolitana de contratar novos agentes terceirizados e, entre outros, determinou que sejam substituídos por meio de concurso público para preenchimento das vagas atuais. Antes de expor seu voto à apreciação dos colegas na Terceira Turma, o Ministro Bressiani fez questão de registrar o nível de "excelência das decisões" das instâncias do primeiro grau e do Tribunal Regional "como obras jurídicas perfeitas, referenciais", motivo pelo qual as adotou integralmente "como se fossem minhas próprias". O relator transcreveu-as para substanciar a sua decisão. Sua manifestação foi acolhida unanimemente por todos ministros da Turma. Processo: (AIRR) 1302-2005-017-03-40.8 Publicado em 12 de Dezembro de 2008 às 12h10". Disponible en: newsletter@iob.com.br

De este modo no es fundamento para la subcontratación en la esfera de la Administración Pública. En este sentido entiende Souto Maior por afirmar que, según este artículo constitucional, el Estado no puede transferir para un particular un servicio relacionado a su propia organización interna o mismo un servicio que se destine a la población, una vez que en este último caso la interposición del ente privado se haría solamente para posibilitar la explotación económica por estos de la actividad pública sin ofrecer nada a cambio. Esta última cuestión, conforme dice Souto Maior, puede ser más polémica, pero no cabe duda que el art. 175 CF/88 no es fundamento para la subcontratación de los servicios en el ámbito de la Administración Pública.

Otro punto a ser destacado en este tópico es el referente a la Ley de Responsabilidad Fiscal que impone los límites de gastos con el personal de la Administración Pública con el objetivo de conducir al administrador a reducir los gastos con la máquina estatal. Se incluyen también los límites de gastos con contrataciones de servicios de subcontratación. Según esta ley, cada Estado federado no puede superar el límite máximo - de 50% para la unión, y de 60% para estados y municipios - de la transferencia corriente líquida.

Los contratos de subcontratación con el objetivo de suplir actividades antes ejercidas por servidores públicos, que tuvieron sus cargos, empleos o funciones extinguidos, para dar origen a la subcontratación, están incluidos en estos gastos por su carácter de sustitución. La mayor duda es en relación a otros tipos de servicios de subcontrataciones como es el caso de limpieza o vigilancia, para los que el poder público nunca tuvo sus plazas creadas, prefiriendo siempre la subcontratación. Siendo estos casos no considerados como parte de este límite de gastos, a pesar de que la doctrina se divide en unos que los consideran y otros que no, si bien se acredita que si los casos de subcontrataciones hicieran parte del valor límite expuesto por ley, ésta debería haber especificado tal hecho⁴⁷⁹.

Basado en el principio de la legalidad, tanto en Brasil como en España, solo será considerado funcionario público aquel aprobado por concurso público⁴⁸⁰, exigencia

⁴⁷⁹ Es importante comentar, a nivel de complementariedad que en relación al art. 37 XXI CF/88⁴⁷⁹, la expresión servicios no puede ser contrariada en lo que dice el mismo precepto en su I y II apartados. Lo que quiere decir, que un ente público no tiene la posibilidad de elegir entre contratar un trabajador a través de una empresa interpuesta o hacer oposiciones para funcionalismo público, y sí, la comprensión correcta para estos casos es que el término servicios significa algo que suceda fuera de la dinámica permanente de la administración pública. Como es el caso de una implementación de un sistema de ordenadores y la preparación de los funcionarios para saber usarlos, esas dos hipótesis caben la subcontratación mediante licitación.

⁴⁸⁰ En el sector público, la necesidad de concurso público es una de las formas de poner en práctica el principio de la legalidad y de la moralidad, principalmente para no dejar margen de duda en relación a la forma de ingreso en la Administración Pública. En otras palabras, es uno de los modos de no permitir la corrupción, como se puede percibir: "Lembre-se que a exigência do concurso

constitucional para cualquier función o cargo de la administración, sea en la directa, indirecta o fundacional. Igualmente se exige el concurso público para la modalidad de empleado público⁴⁸¹. Así que no cabe ningún tipo de discusión en relación a la admisión de un funcionario público que siempre debe ser dada por la vía de concurso público, esto sirve para la Administración directa, indirecta, o sea por las empresas públicas, sociedades de economía mixta, fundaciones y autarquías.

De igual manera el trabajador irregular que presta servicios a la Administración Pública brasileña (como en España) no puede alegar el desconocimiento de la ley, como se puede observar el dispuesto en el art. 3º LICC. Otros argumentos cruciales son: el hecho jurídico no puede contradecir la forma de la ley, como afirma el art. 104⁴⁸² CCB. Tampoco tiene validez el hecho de dejar de revestir la forma especial determinada en ley, y es considerado nulo el hecho jurídico por no revestir la forma prescrita en ley, como expresa el art. 145⁴⁸³ CCB.

público, também, tem a finalidade de evitar que o administrador, raciocinando não como administrador, mas como político, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores após cada término de gestão, o que também há muito se incorporou à história do Brasil. "A linguagem política do período imperial consagrou o termo derrubada para designar a remoção de funcionários, quando tal remoção era consequência da vitória eleitoral de uma nova facção — organizada em partido — das classes dominantes escravistas. Essa instabilidade estava, evidentemente, ligada à ausência de critérios de recrutamento segundo a competência individual, aferida de modo suficientemente formalizado." Além disso, impõe analisar a questão também sob o prisma do princípio da moralidade. A prática da terceirização acaba trazendo consigo um interesse eleitoral, haja vista que um Prefeito passa a ter centenas (ou até milhares) de famílias que dependem de contratos com empresas prestadoras de serviços. Assim, ele "garante" os votos de todas as famílias com o argumento de que "se outro ganhar, os contratos serão revogados ou não serão renovados...". SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Terceirização na administração pública — uma prática inconstitucional, em AA.VV., Doutrina Trabalhista, vol. 70, n. 11, Revista LTr. 70-11, São Paulo, 2004, pág. 1313. En este sentido también es válido citar: "As alterações advindas do modelo de produção toyotista também produziram efeitos sobre as estrutura e a forma de organização estatal. Em meados do século XIX e início do XX, tinha-se a figura de um Estado amplo, centralizador e intervencionista. Porém, com a crise capitalista da década de 1970 e com a vitória político-cultural das vertentes neoliberais nos principais países do ocidente, prevaleceu o discurso de que o Estado era grande demais e excessivamente oneroso. Destacava-se o Estado Mínimo, com proposta de redução da máquina estatal. Neste sentido duas diretrizes predominavam: a retirada do Estado da atividade econômica, transferindo-a para o setor privado, e, nas atividades não produtivas, mesmo que públicas, a terceirização dos serviços". BERNARDES ROSIGNOLI, Juliana & MARTINEZ CARNEIRO ARAÚJO, Michele, Terceirização e Administração Pública, em AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 260.

⁴⁸¹Hay una diferencia entre funcionario público y empleado público, éste último es una nueva forma de contratación de la Administración Pública. Los primeros tienen su propio estatuto, dependiendo de la esfera que trabaje, federal, estatal o municipal. Mientras que el segundo es un trabajador no eventual de la Administración Pública pero que no es regido por los estatutos de funcionario público correspondiente, y si, regido por la CLT. La doctrina lo explica como un intermedio entre un trabajador tradicional y un funcionario público, pero para conseguir un puesto de trabajo igual tiene que ser aprobado por concurso público. Hay algunas diferencias que son pertinentes, como por ejemplo, la competencia para juzgado de causas relacionado con funcionario público es la Justicia Común, la de los empleados públicos es la Justicia del Trabajo. Estos gozan de una estabilidad relativa, ni es estable como los funcionarios públicos, tampoco es desprovisto de estabilidad como los trabajadores bajo el régimen de la CLT.

⁴⁸²El art. 104 CCB expresa: "A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável; III - forma prescrita ou não defesa em lei".

⁴⁸³El art. 166 CCB define: "É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção".

Más específicamente en relación con la igualdad de trato en el empleo y en las relaciones de trabajo en España, y basándose en el art. 14⁴⁸⁴ CE, el art. 23.2⁴⁸⁵ CE expresa la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos. Conforme al art. 1.3 ET, se ha excluido del ámbito de los trabajadores regidos por el mismo a los funcionarios públicos. Estos se encuentran bajo la regulación del Estatuto de la Función Pública. Inclusive la Administración Pública puede hacer contrataciones basadas en el régimen jurídico laboral conforme la Ley 07/2007, que es el Estatuto Básico del Empleado Público.

5.3.1 La generalización del uso de la subcontratación por las Administraciones Públicas

“Para enseñar a los demás, primero has de hacer tú algo muy duro: has de enderezarte a ti mismo.”
Buda

No se puede olvidar que la Administración Pública debe ser la primera en dar buen ejemplo a los ciudadanos, lo que quiere decir que no debería haber casos de irregularidades e ilegalidades de éstas para con las empresas que subcontrata. En Brasil, también en España, ciertos servicios considerados como de gestión esencial por el Poder Público se encuentran fuera del ámbito de la subcontratación: la justicia, la seguridad interna (la policía), la externa (Fuerzas Armadas) y las actividades que implican en restricción de derechos (Poder de Policía). Aunque hay autores que acreditan que las cárceles podrían ser un servicio prestado a la comunidad de carácter subcontratado. Sería posible subcontratar las actividades auxiliares, y que son comúnmente utilizadas por los órganos públicos, como sería el caso de la limpieza, la contabilidad, la vigilancia, los servicios de comidas, la impresión gráfica, el transporte, el mantenimiento de equipamientos, los servicios de mecanografía, la conserjería, las fotocopiadoras, la lectura de medidores, la entrega de cuentas a los usuarios de los servicios públicos, la recogida de basura, entre otros. Además de las actividades de carácter esencial son

⁴⁸⁴ El art. 14 CE determina: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁴⁸⁵ El art. 32.2 CE especifica: “(...) 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes”.

identificadas otras importantes para la definición de calidad de vida de la sociedad que podrían ser denominadas de estratégicas: actividades de salud, educación, saneamiento básico, transporte, suministro de energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.

Algunos autores, como es el caso de Giosa, acreditan que hay servicios que no podrán ser subcontratados por la Administración Pública, como es el caso de la enseñanza pública. Aunque como se ha visto, hubo casos de este tipo de subcontratación, como también otras áreas, que según este autor, no podrán ser subcontratadas, como es el caso de la salud, seguridad pública, entre otros, que diferentemente de otros autores que afirman que podría ser tales actividades subcontratadas⁴⁸⁶. Como se puede observar en sus palabras: “Sendo possível a terceirização de serviços públicos, resta saber se há limites para o Poder Público terceirizar. A resposta é afirmativa. O limite está na natureza "do serviço pois nem todos podem ser delegados. Os serviços inerentes ao Estado hão de ser prestados diretamente ou pelas entidades governamentais, como serviços de educação, saúde, segurança pública. Assim não se pode falar em terceirização do ensino, mas poder-se-ia falar em terceirização da limpeza das dependências das escolas da rede pública. Assim como não se pode terceirizar a prestação de saúde, mas nada impede que se tenha um serviço de transporte de pacientes executado por uma empresa contratada. Os limites são inerentes à missão do Estado. A regra poderia ser: todas as atividades estatais de poder ou de império são indelegáveis e, portanto,

⁴⁸⁶Segundo el TRT 15ªR, el poder público también es deudor cuando subcontrata obligación constitucional: “(...) la 9ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região confirmou sentença da 2ª Vara do Trabalho de Paulínia, município da região de Campinas, mantendo a condenação subsidiária da Prefeitura da cidade, em processo movido por uma terapeuta ocupacional e que tem como primeira reclamada uma escola que atende alunos especiais, vítimas de paralisia cerebral. No recurso, o município alegou ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação e para responder subsidiariamente pela dívida trabalhista, porque sua relação com a primeira reclamada se limitaria à concessão de bolsas de estudo para alunos carentes.(...) Dever constitucional “É obrigação inexcusável e (...) função própria do Estado fornecer educação básica e assistência ao portador de deficiência”, sentenciou em seu voto o relator, citando o artigo 23 da Constituição Federal, segundo o qual é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (inciso II), além de “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (inciso V). O artigo 30 da Carta Magna, por sua vez, confere aos municípios, no inciso VI, a atribuição de “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental”, observou Nildemar, mencionando ainda os artigos 196, 203 e 204 da Carta, que também estabelecem essas atribuições. No entendimento do relator, acompanhado por unanimidade pelos demais integrantes da Câmara, o fato de a Prefeitura preferir não operar diretamente no setor, associando-se a uma instituição privada, não é o bastante para transferir sua obrigação. “Ao contrário do insinuado no apelo, o programa não foi uma simples opção, uma benesse, uma iniciativa meritória da administração. Continua sendo uma de suas atividades características, exercidas, porém, através de um prestador de serviços”, prosseguiu o Desembargador. “É aí que se identifica a terceirização”, arrematou. Dessa forma, como beneficiário direto dos serviços da reclamante, o município foi mantido na condição de responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas da prestadora, a escola, reconhecidas no processo. Na impossibilidade de se satisfazer o futuro crédito da autora por meio de execução contra a primeira reclamada, a dívida será cobrada à Prefeitura. “Observe-se que a responsabilização do tomador não implica reconhecimento do vínculo empregatício nem ilegalidade da terceirização. Esta é legal, mas ainda assim não afasta a responsabilidade discutida”, assinalou o desembargador Nildemar, advertindo ainda que a execução do contrato dever ser acompanhada pelo tomador do serviço, que não pode se eximir de seu papel, sob pena de incidir em culpa “in vigilando”. O Magistrado afastou a aplicação da Lei 8.666/93, que, no artigo 71, parágrafo 1º, isenta o Poder Público do pagamento de direitos trabalhistas a quem lhe presta serviços por intermédio de empresa interposta. (...)”. Processo: (RO) 515-2005-126-15-00-1 Publicado em 26 de Maio de 2008 às 16h18”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

não podem ser terceirizadas; e todas as demais que não apresentam tal característica podem ser terceirizadas pelo Estado”⁴⁸⁷.

Básicamente la discusión que la doctrina brasileña sobre el tema determina que es una de las más fundamentales, en lo que se refiere a la Administración Pública: consiste en la diferenciación entre la propia actividad y las actividades auxiliares del órgano público y los casos en los que podrá haber la subcontratación. No obstante, se percibe que hay ciertos casos de subcontratación en la propia actividad en los que, basados en el principio de legalidad, como es el ejemplo, se permite que una fundación pública encargada de producir y distribuir medicinas a entes públicos, pueda contratar laboratorios privados para producir tales medicinas, en los casos de complemento a su propia actividad para cubrir toda la demanda del sector público. De igual manera se percibe una forma de tercerización de la propia actividad – aunque no está muy claro que se pueda considerar como un tipo de subcontratación - en el caso previsto en el art. 59 Ley 9.472/97⁴⁸⁸, que es la ley general de telecomunicaciones, que admite la contratación de técnicos o empresas especializadas para ejecutar actividades de competencia de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones – ANATEL. Siendo ésta apenas el órgano que fiscaliza la ejecución de las actividades.

Muchas de las actividades expuestas arribas, hoy en día muy comunes de contratación por las entidades públicas. Son cuestionadas acerca de su licitud y como también hasta qué punto deberían ciertas actividades ser hechas por funcionarios públicos, como es el caso de la

⁴⁸⁷GIOSA, Lívio Antônio, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 66. Para identificar las actividades esenciales y las auxiliares del Poder Público, el Plan Directo de la Reforma del Estado del Ministerio de la Administración Federal diferencia las actividades en cuatro tipos, y permitiendo la subcontratación: “a) núcleo estratégico, responsável pelo planejamento e formulação de políticas públicas (no Poder Executivo corresponde ao Presidente da República, Ministros e assessores diretos); b) atividades exclusivas, que, por corresponderem ao poder estatal de regulamentação, fiscalização e fomento, só pelo setor público podem ser prestadas (ex.: cobrança e fiscalização de impostos, polícia e previdência social básica, serviço de desemprego, fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, serviço de trânsito, serviços de saúde, controle do meio ambiente, educação básica, emissão de passaportes etc); c) serviços não exclusivos, que não envolvem poder de império estatal, mas que são atividades relevantes por envolverem direitos humanos fundamentais ou por produzirem “ganhos” que não podem ser distribuídos à sociedade sob a forma de lucro: são universidades, hospitais, centros de pesquisa e museus; d) produção de bens e serviços para o mercado, que se refere a atividades econômicas que objetivam lucro, mas que ficaram sob o controle estatal em decorrência da insuficiência dos capitais privados para implantá-los ou por serem atividades de caráter monopolístico, em que o interesse público clama pela submissão a um poder regulador”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 125.

⁴⁸⁸En este sentido: “Seguindo a mesma linha, para “facilitar” a privatização das empresas públicas, foi editada a Lei Geral das Telecomunicações em 16 de julho de 1997, a Lei n. 9.472/97, que dispôs, no inciso II do art. 94, que a concessionária poderia “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. LACERDA CARELLI, Rodrigo de, *Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil*, en AA.VV., *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 61-62.

contratación de cooperativas de médicos, ya analizado anteriormente, por hospitales públicos para prestar servicios sin ser convocados concursos públicos⁴⁸⁹.

En los casos de subcontratación de servicios públicos sociales, igualmente mencionados anteriormente, como es el caso de la educación y la salud, no puede ser realizada. Lo que sí está permitido es la transferencia a la iniciativa privada de algunas actividades específicas sectorizadas. Los que sí deben ser seguidos son los principios de legalidad, de eficiencia, de economicidad, para que se pueda transferir a otros tales actividades, pues todos los principios de la Administración Pública implican una limitación en la práctica de cualquier acto del administrador.

No se puede olvidar que el sector público, al contrario del privado, no tiene como objetivo final potenciar la reducción de los costes. No son raras las situaciones en que los costes totales pueden ser mayores que hubiesen sido con las actividades realizadas por el poder público. Tampoco este es movido por los ánimos de lucro, una vez que la finalidad del sector público es la consecución del bien público. Inclusive la máquina estatal puede operar con déficit financiero determinadas actividades para ofrecer beneficios a los usuarios y a la sociedad en general, como son los casos de los subsidios. Igualmente hay que considerar que el poder público debe incluir en sus costes crecientes los gastos sociales como es el caso de las prestaciones por desempleo o cualquier otro programa social, seguridad pública o construcción de presidios, entre otros.

También debe citarse la Ley de Responsabilidad Fiscal, Ley Complementar 101/2000, que establece normas de finanzas públicas dirigidas a la responsabilidad en la gestión fiscal. Como también la Ley 11.178/2005. Esta Ley dispone sobre las directrices para la elaboración de la ley presupuestaria de 2006, en el cual se autoriza, en su art. 30, párrafo 2º, la contratación de servicios de consultoría para las actividades que no puedan ser desarrolladas por servidores o empleados de la Administración Pública; publicándose en el Boletín Oficial de la Unión no solamente el extracto del contrato como también la justificación y la autorización

⁴⁸⁹ Este tipo de experiencia ocurre en varias partes de Brasil como se puede percibir: "O Município de Campina de Monte Alegre, no interior de São Paulo, com cerca de 4.500 habitantes, por exemplo, iniciou em 1993 experiência pioneira no setor público brasileiro. Recém-emancipada, em função do desmembramento do Município de Angatuba, de economia agropecuária e enfrentando carência de recursos, fruto da pobreza da população, a municipalidade, em vez de criar os cargos necessários ao desenvolvimento das atividades públicas, optou por contratar uma cooperativa formada pelos próprios habitantes, que passou a fornecer a totalidade da mão-de-obra necessária para a manutenção dos serviços municipais. Dessa forma, durante alguns anos, o Prefeito foi o único servidor municipal. Favorecida pelos menores encargos próprios da sua forma associativa, a cooperativa formada pelos habitantes invariavelmente sagrava-se vencedora das licitações realizadas para contratação de pessoal, superando todas as empresas que se interessaram em apresentar propostas nos procedimentos licitatórios realizados". OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 128.

de la contratación. En ésta constará necesariamente el cuantitativo medio de consultores, coste total del servicio prestado, especificación de los servicios y fecha de conclusión.

El art. 11 de la Ley 8.745/93 asegura a los trabajadores de las contratistas algunos de los derechos conferidos a los servidores públicos, como también a los empleados regidos por la CLT: “ajuda de custos por mudança de domicilio em caráter permanente, gratificação natalina, adicional por tempo de serviço, adicional de insalubridade, periculosidade ou atividades penosas, adicional por serviço extraordinário, adicional noturno, férias e adicional de um terço, etc”⁴⁹⁰. También se encuentra dispuesto en el art. 7º de la referida ley la remuneración de los trabajadores de las contratistas. Normalmente se obedece a la regla fijada, que los valores no superen las remuneraciones pagadas a un funcionario público que ejerce funciones similares de los contratados.

Esta delegación será hecha de forma complementaria al sistema de salud gubernamental. Lo que es inadmisibles es la delegación total del servicio de salud pública como dice su propia característica, pública. Pero se pueden subcontratar servicios como de examen médico, consultas, servicios de laboratorio, entre otros, de forma complementaria, desde que no haya disponibilidad completa por parte del SUS. Otro ejemplo sería el de la delegación de servicios de enseñanza a otras entidades, conforme expresa el art. 209⁴⁹¹ CF/88. Ya el art. 204⁴⁹² CF/88 establece reglas sobre la asistencia social. Lo que denota que ésta no es actividad exclusiva del Estado, pudiendo ser delegada al sector privado las actividades de beneficencia y de asistencia social.

Hay también propuestas, como se había mencionado antes, que pretenden la subcontratación de cárceles⁴⁹³, por ejemplo en EE.UU., donde este servicio es prestado por

⁴⁹⁰ ALVES POLONIO, Wilson, Terceirização. Aspectos legais, trabalhistas e tributários. Atlas S.A., São Paulo, 2000, pág. 32.

⁴⁹¹ El art. 209 CF/88 declara: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendida as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais de educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

⁴⁹² El art. 204 CF/88 determina: “As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

⁴⁹³ En este sentido: “administração de penitenciárias também pode ser parcialmente transferida a particulares quanto aos serviços de “hoteleria”; o Estado pode contratar com um particular a construção²⁶ ou a manutenção de uma penitenciária ou ainda a utilização de imóvel privado, segundo normas por ele traçadas no edital e no contrato, e pagar ao particular por preso que fique sob custódia do estabelecimento seria uma concessão de obra pública ou uma prestação de serviços. O imóvel, sua manutenção (incluída limpeza e alimentação) e o pessoal de apoio são privados, ficando a cargo do Estado o policiamento penitenciário. Frisa-se a idéia de que o uso da força só pode caber aos agentes do Estado dotados de prerrogativas do exercício do poder de império.

empresas privadas. Hay en Brasil una corriente minoritaria que cree que subcontratando este tipo de servicios habrá una disminución de la burocracia estatal. La corriente más liberal considera que el Estado debería ocuparse apenas de actividades principales, mientras las secundarias podrían ser hechas por sujetos privados. Se aduce que la disminución del coste, unida al direccionamiento estatal para las actividades principales, generarían nuevos puestos de trabajo que ofrecerían servicios especializados. Así le competiría apenas al Estado, en relación a los servicios de subcontratación, la fiscalización y el acompañamiento de los servicios para verificar si está verdaderamente beneficiando a la sociedad. Teoría en que la mayoría de los autores brasileños están en desacuerdo por completo, pues, ¿cuáles son los servicios principales y secundarios del Estado? Tendrían muchas actividades que se encontrarían en una zona gris, por lo cual la presión de la economía capitalista, situando el lucro por encima de todo, haría que pocos fuesen subcontratando tales actividades. Eso sí, no pudiendo subcontratarse por ninguna hipótesis los servicios relativos a la justicia, seguridad pública, fiscalización, diplomacia, entre otras actividades intrínsecamente estatales.

Dos cuestiones más son pertinentes al tema de la contratación por la Administración Pública en Brasil: lo que expresa la Ley de la Seguridad Social y la Ley del FGTS. En relación a la primera, en la Ley 9.717/98 se remite a las reglas generales y las disposiciones para la organización y el funcionamiento de los regímenes propios de la Seguridad Social de los funcionarios públicos. Pero el Decreto nº 3.048/99, en su art. 9º I i ⁴⁹⁴, afirma que son asegurados obligatorios del sistema de Seguridad Social las subcontrataciones realizadas por la Administración Pública para atender las exigencias descritas en el art. 37 IX CF/88. Ya lo referente al FGTS, la Ley 8.036/90 en su artículo 15 ⁴⁹⁵ §1º y el Decreto 99.684, en su anexo,

O importante é que o imóvel guarde as características exigidas na Lei de Execução Penal - Lei n. 7.210, de 11/7/1984 - , atendendo aos padrões de segurança emanados do Estado e às diretrizes emanadas das autoridades competentes (art. 61). O tema não é novo; o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária já cogitava implantar projetos de gerenciamento misto dos serviços penitenciários, com participação privada na administração penitenciária. A própria Lei de Execução Penal, em seu art. 4a, já prevê a cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. Assim como pode haver parceria entre o Estado e as associações de moradores para a estrutura de escolas comunitárias, nas quais o Estado entra com a direção e/ou o corpo docente e o particular entra com a estrutura, pode-se dar o mesmo com a operação do sistema penitenciário, sob custódia do Estado. Seja pela via da prestação de serviços, seja pela via da concessão de obra pública, não se vislumbra, aqui, um contrato de concessão de serviços públicos, já que, a princípio, não se cogita da cobrança de um pagamento pela estadia devida pelo preso, embora tal alternativa já tenha sido considerada na doutrina". JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, Desestatização. Privatização, concessões e Terceirizações, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, pág. 221.

⁴⁹⁴El Decreto 3.048/99, en su art. 9º I i, define: "Art. 9º: São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas: I – como empregado: (...) i) o servidor contratado pela União, Estado, Distrito Federal ou municípios, bem como pelas respectivas autarquias e fundações, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal".

⁴⁹⁵La Ley 8.036/90 en su artículo 15 §1º determina: "Para os fins previstos nessa Lei, todos os empregados ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei 4.749, de 12 de agosto de 1965. §1º. Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional

artículo 2º, tratan sobre el derecho al régimen del FGTS para los trabajadores subcontratados por los órganos públicos para suplir necesidades excepcionales.

Como forma de orientación a los servidores públicos, es interesante que la Administración aclare las funciones que desarrollarán los trabajadores subcontratados. Una de las cuestiones que no pueden dejar de ser mencionadas es la del sigilo referente a los temas tratados en la institución, los derechos y deberes que son distintos de los funcionarios públicos. Pues no tienen los mismos derechos una vez que los subcontratados son regidos por la CLT, mientras que los servidores públicos por su ley específica. También es importante no dejar a los subcontratados bajo las órdenes de algún funcionario público para evitar la subordinación.

Lo que, resumidamente, solo no está permitido en Brasil a la Administración Pública es subcontratar las actividades referentes a la propia actividad del órgano público o las atribuciones de carrera del respectivo cuadro de personal. El art. 30 V CF/88 conjuntamente con el art. 175 CF/88 son referidos para tratar de la administración indirecta del servicio de transporte colectivo y del concepto de servicio público. Pues es posible pensar que tales servicios solamente podrían ser ofrecidos indirectamente por permiso o por concesión, tema mejor analizado en el punto siguiente. Aunque basándose en una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Federal brasileña y de la legislación de este tema, se percibe la posibilidad por parte de la Administración Pública de utilizarse la autorización y la subcontratación al optar por una forma descentralizada indirecta de ejecución de los servicios. Haciendo una comparación sobre la diferenciación de actividades que se encajarían en la modalidad de auxiliar o de propia actividad empresarial en la Administración Pública, se puede observar que en la actividad auxiliar del Estado, los servicios serían los que pueden ser delegados a la ejecución por otro. Mientras que la propia actividad de la Administración Pública sería la que su ejecución no puede ser transferida por ser considerada como actividad de exclusiva ejecución del Estado.

Otro tipo de subcontratación por la Administración Pública en Brasil sería la de flotas de vehículos con conductor para transporte. Por lo que se concluye que, tanto desde el punto de vista administrativo cuanto del económico y financiero, las ventajas para la subcontratación

de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se”.

de flotas es observada, siempre que sean tenidos en consideración los valores humanos involucrados en el proceso⁴⁹⁶. Igualmente, y para concluir este tópico, resulta pertinente mencionar que la subcontratación de servicios de auditoría, como las actividades jurídicas, pueden, según algunos autores, como Villela Souto, ser efectivamente subcontratados por la Administración Pública, aunque de forma excepcional⁴⁹⁷.

5.3.2 La contratación con empresas contratistas.

Diferenciación de contratos administrativos, concesiones y permisos

"La ley no es otra cosa que la razón justa, que nos invita imperiosamente a cumplir nuestro deber y nos prohíbe violarlo."

Cicerón

La contratación hecha por la Administración Pública debe seguir lo estipulado en ley. En ambos países la regla general es que sean los contratos hechos a través de licitación pública, que es una de las formas de evitar posibles arbitrariedades y privilegios de cualquier tipo. También se verán los tipos de contratos que puede tener la Administración de los dos países que estén relacionados con la subcontratación. De todas las formas solamente serán dados conceptos generales. No será hecho ningún tipo de profundización visto que lo que interesa es solo la noción básica de cómo está organizado, para así mencionar lo pertinente a la subcontratación y precarización laboral, que es el verdadero objeto de estudio de esta tesis.

Igual que en Brasil, la contratación por entes públicos en España sigue las reglas de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas y está prohibida la cesión de trabajadores;

⁴⁹⁶ Según Giosa: "O que importa é que as empresas privadas e setores da administração pública direta e indireta têm na terceirização da frota uma opção concreta de aprimoramento de suas atividades, baseado nos estudos e conclusões apresentadas, e que servem como instrumentos importantes facilitadores da tomada de decisão da alta administração destas empresas". GIOSA, Lívio Antônio, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 87.

⁴⁹⁷ En este sentido: "A exemplo do que ocorre com relação à terceirização de atividades jurídicas, que deve ser admitida somente em caráter excepcional, a norma vem explicitar que a terceirização de serviços de auditoria, na Administração Pública, só deve ocorrer se a atividade não puder ser exercida internamente, o que se explica dentro das etapas em que se desenvolve a atividade de Administração Pública, a saber, planejamento – execução – controle". JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, *Desestatização. Privatização, concessões e Terceirizações*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, págs. 218-219.

debiendo ser contratados a través de concurso público⁴⁹⁸. Algunos ejemplos más frecuentes de empresas contratistas en Brasil son las referentes a la recogida de basura y al transporte público, la medición de consumo de agua, el suministro de energía eléctrica o la asistencia técnica al consumidor en estas áreas.

El art. 37 XXI CF/88 afirma que solamente podrá haber subcontratación por la Administración Pública, en el de que haya ley específica previendo la licitación y las reglas para tal contratación. Así se puede conferir el uso obligatorio de las licitaciones como método de elección de empresas contratistas⁴⁹⁹. La ley que trata más específicamente sobre la licitación pública es la Ley 8.666/93⁵⁰⁰ con actualizaciones hechas por la Ley 8.883/94, que revocó el Decreto-Ley 2.300/86. En la misma legislación trata de la subcontratación de partes de la obra o servicios, hasta un límite impuesto por la propia Administración Pública. Y el art. 13 de la referida ley trata de especificar los servicios técnicos especializados, como es el caso de estudios técnicos profesionales, informes sobre evaluaciones en general, entrenamiento y perfeccionamiento de personal, entre otras actividades.

Como regla general en ambos países, las licitaciones deberán seguir los principios de legalidad, de impersonalidad, de ética pública⁵⁰¹, de publicidad, de eficiencia⁵⁰², de igualdad,

⁴⁹⁸En este sentido: "O desafio consiste, precisamente, em desvelar formas e institutos juridicamente corretos de viabilizar que terceiros prestem serviço público ou forneçam bens ao Estado, mediante licitação, de sorte a substituir o fazer pelo comprar. Esta abordagem implica uma viagem aos canais da ordem econômica, na forma constitucional." SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág. 52.

⁴⁹⁹ El art. 37 XXI CF/88 determina: "Art. 37. (...) XXI CF/88. Ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusula que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

⁵⁰⁰Estando definidas las actividades que pueden ser subcontratadas por la Administración en el art. 6º II de la Ley 8.666: "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais". Igualmente es importante mencionar que: "Verdade que na mesma lei, encontra-se o inciso II, do artigo 57, que ao dispor do limite da duração dos contratos firmados com a administração por meio de processo licitatório faz menção, excepcionando a regra, "à prestação de serviços a serem executados de forma contínua" à administração. Mas, em primeiro lugar, referido dispositivo foi inserido na Lei em 1998, alterando inovação do texto legal realizada, em 1994, talvez no sentido de legitimar algumas práticas de terceirização já existentes no setor público, só que, evidentemente, não há legitimação de uma situação fática que contrarie a Constituição. Como a Constituição, como visto, determina que os serviços atinentes à dinâmica da administração sejam realizados por servidores concursados, não será uma lei ordinária que dirá, validamente, o contrário. Assim, adotando-se o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, o serviço contínuo, referido no inciso II, do art. 57, da Lei n. 8.666/93, só pode ser entendido como um serviço que se preste à administração, para atender uma necessidade cuja satisfação exija alta qualificação de caráter técnico, requerendo, portanto, por meio de processo licitatório, a contratação de uma empresa especializada e que, embora permanente sua execução, se inclua na lógica do contexto de sua dinâmica organizacional apenas esporadicamente, como, por exemplo: a manutenção de elevadores; o transporte de valores em vultuosa quantia... Para, além disso, ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade". SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Terceirização na administração pública – uma prática inconstitucional, en AA.VV., Doutrina Trabalhista, vol. 70, n. 11, Revista LTr. 70-11, São Paulo, 2004, pág. 1316.

⁵⁰¹En este sentido: "Pode se dar, no entanto, que inexistia cargo ou emprego criado na estrutura administrativa para execução de atividades não coincidentes com o núcleo exclusivo do Estado. Ou poderá mesmo ocorrer que, por decisão do legislador, tenha

de vinculación a los pliegos de la convocatoria, de evaluación objetiva y otros como, conforme a lo expresado por la Ley 9.784/99, el de la finalidad, la motivación, la razonabilidad y la proporcionalidad, de amplia defensa, de contradicción, de seguridad jurídica y de interés público.

Se dan casos asimismo en los que excepcionalmente la Administración Pública puede subcontratar sin necesidad de hacer una licitación, tanto en Brasil como em España: “Há, ainda, possibilidade legal de terceirizar serviços sem licitação, o que está autorizado pelo artigo 24; incisos VIII, XIII e XX, da Lei n. 8.666/93, onde se encontram previstas, respectivamente, as hipóteses de: a) contratação de pessoa jurídica de direito público interno integrante da Administração Pública que haja sido criada, antes da vigência da Lei n. 8.666/93, para o fim específico do objeto pretendido pela Administração, desde que o preço ofertado seja compatível com o de mercado (inciso VIII); b) contratação de instituição brasileira sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional. cujos estatutos façam previsão da dedicação à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, alternativamente, seu objetivo seja a recuperação social do preso (inciso XIII); c) contratação de associação sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade de portadores de deficiência física para prestação de serviços de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XX)”⁵⁰³.

En relación a las subcontrataciones en la Administración Pública Estatal, DF y municipal, en Brasil y en España deben someterse a las previsiones legales aprobadas para cada una de estas Administraciones. Si los entes públicos no tuvieran normas reguladoras de esta materia la contratación sería siempre irregular⁵⁰⁴. Por lo que se refiere a la licitación

havido a declaração de desnecessidade do cargo ou a sua extinção. Nessas hipóteses, poder-se-á cogitar da terceirização da atividade, desde que observados, dentre outros, os princípios de economicidade e moralidade. Economicidade porque não se poderá admitir que extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, sejam os seus ocupantes colocados em disponibilidade remunerada para contratação de terceiros, o que oneraria duplamente os cofres públicos. Moralidade porque não é admissível que a terceirização seja adotada como forma de favorecimento de interesses privados, burlando a impessoalidade que deve nortear os atos da Administração”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 135.

⁵⁰²Es válido citar que: “Atuando como limite à terceirização, a eficiência não pode ser alcançada tão-só pela contratação de agentes privados para execução de atividades públicas. Longe do mito privatístico de eficiência, a decisão terceirizante deve estar alicerçada em estudos sérios, evidenciadores de que a execução por particulares é a que melhor se coaduna com o interesse público. Nesse aspecto, muitas vezes a execução direta de dada atividade pela própria Administração não está presa a critérios imediatistas de obtenção de maior vantagem, envolvendo fatores como confiança no prestador do serviço ou proteção de outros valores socialmente relevantes (como o aumento do nível de emprego, por exemplo)”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 140.

⁵⁰³CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, *A terceirização das relações laborais*, LTr, São Paulo, 1996, 122.

⁵⁰⁴En relación al contrato de servicio por la Administración Pública, distinguiéndose del contrato de obra pública, son válidas las palabras de Diógenes Gasparini: “o acordo bilateral celebrado pela Administração Pública, ou por quem lhe faz as vezes, com um

pública⁵⁰⁵ en España, la capacidad jurídica para contratar por parte de la Administración está dispuesta, en general, en la Ley 30/1992, y en el TRLCAP, que otorgan tal prerrogativa a la “Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas, Administración Local, Organismos autónomos y demás entidades públicas con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (art. 1 TRLCAP)”⁵⁰⁶. Con respecto a la capacidad exigida a los contratistas adjudicados, debe mencionarse: “a) capacidad de obrar (art. 15.2 TRLCAP), b) solvencia económica y financiera (art. 16 TRLCAP), c) solvencia técnica y profesional (arts. 17, 18 y 19 TRLCAP). Las que acaban de citarse son unas exigencias generales que tendrán que respetarse junto a aquellas otras que se determinen para cada tipología contractual concreta. Por ende, para el contrato de obras en virtud al art. 17.d) de la Ley, el contratista deberá aportar una declaración en la que indicará los efectivos personales medios en cómputo anual de su empresa, conteniendo, en su caso, el grado de estabilidad en el empleo de los mismos, así como la importancia de sus equipos directivos durante los últimos tres años, exigencia que después se hace extensiva para el resto de los contratos administrativo”⁵⁰⁷.

certo particular, mediante o qual este lhe presta utilidade concreta de seu interesse." A distinção entre esse tipo de contrato e o contrato de obra pública reside no fato de que nele prepondera a atividade sobre o material empregado, podendo ser executada para serviços que não exigem habilitação especial e para serviços técnicos profissionais, que exigem habilitação legal para sua execução. É possível ao Estado delegar a execução de alguns serviços por autorização, permissão, concessão ou simples contratação. A autorização, a permissão e a concessão encerram um regime jurídico próprio do Direito Público por serem atos unilaterais, ao passo que na contratação, muito embora o Estado tenha prerrogativas consoante o Direito Administrativo, há também regras de Direito Privado, por tratar-se de ato plurilateral. Esta distinção permite concluir que a contratação de serviços pelo Poder Público ou por entidades por ele citadas é na verdade uma terceirização de serviços públicos, sendo o contrato administrativo o instrumental desta terceirização. A terceirização de serviços realizados pelo Estado pode ser definida como um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, sob um regime de Direito Administrativo, ficando o Estado concentrado apenas nas atividades próprias e de império, que são indelegáveis. Tal afirmação fundamenta-se, também, na legislação que disciplina a contratação de obras, bens e serviços. Assim se a lei regulamenta como contratar terceiros para, em nome do Estado executar certas atividades permitiu, em outras palavras, ao Estado valer-se de uma terceirização". GIOSA, Lívio Antônio, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 65. También es importante mencionar que: "Existe expressa previsão legal para esse tipo de prestação e está contida, no caso dos serviços comuns, no artigo 69, inciso II, da Lei n. 8.666/93 abrangendo, exemplificativamente, as atividades de demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. As atividades técnico-profissionais especializadas encontram-se previstas no artigo 13 da citada Lei n. 8.666/93 e versam sobre estudos técnicos, planejamento, projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias, avaliação em geral, assessoria ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obra ou serviços, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, restauração de obras de arte e bens de valor histórico". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, *A terceirização das relações laborais*, LTr, São Paulo, 1996, págs. 121-122.

⁵⁰⁵En regla general la selección de los contratistas es hecha a través de licitación pública para garantizar el principio de la igualdad y de la legalidad del derecho administrativo. En relación a la forma de licitación pública, y mayores explicaciones, es válido citar: "Esa larga evolución ha culminado con la nueva LCAP, que ha montado un sistema que combina los procedimientos (abierto y restringido) y las formas de adjudicación (subasta y concurso), combinación que puede dar lugar, por tanto, a cuatro modalidades diferentes". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Thomson Cívitas, Madrid, 2004, pág. 720.

⁵⁰⁶OLMO GASCÓN, Ana Marta, *Los derechos laborales del trabajo en contratos*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 196.

⁵⁰⁷OLMO GASCÓN, Ana Marta, *Los derechos laborales del trabajo en contratos*, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 196-197. En relación a la legislación administrativa de contratos en la Unión Europea, es importante mencionar que: "Por consiguiente, en materias de contratos públicos las legislaciones de los Estados miembros de la UE deben adaptarse a lo dispuesto en la legislación comunitaria europea. En primer lugar al Derecho originario, ya que los tratados contienen varios principios de directa aplicación a la contratación. Podemos señalar como los más relevantes contenidos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de

De todas maneras se encuentran imposibilitados de contratar con la Administración Pública: las contratistas que no estén al día con el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social, que hayan sido declaradas en quiebra; concurso de acreedores; insolvencia fallida; haber sido condenable por sentencia firme en algún delito contra la seguridad e higiene en el trabajo; o condenado o sancionado con carácter firme por delito o infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o también en materia de integración laboral de minusválidos; o muy grave en materia social de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, que trata sobre infracciones y sanciones en el orden social. Es decir, en otras palabras, el art. 20⁵⁰⁸ TRLCAP expresa que hay algunas prohibiciones – que van

1957: las libertades de circulación de mercancías (art.9 y ss.), la libertad de establecimiento (art. 52 y ss.), la libre prestación se concretan en el principio de igualdad, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. En segundo lugar, las legislaciones nacionales deben adaptarse al Derecho derivado, que en materia de contratos es bastante completo y que se ha instrumentado a través de Directivas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Las más relevantes son: Directivas 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que ha refundido las anteriores Directivas: la 92/50/CEE, sobre contratos de servicios públicos, la Directiva 93/36/CEE relativa a los contratos de suministros y la Directiva 93/37/CEE relativa a los contratos de obras; Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre, 92/13/CEE relativas a garantías de los contratistas y régimen de recursos en la adjudicación de contratos públicos de suministros de obras; Directiva 71/306/CEE, de 26 de julio 1971, creando el Comité Consultivo para los contratos de obras; Reglamento 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, sobre plazos, fechas y términos; Directiva 2004/17/CE, del Parlamento y del Consejo relativa a los contratos en los llamados “sectores excluidos”, es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones; Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre, por la que se modifican las Directivas de los diferentes contratos en materia de formularios en la publicación de los anuncios de contratos públicos. Por otra parte, es también aplicable en España el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el Acuerdo sobre compras del sector público (GATTI), el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, y los demás acuerdos o tratados internacionales que haya podido suscribir España con otros países y que hayan entrado en vigor”. COSCULLUELA MONTANER, Luis, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Thomson Cívitas, Navarra, 2006, pág. 405.

508 El art. 20 TRLCAP expresa: “Prohibiciones de contratar. En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a. Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo. b. Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso. c. Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración. d. Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social o en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales. e. Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal. Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales en los términos que respectivamente les sean aplicables. f. No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine. g. Haber incurrido en falsedad grave al facilitar a la Administración las declaraciones exigibles en cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de sus normas de desarrollo. h. Haber incumplido las obligaciones impuestas al empresario por los acuerdos de suspensión de las clasificaciones concedidas o de la declaración de inhabilitación para contratar con cualquiera de las Administraciones públicas. i. Si se trata de empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea, no hallarse inscritos, en su caso, en un Registro profesional o comercial en las condiciones previstas por la legislación del Estado donde esten establecidos. j.

más allá del art. 42 ET, en los casos de contratación con la Administración Pública, como es el de no estar en día con la Seguridad Social, entre otros ejemplos. En Brasil, para una persona jurídica contratar con la Administración Pública debe estar en situación regular, principalmente con la Seguridad Social, conforme el art. 195 CF/88.

Otras vías de contratación por la Administración Pública en Brasil son la concesión⁵⁰⁹ y también el permiso⁵¹⁰. La Ley 8.987/95 trata del régimen de concesión y permiso para la prestación de servicios públicos que regula el art. 175 CF/88⁵¹¹: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos do usuário; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

La concesión, según el art. 2º II de la Ley 8.987/95, es la forma de contratación a través de la delegación de su prestación, después de hecha la licitación por la Administración concedente, a una persona jurídica o a un consorcio de empresas que demuestre capacidad suficiente para el desempeño de la función, siendo por su propia cuenta, riesgos y concesión

Haber sido sancionado como consecuencia del correspondiente expediente administrativo en los términos previstos en el artículo 82 de la Ley General Presupuestaria y en el artículo 80 de la Ley General Tributaria. k. No hallarse debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo dispuesto en esta Ley o no acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional. l. Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo”.

⁵⁰⁹Es válido destacar que: “Concessão é o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração (...) A concessão de obra pública é um contrato administrativo em que a Administração transfere a outrem a execução da obra pública, o que será feito por sua conta e risco, com pagamento feito pelos benefícios da obra ou em função da exploração dos serviços ou utilidades proporcionadas pela obra”. PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização, Op.Cit., pág.137.

⁵¹⁰En este sentido: “A permissão é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público. O objeto da permissão, segundo o art. 175 da Constituição, é a execução de um serviço público ou a utilização privativa de um bem público, sendo esta última hipótese a permissão de uso. Será sempre feito por meio de licitação”. PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização, Op.Cit., pág.138.

⁵¹¹Al respecto: “Dentro do mesmo diapasão. a Lei n. 8.987, de 13.2.95, dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulamentando o disposto no art. 175 da Constituição Federal, pelo qual se encontra previsto incumbir ao Poder Público, na forma da lei, a prestação direta ou sob regime de concessão ou permissão de serviços públicos, sempre através de licitação. Objetivou a Lei n. 8.987/95, através dos regimes de concessão ou permissão, selecionar empresas para desenvolver serviços públicos de forma adequada visando ao pleno atendimento dos usuários, coroando, em definitivo, o programa governamental de privatização iniciado em 1994 e ora em andamento”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 120.

por período determinado. Es admisible la hipótesis de subconcesión, un contrato accesorio que se vincula al contrato de concesión, siguiendo los términos previstos en el contrato de éste. Incluso sus debidas limitaciones, y que esté expresamente permitido por el poder concedente. Por tanto es un contrato administrativo y no civil o mercantil.

La referida ley sigue reglamentando la subcontrata y es taxativa en el art. 25 §1º en que permite que la concesionaria contrate servicios de terceros, siendo su contrato regido por las normas de derecho privado, no existiendo ningún tipo de relación entre el trabajador subcontratado y el Poder Público. No existen exigencias de autorización por parte de la Administración Pública, en relación a la contratación de una empresa contratista por el concesionario, siendo éste completamente responsable de la subcontrata. Tampoco existe la exigencia de licitación, dado que se produce a cargo de la elección del concesionario. En el caso de que la subcontratación de la empresa contratista se haga sin el previo conocimiento de la Administración Pública, podrá imponerse una sanción consistente en el término de la concesión.

En este sentido ha de diferenciarse la subcontratación - sin olvidarse de que ésta es una de las formas de tercerización - de la concesión en Brasil: "A terceirização difere da concessão porque naquela, via de regra, transfere-se apenas a execução de atos materiais mas não a gestão do serviço, tal como ocorre na concessão, na qual o concessionário atua em seu próprio nome, por sua conta, risco e responsabilização. A concessão é prevista para serviços públicos que possam ser explorados comercial ou industrialmente, o que não ocorre no caso da saúde (prevista na "Ordem Social" e não na Ordem Econômica), desempenhada sem fins lucrativos (embora tal não seja constitucionalmente vedado)"⁵¹².

El permiso, a diferencia de la concesión, no es un contrato administrativo y sí un hecho administrativo. Puede ser unilateral, discrecional, precaria, gratuita u onerosa, y es así que la Administración Pública delega al sujeto privado la ejecución de un servicio público o la utilización de un bien público. Siendo este último un permiso de uso, y por tratarse de la Administración, es obligatoria la licitación para la autorización de servicios públicos o hecho

⁵¹²JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, Desestatização. Privatização, concessões e Terceirizações, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, págs. 207-208.

administrativo discrecional y unilateral, en que ocurra la delegación de explotación del servicio público, a título precario, del poder público al privado⁵¹³.

Otro punto importante en Brasil y en España es no confundir subcontrataciones con convenios. En las actividades administrativas los convenios representan una confluencia de esfuerzos para la realización de un objetivo común. Las partes del convenio tienen la misma finalidad, diferentemente de un contrato en el cual los intereses se diferencian, aunque en la práctica no siempre la distinción de un contrato y un convenio se percibe nítidamente. Lo que se debe percibir es que los convenios se basan en la confianza recíproca entre las partes, que desarrollen una relación de cooperación y acordada entre ambas de forma voluntaria.

La legislación española regula el contrato administrativo de obra (art. 120⁵¹⁴ TRLCAP), considerado por la mayor parte de la doctrina como el modelo básico de subcontratación con la Administración Pública, mencionando los supuestos en los que se pueden hacer tales contratos entre ésta y sus contratistas. No pudiendo ser, bajo ninguna circunstancia, con otra entidad pública, solo con una privada. Una cuestión que debe resaltarse es que todos los contratos han de presentar la documentación necesaria para dar cumplimiento a las normas y los métodos para garantizar la seguridad y salud laboral⁵¹⁵, tema que será mejor analizado a continuación.

La doctrina española diferencia la actividad comercial de la administración pública entre contratos de derecho privado - que engloba los convenios de colaboración y los contratos-programas - y contratos administrativos en sentido estricto. En relación con los contratos de

⁵¹³La subcontratación de los servicios a seguir son permitidos, y hechos a través de concesiones, permisiones o autorizaciones, los casos son del art. 21 XII CF/88 que expresa: "Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiofusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres".

⁵¹⁴ El art. 120 TRLCAP expresa: "Objeto del contrato. A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a. La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puentes, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. b. La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. c. La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores".

⁵¹⁵ Es importante mencionar que: "la liquidación del contrato y abono del precio tiene lugar de acuerdo a las obras realmente efectuadas (STS de 10 de julio de 2002, entre otras muchas), aunque haya modificaciones y éstas no hubieran seguido el procedimiento correcto, pues de lo contrario, existiría un enriquecimiento injusto de la Administración (SSTS, por todas, de 9 de octubre de 2000 y 14 de mayo de 2001)". BERMEJO VERA, José, Derecho Administrativo básico parte general, Thomson Cívitas, Navarra, 2005, pág. 286.

Derecho privado, son, según el art. 5.3⁵¹⁶ TRLCAP, que los menciona: compra-venta, donación, permuta, arrendamientos, etc⁵¹⁷. Los convenios de colaboración y los contratos-programa, conforme se dispone en los arts. 3.1.d) TRLCAP y 68 de la Ley General Presupuestaria de 2003, son considerados una técnica de gestión pero no como un proceso de descentralización de la propia actividad de la Administración Pública. Se diferencian de los demás contratos en que son figuras sin correspondencia en el Derecho común, una vez que, como explica Nores Torres, no se supone una colaboración patrimonial entre partes. Lo que significa, en otras palabras, un fenómeno económico de intercambio.

Se divide el contrato administrativo en sentido estricto en cuatro figuras, conforme al art. 5.2⁵¹⁸ TRLCAP: el primero es el contrato de ejecución de obra, que puede tener por objeto, según dicha ley, la construcción de bienes inmuebles, como por ejemplo carreteras, ferrocarriles, canales, aeropuertos, presas, etc. O también trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo, como es el caso de dragados, sondeos, etc. Lo que sí está claro es que es un ejemplo de arrendamiento de obra debido a su característica de un hacer específico y no una contrata.

El segundo es el contrato de gestión de servicios públicos, contemplado en el art. 156⁵¹⁹ TRLCAP. Dispone de cuatro tipos: concesión, cuando el empresario gestiona el servicio a

⁵¹⁶ El art. 5.3 TRLCAP afirma: “Carácter administrativo y privado de los contratos. (...)3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.

⁵¹⁷ Es válido mencionar en este sentido: “En el caso de los contratos de derecho privado, la afirmación resulta fácilmente demostrable, si se atiende a la definición que de los mismos proporciona el artículo 5.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), como todos aquellos contratos que no estén considerados como administrativos por el artículo 5.2 del mismo cuerpo legal y, de modo particular, los de compraventa, donación, permuta, arrendamientos y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, seguros, bancarios, inversiones, creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos; en definitiva, se trata de figuras que no tienen por objeto un hacer específico, requisito básico de la «contrata» según ya se ha señalado (supra, II, 14)”. NORRES TORRES, Luis Enrique, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 54.

⁵¹⁸ El art. 5.2 TRLCAP determina: “Carácter administrativo y privado de los contratos. (...) 2. Son contratos administrativos: a. Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. b. Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”.

⁵¹⁹ El art. 156 TRLCAP expresa: “Modalidades de la contratación. La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: a. Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y

su propio riesgo; gestión interesada, por el que tanto la administración pública cuanto la empresa comparten los resultados de la explotación del servicio realizado; concierto, de conformidad con el cual la prestación de servicios se encarga a una persona física o jurídica que ya venía realizando servicios de la misma especie anteriormente, como por ejemplo en cuestiones educativas o sanitarias; sociedad de economía mixta, que objetiva la constitución de una sociedad en la que la administración participa con otras empresas, personas jurídicas o físicas. En las tres primeras se da una realización de hacer que se puede ajustar al negocio jurídico de las contrataciones según una parte de la doctrina, siempre que tal servicio pertenezca a la propia actividad de la administración pública en cuestión; incluso la sociedad de economía mixta puede ser remitida, dependiendo si cumple las características, a las previsiones del art. 42 ET.

El tercero es el contrato de suministro, que se encuentra en el art. 171⁵²⁰ TRLCAP, y que tiene como objetivo la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento con o sin opción de compra y adquisición de productos o bienes muebles, exceptuando las propiedades incorpóreas y los valores negociables. Este contrato no encaja en el presupuesto exigido por el art. 42 ET, pues el suministro se basa en un contrato de dar, aunque siempre que se pueda caracterizar como un contrato de hacer podrá también ser tipificado como una subcontrata, como sería el caso de que el poder público ponga los materiales para la realización de la obra suministrada y la empresa privada siga las directrices de la administración de cómo deberá ser hecha tal obra.

Finalmente, también son contratos administrativos en sentido estricto: el contrato de consultoría y asistencia y los contratos de servicios (art. 196⁵²¹ TRLCAP). Se define el primero

ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 232 de esta Ley. b. Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participaren en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c. Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d. Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

⁵²⁰ El art. 171 TRLCAP determina: “A los efectos de esta Ley, se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso”.

⁵²¹ El art. 196 TRLCAP especifica: “Concepto. 1. Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios que celebre la Administración se regirán por la presente Ley. 2. Son contratos de consultoría y asistencia aquéllos que tengan por objeto: a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: - Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. - Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. - Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. - Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que

como el contrato que tiene como objeto el estudio y la elaboración de informes, estudios, planes, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones, etc. Diferentemente, los contratos de servicios tienen un objeto de carácter técnico, económico, industrial, etc., así como de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, entre otra infinidad de ejemplos, lo que conlleva la aplicación del art. 42 ET en el caso de que se cumpla con el requisito de la propia actividad por parte de la Administración Pública.

Resulta importante estudiar más los contratos que presentan una estructura similar a las contratas, como es el caso del contrato de ejecución de obra por empresa. En este sentido se debe hablar del contrato de transporte, una de las modalidades del contrato de ejecución de obra por empresa, el cual también puede ser considerado subcontratación en los casos en que cumpla los requisitos del art. 42 ET. Análogamente se puede mencionar el contrato de engineering, pues una empresa se compromete a la ejecución de un proyecto de ingeniería para otro, abarcando la planificación de proyectos hasta la realización del proyecto, en el cual parte de la doctrina lo considera, desde que cumpla los requisitos del art. 42 ET, como un caso de contratas.

En relación con la cesión como contrato administrativo, que se encuentra contemplada en la legislación española en el art. 114⁵²² TRLCAP, se prevé que el nuevo cesionario es el

también predominen las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas. 3. Son contratos de servicios aquéllos en los que la realización de su objeto sea: a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros títulos de este libro. -112- b) Complementario para el funcionamiento de la Administración. c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma. e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos. f) De gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas. No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal, salvo el supuesto expresado en la letra e) y sólo cuando se precise la puesta a disposición de la Administración de personal con carácter eventual. En tal supuesto, vencido el plazo a que se refiere el artículo 198.3, no podrá producirse la consolidación como personal de las Administraciones Públicas de las personas que procedentes de las citadas empresas realicen los trabajos que constituyan el objeto del contrato, sin que sea de aplicación, a tal efecto, lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. 4. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

⁵²² El art. 114 TRLCAP expresa: “Cesión de los contratos. 1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. 2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos: a. Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión. b. Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos. c. Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente. d. Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública. 3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente. 4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incurso en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”.

titular de los derechos y el responsable de las obligaciones correspondientes - incluso las obligaciones laborales – respecto del cedente. La doctrina española crítica tal supuesto, aunque autores como Olmo Gascón están de acuerdo con que “el contratista deberá abonar a los subcontratistas y suministradores el precio pactado, en unos plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos para el pago entre Administración y contratista. El hecho de que se establezcan unos plazos idénticos para retribuir las prestaciones, sin posibilidad de alargar los mismos, sin diferenciar si las relaciones se establecen entre Administración-contratista o entre contratista-subcontratista, es una buena garantía de la credibilidad económica de las empresas que subcontraten y por otro lado, proporciona a las subcontratistas una solvencia económica más estable”⁵²³.

La Administración Pública en España puede suscribir un contrato de mano de obra con una contratista para la construcción de bienes inmuebles para satisfacer un interés o necesidad general, o reformas, conservación, demolición, etc., siempre a cambio de un precio. Por su parte, el contrato de resultado es definido por la fecha estipulada, la contratista se queda a cargo de la ejecución de la obra y asume los riesgos de la actividad. No teniendo derecho a indemnización en casual avería hecha en el material utilizado, salvo en casos de fuerza mayor, conforme expresa el art. 98⁵²⁴ y 144⁵²⁵ TRLCAP. En Brasil, la alteración de cláusulas contractuales es posible, de acuerdo con la ley de las concesiones, desde que mantenido el equilibrio económico-financiero del contrato. En los contratos en general, de acuerdo con la Ley 8.666/93, la Administración Pública puede añadir o disminuir el objeto en hasta 25%, mantenidas las condiciones. Al tratarse de contrato de restauración, reparo, etc., en edificio ya existente, la alteración puede llegar a 50%.

Conforme al art. 152.3⁵²⁶ TRLCAP, las obras públicas también pueden ser ejecutadas por la propia Administración, que puede también utilizar la colaboración de empresas

⁵²³OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo em contratas, Editorial Comares, Granada, 2002.

⁵²⁴ El art. 98 TRLCAP determina: “Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144”.

⁵²⁵ El art. 144 TRLCAP expresa: “Fuerza mayor. 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a. Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b. Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c. Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”.

⁵²⁶ El art. 152.3 TRLCAP menciona: “Supuestos. (...)3. Cuando la ejecución de las obras se efectúe mediante contratos de colaboración con empresarios particulares, estos contratos tendrán carácter administrativo, pero no constituirán contrato de obras, ya que la ejecución de las mismas estará a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos y formas de adjudicación establecidos en los artículos 73 y 74 de esta Ley”.

contratistas, a través de un contrato administrativo de colaboración. La responsabilidad recae sobre la Administración Pública mientras que la contratista tiene un carácter secundario o subordinado. La Administración tendrá la titularidad del servicio y supervisión de la empresa contratista. También puede recurrir no solamente para gestionar indirectamente los servicios públicos, sino para atender sus propias necesidades de funcionamiento. En estos casos podrían utilizarse los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios, conforme se encuentra estipulado en el art. 196.2 TRLCAP.

La subcontratación, como ya se ha mencionado, es más utilizada en la Administración Pública en España a través de contratos de obras, concesión o por colaboración, dado que son los que más hay similitudes con las contrataciones. Siendo así, en estos tres supuestos puede ser aplicado el art. 42 ET. En los casos de utilización de subcontratación en la propia actividad de la Administración Pública no hay mayores controversias, puesto que el Derecho Administrativo ha dejado fuera de esta reglamentación los contratos que tengan como finalidad ejecutar obras que no sean de utilidad pública, que se sujetarán al derecho privado. En caso contrario, es válido citar a Castro Arguelles: “En efecto respecto de algunos supuestos concretos de conciertos (conciertos educativos) la normativa reguladora prevé que la Administración asuma el pago de los salarios de los trabajadores de la empresa contratista, dando paso a una cierta cogestión del servicio público en cuestión por parte de la Administración y la Empresa. Esta cogestión lleva a la Administración a asumir obligaciones de carácter laboral que exceden claramente de las reglas del art. 42 ET. En concreto, aunque la Administración en ningún momento adquiere la condición de empresario, responde del pago directo de los salarios”⁵²⁷.

Es decir, tanto la empresa educativa cuanto la Administración serán responsables solidariamente por los derechos salariales de los trabajadores de la contratista; siendo que la Administración queda limitada a la cuantía definida por las Leyes de Presupuestos; así que la cuantía estipulada puede ser alterada por las partes en una negociación colectiva, pero no sobrepasar el límite estipulado por ley. Del excedente, obviamente, se encargará la contratista.

⁵²⁷ Y sigue explicando la autora: “El abono de esos salarios se realiza en nombre de la Empresa y como pago delegado, pero es la propia Administración la que interviene en la determinación de su cuantía, conviene con los sindicatos y la patronal el alcance de sus responsabilidades frente a los trabajadores, cumple todas las obligaciones que con respecto a terceros conlleva la responsabilidad empresarial del abono de salarios y los satisface a su cargo, mientras la empresa en este aspecto es mero auxiliar de la Administración pues sus obligaciones quedan reducidas a facilitar la documentación precisa y su responsabilidad la circunscribe la Ley a esta obligación. Las obligaciones que asume la Administración en este sentido se mantienen sólo mientras dure el concierto”. CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 214.

También se discute la aplicación del art. 42 ET en los casos de las sociedades mixtas, visto que una parte pertenece a la Administración Pública y la otra a un ente privado. Pero en los casos que se utilicen las subcontrataciones deberá ser aplicado el art. 42 ET. En Brasil, una sociedad de economía mixta puede efectuar una subcontratación, como es el caso de la Petrobrás, acordándose de que no sea en la propia actividad de la empresa. Otro tema de discusión es si se debe aplicar el art. 42 ET en los casos de contratos de consultoría y asistencia o de servicios. Serán tipificados como tal los casos en que la contratista subcontrate en una actividad que sea coincidente a la propia actividad de la Administración Pública. Si no coincide expresamente la actividad de la contratista con la propia actividad de la Administración Pública, no significa que esté completamente exonerada de responsabilidades. Hay una protección laboral, de la Seguridad Social y en ámbito de seguridad y salud en el trabajo para esos casos; que es la responsabilidad subsidiaria por parte de la Administración Pública.

Es igual de importante mencionar los arts. 115⁵²⁸ y 116⁵²⁹ TRLCAP, que son aplicados generalmente en los casos de subcontratación, con excepción de las reglas aplicadas por el art.

528 El art. 115 TRLCAP afirma: "Subcontratación. 1. Salvo que el contrato disponga lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario, podrá éste concertar con terceros la realización parcial del mismo. 2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: a. Que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista. No obstante, para los contratos de carácter secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación. b. Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 % del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50 % del importe de adjudicación. c. Que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 99.4 para las relaciones entre Administración y contratista. 3. Los subcontratistas quedaren obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. 4. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20, con excepción de su letra k, de la presente Ley o que esten incurso en la suspensión de clasificaciones".

529 El art. 116 TRLCAP menciona: "Pagos a subcontratistas y suministradores. La celebración de subcontratos y de contratos de suministros derivados de un contrato administrativo deberá cumplir los siguientes requisitos: 1. El contratista se obligará a abonar a los subcontratistas o suministradores, el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación. 2. Los plazos fijados serán determinados desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del periodo a que corresponda. 3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días, desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. 4. Salvo lo que se dispone en el siguiente apartado 5, el contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con el artículo 4 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la misma Ley. 5. Cuando el plazo de pago se convenga más allá de sesenta días, dicho pago se instrumentará mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria; y cuando el plazo de pago supere los ciento veinte días, podrá además exigirse por el subcontratista o suministrador que dicho pago se garantice mediante aval. Los subcontratos y los contratos de suministros a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada. Los subcontratos y los contratos de suministros a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada".

170⁵³⁰ TRLCAP. Éste trata de los contratos de gestión indirecta de servicios, los cuales permiten la subcontratación de parcelas de la gestión de servicios públicos, las que sean de actividades accesorias. Lo que sí sucede es que la empresa subcontratada tendrá relación con la contratista y no con la Administración Pública. Es decir, según la ley no hay ningún tipo de relación entre ambos. Inclusive la Administración puede oponerse a la hora de la celebración del contrato entre la contratista y la subcontratista. A pesar de todo eso, el entendimiento mayoritario es que, aun así, la Administración tiene responsabilidades hacia el incumplimiento de los derechos salariales y de la Seguridad Social de los trabajadores de la empresa subcontratista. Como también con las deudas contraídas por los subcontratistas con ocasión de la subcontrata, supuesto previsto en el art. 42 ET, ya que prevé un encadenamiento de responsabilidades que implica al empresario principal, que en este caso sería la Administración Pública.

Para finalizar es importante citar algunos otros asuntos en España. La facultad que tiene la Administración, siempre que sea para el bien e interés público, de interpretar y resolver unilateralmente las dudas que genere el contenido y el cumplimiento de un contrato. Como también el poder de modificar los contratos cuando sea necesario, y siempre siguiendo los requisitos fijados por la Ley, siendo válido para ambos países. Pero que en Brasil la modificación unilateral de las cláusulas contractuales solo es posible en contratos de trato sucesivo, de larga duración, como las concesiones, comunes o PPP's (cooperaciones público-privadas); en las permisiones. Las alteraciones pueden ser, inclusive, sin culpa del contratado, para atender al interés público, desde que mantenido el equilibrio económico-financiero del ajuste.

Otra prerrogativa que tiene la Administración es el poder de dirección y control, por el que da órdenes e instrucciones a la contratista so pena de sanción por parte de ella misma, conforme se encuentra dispuesto en el TRLCAP. Igualmente también la ejecutividad de los acuerdos de los órganos de contratación y el poder de anular el contrato en el caso de que haya sido celebrado indebidamente. También se considera como una prerrogativa establecer el equilibrio económico para el interés público, poniendo tarifas o lo que haga falta por motivos excepcionales en los contratos de obras públicas. Y por último, la atribución al orden

⁵³⁰ El art. 170 TRLCAP expresa: "De la subcontratación. En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias".

jurisdiccional contencioso-administrativo del conocimiento de cuestiones litigiosas debidas a alguna interpretación o modificación de los contratos administrativos. En Brasil, la Administración Pública no necesita valerse de terceros para imponer sanciones. Pero debe realizar procedimiento administrativo, asegurando amplia defensa al acusado. La única punición que la Administración Pública depende del Poder Judicial es la imposición de multa, caso el administrado no la pague voluntariamente. La Administración Pública tiene el poder-dever de anular el contrato, en los casos de ilegalidad. La jurisdicción en Brasil es unitaria. Los conflictos serán arreglados en la justicia ordinaria federal o estadual.

5.3.2.1 Subcontratación con cooperativas por parte de la Administración Pública

“La administración es el arte de aplicar las leyes sin lesionar los intereses.”

Honoré de Balzac

En este punto se analiza principalmente la legislación brasileña, dado que hay más supuestos de subcontratación de cooperativas – como ya fue estudiado anteriormente – en Brasil que en España, y, obviamente, se incluye la Administración Pública en el caso. Para empezar, en lo que se refiere a la contratación de servicios continuados por medio de cooperativas por la Unión, el Ministério Público del Trabajo, la Unión y la Justicia del Trabajo, a través del termo de conciliación judicial homologado por la 20ª Vara del Trabajo, trata de estos casos, especificando las hipótesis en las que tampoco pueden ser subcontratadas las cooperativas: “Cláusula Primeira - A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles: a) Serviços de limpeza; b) Serviços de conservação; c) Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) Serviços de recepção; e) Serviços de copeiragem; f) Serviços de reprografia; g) Serviços de telefonia; h) Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos,

de veículos e de instalações; i) Serviços de secretariado e secretariado executivo; j) Serviços de auxiliar de escritório; k) Serviços de auxiliar administrativo; l) Serviços de office boy (contínuo); m) Serviços de digitação; n) Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; p) Serviços de ascensorista; q) Serviços de enfermagem; e r) Serviços de agentes comunitários de saúde”⁵³¹.

En relación a la subcontratación de cooperativas por la Administración Pública, tanto en Brasil, como en España, ha de ser hecha de forma cautelosa para que no haya mayores riesgos para las entidades públicas⁵³². Prevalece en la opinión de la doctrina que no es posible distanciarse de los procedimientos licitatorios, aunque también una gran parte de la doctrina exprese la necesidad de procedimientos especiales para igualar las propuestas, o simplemente garantizar la obtención del menor precio para la Administración. En este caso sería el

⁵³¹En este sentido: “A Administração Pública, ao contratar os serviços relacionados na cláusula primeira, deverá mencionar no edital o referido termo ou anexá-lo, esclarecendo que somente os serviços podem ser terceirizados, ficando vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza. Após o acordo firmado, o TCU se pronunciou sobre o assunto na forma do Acórdão n° 1.590/04 TCU, Plenário, DOU de 25 de outubro de 2004, onde o mesmo remete ao Acórdão n° 1.815/03, TCU, Plenário, sendo transcrito partes dos mesmos. Acórdão n° 1.590/2004 - (...) A título de ilustração, transcreveremos alguns trechos dos mencionados Voto e Acórdão: “A par desses fatos, deve ser considerada na discussão a existência de termo de conciliação judicial homologado pelo Juiz do Trabalho Substituto da 20ª Vara do Trabalho do Distrito Federal. Por meio desse acordo, a União comprometeu-se a não contratar cooperativa de mão-de-obra, quando o labor, por sua própria natureza, demandar trabalho subordinado, em relação ao tomador ou em relação ao prestador de serviço. Nessa linha, a Cláusula Primeira definiu um rol de atividades que não seriam passíveis de serem executadas por cooperativas (...) Diante desse novo quadro, não pode o Tribunal ignorar a jurisprudência trabalhista. Tampouco pode impedir órgão ou entidade da Administração Federal a descumprir o termo de conciliação celebrado, que possui força de decisão judicial e cuja desconstituição depende de ação rescisória”. “Acórdão n° 1.815/2003 TCU-PLENÁRIO (...) 9.3.1. nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados, nos seguintes moldes: 9.3.1.1. se, pela natureza da atividade ou pelo modo como é atualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados; 9.3.1.2. se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem como a pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que se trate de atividade fim da contratante; (...) 9.5. conceder a este Acórdão caráter normativo”. PEREIRA VIEIRA, Antonieta; PEREIRA VIEIRA, Henrique; ROCHA FURTADO, Madeline & ROCHA FURTADO, Monique Rafaella, Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática, Fórum, Belo Horizonte, 2006, págs. 128-130.

⁵³²Al respecto es válido citar casos en que la Administración Pública brasileña ha sido condenada a pagos debido a la subcontratación: “TST - Município de Manaus vai responder por verbas de merendeira de cooperativa. O Município de Manaus (AM) foi responsabilizado subsidiariamente pelas verbas trabalhistas de uma empregada da Cootrasg Cooperativa de Trabalho e Serviços em Geral Ltda., contratada para fornecer mão de obra à área de educação da administração municipal. O recurso do município foi desprovido na Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ficando mantida assim a decisão que considerou fraudulento o negócio entre a prefeitura e a cooperativa. Em decisão anterior, o Tribunal Regional da 11ª Região (AM/RR) noticiou que o município contratou irregularmente a cooperativa para oferecer mão de obra necessária à sua atividade fim. Isso evidenciou, para o Regional, a ocorrência de fraude à legislação trabalhista, na medida em que a cooperativa foi constituída exatamente para esse fim, “intermediando a obtenção de trabalhadores não só para a área da educação, mas também para várias outras, pelo que se tem notícia através de outros processos da mesma natureza”. Com o recurso destinado ao exame da instância superior trancado no TRT, o município interpôs agravo de instrumento, com vistas ao seu destrancamento e consequente julgamento, mas também não obteve êxito. Segundo o relator que o analisou na Terceira Turma, ministro Horácio Senna Pires, o município deve mesmo ser responsabilizado pelas verbas da trabalhadora, uma vez que o acórdão regional comprovou que ele agiu de forma fraudulenta, com desrespeito aos princípios fixados no caput do artigo 37 da Constituição e, por conseguinte, à Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações). Quanto à alegação municipal de que o contrato com a cooperativa foi realizado nos estritos ditames legais, o relator destacou que isto se trata de “caráter fático, insuscetível de apreciação nesta instância recursal, a teor da Súmula 126 do TST”. A empregada trabalhou para a Secretaria Municipal de Educação/Semed de Manaus, mediante contrato de trabalho com a Cootrasg, no período de 1997 a 2006, quando foi demitida sem justa causa e sem receber devidamente as verbas trabalhistas. Ela era merendeira. A decisão foi por unanimidade. Processo: AIRR-142140-33.2008.5.11.0006. Publicado em 16 de Junho de 2011 às 10h29”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

incremento del 15% a los precios propuestos por las cooperativas debido a las contribuciones de la seguridad social incidentes conforme se encuentra en el art. 22, IV Ley 8.212/91. Por otro lado, el Ministerio Público del Trabajo firmó un acuerdo en un acto de conciliación judicial con la Unión, a través de la AGU – Advocacia Geral da União, en el cual determinaba que las entidades públicas no podrían contratar con cooperativas para los servicios por demandaren subordinación no compatible con la naturaleza de las verdaderas cooperativas. La jurisprudencia también es diversa en los tribunales aunque la tendencia es seguir la fundamentación defendida por el Ministerio Público del Trabajo⁵³³.

Existen muchas controversias en Brasil acerca del tema de la subcontratación de cooperativas por la Administración Pública, en general existen tres corrientes doctrinales distintas: la primera defiende la participación libre de las cooperativas de trabajo en las licitaciones, sin que se considere necesario ninguna documentación específica o medidas para igualar las propuestas. Basándose en que obedeciendo a los requisitos de la licitación, no hay razón para no dejar que la cooperativa no participara en ello, una vez que sería una conculcación del principio de igualdad de oportunidades. Varios autores defienden esta teoría, como Copola, Barbosa Rigolim, Lopes Becho, entre otros.

La segunda expresa la incompatibilidad de la naturaleza de las cooperativas con las licitaciones públicas, debiendo, por lo tanto, estar prohibida la participación en el proceso de licitación. La fundamentación doctrinal (Carelli, Santos Morais e Viana Filho) se basa en que no es posible la contratación de cooperativas para prestar servicios, que presuponen que la subordinación es clave para su descaracterización, una vez que la mayoría de los servicios prestados a la Administración Pública son de carácter continuo. La tercera sería un término medio, conforme explican Jessé Torres, Rocha Nóbrega, Sidney Bittencourt, admitiéndose la participación de las cooperativas pero estableciendo condiciones especiales para su aceptación en el proceso licitatorio⁵³⁴.

⁵³³ En este sentido Hollanda Costa Lima advierte a los administradores públicos vinculados al gobierno federal que estos deben seguir la posición en el término de conciliación judicial. Aunque haya varios posicionamientos adversos, evaluando siempre el objetivo de la subcontratación y si hay necesidad de subordinación de los profesionales en el desempeño de las actividades correlatas. Mientras que a los demás administradores, de otras esferas públicas, deberán decidir a qué corriente irán afiliarse, llevando siempre en cuenta el posicionamiento de las Cortes de Cuentas a cual estén sometidos. De igual manera verificar la existencia de término de conciliación similar a aquellos firmado en la esfera federal dependiendo de la polémica que involucre la materia ora analizada.

⁵³⁴ Es válido citar que: “Há a corrente, então, que admite plenamente a participação de cooperativas nas licitações públicas, mas entende que é necessário um procedimento especial em relação a elas, subdividindo-se, nesse ponto, os posicionamentos em três situações distintas: a) deve-se exigir documentação especial referente à habilitação jurídica (art. 28 da Lei nº 8.666/93), de modo que seja demonstrada, ao menos formalmente, a constituição regular da cooperativa em consonância com suas características básicas definidas na Lei nº 5.764/71; b) deve ser feita uma equalização das propostas, por analogia à situação prevista no art. 42, §4º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista privilegiar a isonomia entre as licitantes; c) a proposta de cooperativa deve ser acrescida,

El Ministerio Público del Trabajo en Brasil trabaja combatiendo el uso de las falsas cooperativas de trabajo asociado y a favor de mejor calidad de subcontratación en Brasil, como puede ser percibido en numerosos “inquéritos civiles” y en acciones civiles públicas acerca del tema. Pensando en esta problemática fue editado un acuerdo de conciliación judicial entre la Unión, en junio de 2003 (Acción Civil Pública n. 01082-2002-020-10-00-0 – 20º Vara do Trabalho/Distrito Federal), la Advocacia-Geral y el Ministerio Público del Trabajo. Con el objetivo de reducir la contratación de cooperativas por los órganos públicos federales, como se puede percibir en una parte de la transcripción del término referido: “(...) aquela associação cuja atividade seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou varias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre os seus associados), que não detenham qualquer meio de produção e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva) pelos seus associados”.

Igualmente este acuerdo ha originado una lista de servicios, pudiendo ser ampliada en el caso de que haya un nuevo acuerdo entre las partes, en la que se considera que tales actividades demandan una subordinación de los agentes al contratista, y en este caso a la cooperativa. En otras palabras, la Administración no deberá contratar trabajadores a través de las cooperativas para la prestación de servicios relacionados a su propia actividad o actividades auxiliares, cuando el trabajo, por su propia naturaleza, demande ejecución en estado de subordinación entre el trabajador y la contratante, como son los casos: servicio de limpieza, de conservación, seguridad, vigilancia y conserjería, recepción, de reprografía, telefonía, mantenimiento de edificios, de equipamientos, de vehículos de instalaciones, de secretariado y secretariado ejecutivo, de auxiliar de oficina, de auxiliar administrativo, digitación, de conductor, enfermería, entre otros.

Este acuerdo también trata de la sanción al órgano público y al agente que hizo el contrato sin la observancia de las reglas del propio término, obligando a la Unión al pago de una multa de mil reales (R\$ 1.000,00) por trabajador que esté en desacuerdo con las condiciones establecidas en el mismo, siendo tal cantidad revertida al FAT. Inclusive es conveniente citar la cláusula primera y la cuarta. La primera afirma que la Administración Pública no podrá subcontratar por medio de cooperativas para las actividades relacionadas

para efeito único de julgamento, de 15% em face da contribuição previdenciária diferenciada prevista na Lei nº 8.212/91”. HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 84.

con la propia actividad de la empresa o las actividades auxiliares en los casos que el labor, debido a su propia naturaleza, demandar ejecución en estado de subordinación pudiendo ser tanto en relación al contratante como a la contratista, constituyendo elemento esencial al desarrollo y a la prestación de los servicios subcontratados⁵³⁵. La cláusula cuarta expresa que el Gobierno Federal se obliga al pago de una multa por trabajador que esté en desacuerdo con las condiciones establecidas en el término de conciliación, siendo tal valor pecuniario revertido al FAT⁵³⁶.

La Asociación Nacional de los Fiscales del Trabajo – ANPT pide un análisis más rápido del Proyecto-Ley 7.009/2006 en tramitación en el Congreso Nacional que objetiva reducir la proliferación de las pseudo-cooperativas. Este proyecto trata de sancionar con una multa de mil ciento trece reales (R\$ 1.113,00) por trabajador, siendo el doble en los casos de reincidencia a casos que las cooperativas que ofrezcan mano de obra subordinada. Igualmente existiría otra sanción relativa a los casos de tentativas de burlar las leyes laborales, siendo entonces reconocido el vínculo entre la contratante y el trabajador subcontratado. Y la gran novedad pues todavía no existe una previsión legal, que la cooperativa pueda ser responsabilizada solidariamente en determinados casos.

En España también se han dictado sentencias que tratan de cooperativas falsas usadas por la Administración Pública. Se considera que una cooperativa es independiente cuando tiene capacidad de organización productiva general, asume el riesgo de la actividad productiva, y no solamente suministra mano de obra, y ejerce el poder de dirección. Si esto no sucede, se

⁵³⁵En este sentido: “Cláusula Primeira - a União abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles: a) Serviços de limpeza; b) Serviços de conservação; c) Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) Serviços de recepção; e) Serviços de copeiragem; f) Serviços de reprografia; g) Serviços de telefonia; h) Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; i) Serviços de secretariado e secretariado executivo; j) Serviços de auxiliar de escritório; k) Serviços de auxiliar administrativo; l) Serviços de office boy (contínuo); m) Serviços de digitação; n) Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; p) Serviços de ascensorista; q) Serviços de enfermagem; e r) Serviços de agentes comunitários de saúde. Parágrafo Primeiro - O disposto nesta Cláusula não autoriza outras formas de terceirização sem previsão legal. Parágrafo Segundo - As partes podem, a qualquer momento, mediante comunicação e acordos prévios, ampliar o rol de serviços elencados no caput”. HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, págs. 88-89.

⁵³⁶Es válido citar que: “Cláusula Quarta - a União obriga-se ao pagamento de multa (astreinte) correspondente a R\$1.000,00 (um mil reais) por trabalhador que esteja em desacordo com as condições estabelecidas no presente Termo de Conciliação, sendo a mesma reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Parágrafo Primeiro - O servidor público que, em nome da Administração, firmar o contrato de prestação de serviços nas atividades relacionadas nas alíneas "a" a "r" da Cláusula Primeira, será responsável solidário por qualquer contratação irregular, respondendo pela multa prevista no caput, sem prejuízo das demais cominações legais. Parágrafo Segundo - Em caso de notícia de descumprimento dos termos firmados neste ajuste, a União, depois de intimada, terá prazo de 20 (vinte) dias para apresentar sua justificativa perante o Ministério Público do Trabalho”. HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, págs. 89-90.

entiende que en el fondo quien controla es la Administración Pública como empresa contratante.

La cuestión es que en España, de forma similar a Brasil, no se puede penalizar con las previsiones del art. 43 ET puesto que no se puede considerar el trabajador contratista como un servidor público, conforme se indica en la SSTSJ de Andalucía/Málaga de 23 de noviembre de 2001 (Jur. 2002, 108684), 19 de abril de 2002 (Rec. 1674/2001) y 6 de septiembre de 2002 (As. 3970), en casos de cooperativas constituidas para realizar servicios de vigilancia para la Ciudad Autónoma de Melilla, en cuyo ámbito organizativo, rector y disciplinario acabaron trabajando los socios trabajadores, bajo la apariencia de una contrata, por lo que entendió que hubo fraude de ley y abuso del derecho. También en la STSJ País Vasco de 16 de septiembre de 2003 (As. 3040) se insiste al respecto en un supuesto relativo a servicios de guardería que prestaba inicialmente de manera directa el Ayuntamiento, cuyo servicio exteriorizó mediante la constitución de una Sociedad Cooperativa constituida por las trabajadoras, que hasta ese momento lo habían venido prestando.

Para finalizar conviene importante mencionar que la Corte Especial del STJ de Brasil dictó una decisión acerca del Agravo Regimental⁵³⁷ en Suspensión de Seguridad que confirma la relevancia del término arriba expuesto, mientras que el STF todavía no ha manifestado una conclusión sobre este tema. De esta manera es de crucial importancia prestar atención a la legislación y las decisiones de los tribunales para saber hacer una correcta subcontratación con la Administración Pública. Por eso es conveniente – no solo con la Administración, sino en carácter general – analizar los casos de implantación y cautelas para un adecuado uso de la subcontratación, como se verá a continuación.

⁵³⁷En este sentido: "Agravo Regimental - Suspensão liminar em mandado segurança - Deferimento - Cooperativa de mão-de-obra - Licitação - Termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia-Geral da União - Grave lesão à ordem e à economia públicas configuradas. 1. Na contratação de empresa comercial fornecedora de mão-de-obra pode a administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço, exigindo, a cada liberação do pagamento pelos serviços contratados, a apresentação do comprovante de quitação da empresa para com as obrigações trabalhistas e previdenciárias de seus empregados, precaução impossível de ser tomada em se tratando de cooperativa, pois, nesse caso, não há reconhecimento prévio de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa que a obrigue ao pagamento de tais verbas. Ameaça de lesão à economia pública decorrente da possibilidade de, em contratando mão-de-obra cooperativada, vir a administração a ser condenada, em ação trabalhista, a pagar duas vezes por um mesmo serviço prestado, por não haver meios de acautelarem-se preventivamente. 2. Não é a via excepcional da suspensão de liminar em mandado de segurança o meio processual adequado ao exame da constitucionalidade de termo de compromisso firmado pela União, nem tampouco da legalidade de vedação contida em edital de licitação, o que poderá ser aferido nas vias ordinárias próprias. 3. Permanecendo válido termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, pelo qual a União se obrigou a não contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para prestação de serviços ligados às suas atividades fim ou meio, quando o labor, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços, a inobservância dessa diretriz por quaisquer dos órgãos da administração pública federal, configura ameaça de lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa; 4. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg na SS 1352/RS - Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2004/0063555-1, Corte Especial, Rei.: Ministro Edson Vidigal, publ. DJ, 09 fev. 2005).". HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 91.

5.4 Implantación y cautelas para un adecuado uso de la subcontratación

"El placer en el trabajo perfecciona la obra."

Aristóteles

307

Se pueden clasificar las empresas doctrinalmente en relación con el nivel de subcontratación en tres tipos. El primero sigue con ideas conservadoras y prefiere continuar en el modelo tradicional de producción, el taylorismo. El segundo ya utiliza un poco más la subcontratación aunque es notable que todavía se encuentre reacio a los cambios estratégicos impuestos por la nueva forma globalizada de la economía mundial. Y el tercero o empresa que subcontrata el máximo posible dentro de las posibilidades estudiadas por ella en que controla mejorar los costes de la empresa.

Es muy importante seguir determinados criterios en la elección de una contratista, a pesar de hacer un análisis muy detallado de que será realmente necesario y ventajoso el uso de la subcontratación en determinados sectores de la empresa a medio o a largo plazo, o si es preferible continuar con el cuadro personal de la empresa. Por muchas razones, en criterios de calidad de los servicios prestados a la empresa tomadora de servicios, su responsabilidad no solo con los trabajadores como también en el perfil de la empresa contratista, que sea una empresa seria y que no ofrezca riesgos de sacar informaciones confidenciales y secretos industriales y hacerle competencia más adelante. Como también podría ser el caso de venta de tales secretos o fórmulas, o sencillamente quitarles clientes y enviar a otras empresas que puedan hacer el servicio a cambio de un porcentaje por cada cliente nuevo que se obtenga. En el mundo de los negocios esto es una práctica que cada día crece incluso con la inestabilidad de las estructuras de las empresas en razón de las nuevas exigencias del mercado nacional e internacional⁵³⁸.

Al objeto de elegir una empresa para cooperación entre ambas, es interesante citar las orientaciones del autor Souto Leiria que establece alternativas para buscar una empresa

⁵³⁸En este sentido: "Se constatar que um dos seus pontos fracos é uma atividade- fim, a terceirização deverá ser desenvolvida com muita cautela, pois, dependendo da forma, a empresa poderá sofrer restrições legais, se terceirizar pela prestação de serviços. Podem, esses pontos fracos, ser atividades estratégicas; aí então os riscos, na terceirização, são de transferir para terceiros a sua tecnologia básica e daí ganhar, futuramente, um concorrente". RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999, pág. 41.

contratista – sin contar con las propuestas complementarias para obtener éxito en la subcontratación⁵³⁹ - son estas: “1. buscar no mercado empresas especialistas já estabelecidas que preenham os requisitos desejáveis; 2. incentivar a criação de empresas que seriam administradas por exempregados, com reconhecido know-how da atividade que será tercerizada; 3. ou ainda, desenvolver fornecedores que já estão estabelecidos mas que não preenham a priori o perfil necessário”⁵⁴⁰.

La primera alternativa sería el tipo de subcontratación más común actualmente buscado por las contratantes en Brasil, visto que hay que ser solamente en las actividades auxiliares de la contratante. Mientras que en España, como ya se ha dicho, puede ser en la propia actividad de la misma. Generalmente se trata de los servicios de vigilancia, conservación y limpieza. La segunda hipótesis es algo más complicada en los días actuales, incluso como se había dicho, este pensamiento ya está prohibido por riesgo de caracterizarse la subordinación directa de la empresa contratista con el trabajador en Brasil, pero en España no hay ningún problema desde que cumpla los requisitos del art. 42 ET. La tercera tampoco es aconsejable, principalmente si está modelada específicamente para las necesidades apenas de la contratante o que lo tenga como cliente exclusivo en que dependa económicamente del contrato de la contratante, hipótesis mejor analizadas a continuación.

⁵³⁹ Los autores Souto Leiria y Saratt especifican las propuestas complementares para ser realizada bien hecha una subcontratación, según se percibe: “1. Discutir uma política específica para ampliar do número de comissões de fábrica e delegados sindicais, visando aumentar representações de base, mapeamento e negociação do processo de reestruturação. 2. Discutir uma política específica de articulação entre representações de fábrica e quadros técnicos das empresas, com o objetivo de apoiar a análise e negociação de projetos. 3. Mapear em cada empresa as áreas de possível terceirização, as já terceirizadas e aquelas em que a terceirização é inaceitável. 4. Acompanhamento, pelo sindicato, das empresas nas quais não haja organização de base. 5. Divulgar para a categoria as condições de trabalho de terceiros (salários, benefícios, rotatividade etc.) 6. Apoiar lutas nas empresas* subcontratadas. 7. Organizar campanha intensiva por meio da CUT, pela redução da jornada, como forma de manter e ampliar o número de postos de trabalho. 8. Vincular a terceirização à redução negociada da jornada de trabalho. 9. Promover intercâmbio sindical em nível nacional/ internacional, visando articular a luta das empresas centrais com a luta das empresas pequenas terceiras/fornecedoras. 10. Desenvolver programas de formação sindical específicos para os trabalhadores de pequenas e médias empresas. 11. Divulgar experiências que não deram certo, problemas de qualidade e arranjos/cambalachos em procesos de terceirização. 12. Lutar pela criação de Comissões de Condições de Trabalho, Saúde e Meio Ambiente, para interferir, controlar e negociar o processo produtivo e a terceirização, bem como suas conseqüências nas condições de trabalho, saúde e meio ambiente. 13. A direção sindical, comissão de fábrica, delegados sindicais e CIPA da empresa contratante podem negociar com as empresas de “terceiros”, em todos os aspectos necessários. 14. Intervir diretamente na política industrial, discutindo, entre outros aspectos, a necessidade de políticas geradoras de emprego. 15. Elaborar propostas para a política industrial, garantindo o crescimento do setor e da economia, em articulação com as câmaras setoriais 16. No âmbito do Mercosul, propor que os projetos de reestruturação de setores e plantas sejam previamente informados e negociados com sindicatos e/ou centrais sindicais. 17. Desenvolver debate junto aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo), visando à análise das causas e efeitos de terceirização, bem como a formulação e a aprovação de legislação em defesa dos interesses dos trabalhadores. 18. Desenvolver propostas e mobilizar base para revisão constitucional, em especial no que diz respeito à proibição da dispensa imotivada. 19. Lutar pela aprovação da Convenção 87 da OIT. 20. Articular as negociações nas empresas, tornando prioritária a negociação geral da terceirização na categoria. 21. Lutar contra a terceirização ou trabalho t mporario nas empresas de terceiros. 22. Lutar para garantir aos trabalhadores de terceiros os mesmos benefícios dos funcionários da empresa contratante”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton, Terceiriza o, uma alternativa de flexibilidade empresarial, São Paulo, Gente, 1996, págs. 119-121.

⁵⁴⁰SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceiriza o passo a passo. O Caminho para a administra o pública e privada. 2  edic o, Porto Alegre, Sagra-DC Luzzatto, 1993, pág. 41.

Souto Leiria enumera determinadas cautelas que una contratante debe tener a la hora de contratar una empresa contratista, observando siempre: “1. contrato social, 2. atividade-fim, 3. composição societária, 4, responsabilidade dos sócios, 5. capital social, 6. bens imóveis, 7. seguros, 8. certidão de arquivamento do contrato social, 9. situação perante a Previdência Social, 10. situação perante a Justiça Federal, 11. situação perante a Justiça Comum, 12. situação perante a Justiça do Trabalho, 13. situação perante o Ministério da Fazenda, 14. situação perante a Prefeitura Municipal, 15. estrutura patrimonial (três últimos balanços), se for o caso, 16. capacidade operacional (máquinas, equipamentos, veículos, quadro de pessoal etc.), 17. registro de empregados, 18. controle de frequência, 19. composição da folha de pagamento, 20. forma de pagamento do salário, 21. pagamento de carga horária trabalhada, 22. adicional noturno, 23. adicional de insalubridade/periculosidade, 24. pagamento dos repousos remunerados e feriados, 25. contrato de prorrogação de jornada de trabalho, 26. contribuição sindical e previdenciária, 27. salário-família, 28. salário maternidade, 29. imposto de renda retido na fonte, 30. FGTS, 31. atendimento a convenções coletivas, 32. demais determinações de proteção ao trabalho e salário”⁵⁴¹.

En España (se profundizará sobre este asunto en el próximo capítulo) para una buena implantación de una subcontratación, a nivel de la parte legal, básicamente hay que seguir las

⁵⁴¹SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial. São Paulo, Gente, 1996, págs. 37-38. Es importante también mencionar: “No momento de consolidar a nova parceria, ou seja, de contratar terceiro, a empresa deve levar em conta: 1. tipo jurídico do contrato a ser utilizado em cada caso (prestação de serviços, empreitada, compra-e-venda, outros pactos). 2. acompanhamento adequado do contrato, não configurando “ato de subordinação” do terceiro. Se isso acontecer, haverá mais um departamento na empresa. O terceiro deve ser realmente terceiro! 3. comportamento do pessoal vinculado aos terceiros, para evitar rotatividade de seus empregados por diversas prestadoras de serviços para a empresa contratante, sob o risco de esta torna-se proprietária do vínculo empregatício daquele pessoal. A maneira eficiente de evitar o problema é efetuar auditorias periódicas nas empresas contratadas, a fim de verificar os aspectos técnico, trabalhista, contábil, fiscal e previdenciário. As auditorias mútuas são práticas normais e contemporâneas nas gestões modernas e garantem transparência de dados e negociações abertas”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial. São Paulo, Gente, 1996, págs.39-40. El autor Jerônimo Souto Leiria y Newton Saratt hacen un resumen del planeamiento que debe ser hecho por la empresa contratante antes de la contratación de una empresa contratista. Son estos: “Não esquecer de: 1. identificar minuciosamente as áreas terceirizáveis; 2. identificar o parceiro para “comprar” segurança; 3. controlar a qualidade; 4. transferir know-how; 5. aprimorar a qualidade das atividades-meio; 6. conhecer o custo real das atividades específicas; 7. averiguar a legalidade do processo e fazer planejamento legal; 8. provocar a concorrência entre os terceiros, não existindo empresas exclusivas; 9. estimular o bom assessoramento; 10. estudar as potencialidades do mercado para suprir as necessidades especiais; 11. promover treinamentos de atividades de negociação e contratação; 12. realizar cronogramas de Terceirização e de preferência implantá-los em momentos propícios para reduzir as resistências, como as fases de necessidades mercadológicas ou econômicas claramente expressas de mudança e reengenharia; 13. atacar a cultura interna, com treinamento específico para as mudanças decorrentes da Terceirização; 14. avaliar o efeito custo X benefício da Terceirização; 15. atentar para o aproveitamento de exempregados de terceiros em outras empresas terceiras, para o mesmo tomador de serviços; 16. priorizar as áreas terceirizáveis; 17. avaliar aporte de capital; 18. obter a unanimidade do corpo diretivo subjetiva e objetivamente; 19. implantar auditorias de qualidade e de cumprimento das obrigações contratuais; 20. praticar auditorias de processo na Terceirização (todas as etapas); 21. desburocratizar a empresa; 22. preocupar-se em não propiciar a concorrência do prestador de serviços com a tomadora dos serviços pela obtenção do know-how da última; 23. nivelar o conhecimento do público interno e antever os possíveis problemas, determinando os pontos positivos do processo para a consolidação do novo método adotado; 24. vender permanentemente (e dar manutenção) o marketing interno e externo do processo de Terceirização; 25. analisar constantemente as relações sindicais; 26. especificar contratualmente de forma adequada as atividades da prestadora de serviços; 27. planejar o desemprego da fase inicial; 28. utilizar a tecnologia a favor do “homem”; 29. contratar assessorias especializadas no processo de Terceirização; 30. praticar a bilateralidade em todo o processo da contratação.”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial. São Paulo, Gente, 1996, págs. 53-54.

reglas estipuladas por el art. 42 ET: 1) verificar que la contratista está al día en el pago de las cuotas de la Seguridad Social⁵⁴²; 2) Los trabajadores subcontratados deben saber para qué empresa contratante está prestando el servicio; 3) Igualmente todos los pasos de la subcontratación deben ser informados a los representantes legales correspondientes⁵⁴³; 4) Al compartir el mismo centro de trabajo y que los trabajadores subcontratados no tengan la debida representación podrá ser auxiliado en relación a la ejecución del trabajo a ser realizado; 5) Ambos representantes de los trabajadores, de la contratante y de la contratista, si comparten el mismo centro de trabajo pueden trabajar juntos en relación a la ejecución de los trabajos que van a ser realizados.

Es decir, tal cautela a la hora de contratar una empresa contratista, consiste en analizar bien si ésta es seria y organizada, saber si está cumpliendo correctamente con los cargos de la Seguridad Social y con los costes laborales de todos sus empleados. Deberá la empresa contratista guardar, como deberá fiscalizar la tomadora por su propio interés, todos

⁵⁴² En relación al certificado de estar al corriente de obligaciones: "(...) Según la omnipresente jurisprudencia de la que disponemos, quedar exento de responsabilidad solidaria no implica de forma automática quedar exento de la responsabilidad subsidiaria (en casos de cotizaciones por accidentes de trabajo). (SSTS 19 de mayo de 1998, 16 de septiembre de 1999, 22 de diciembre de 2000). A efectos prácticos, alguno de los problemas que podemos encontrar con las certificaciones de situación de cotización emitidas por la TGSS es: En sectores en recesión y ante la falta de liquidez de las empresas principales (caso común de la construcción), antes de abonar el coste del servicio a la subcontratista según el contrato entre ambas, se están dando casos de que esta primera exija requisitos no reflejados en la ley, ni siquiera en la costumbre, para retrasar la emisión del certificado e intentar a su vez retrasar el pago. Alguna de las exigencias que imponen a la subcontrata es que la TGSS emita un certificado sellado por el jefe de recaudación o una compulsa del descargado del sistema RED. Es en este momento cuando nos encontramos con varias contingencias: La TGSS según sus circulares internas que acotan su modus operandi, basado en las normativas de emisión telemática de documentos [Orden de 3 de abril de 1995 (NSL001237) y Resolución de 23 mayo de 1995 (NSL001235)], alegando que si la empresa dispone de sistema RED, y posee autorización (bien propia o a través de un profesional) no están obligados a emitir desde sus oficinas certificado alguno, ya que es perfectamente válida la impresión autorizada y sellada con la firma del titular de la autorización y el número de la misma; Sus dictámenes de funcionamiento interno por norma general (siempre existen diferentes criterios en función de la provincia aun siendo la misma comunidad autónoma, lo que hace que el funcionamiento de nuestro sistema descentralizado de gestión de la Seguridad Social deje mucho que desear en cuanto a la atención al ciudadano), les permite la acción de compulsa en situaciones en las que los documentos susceptibles de ello tengan como cometido dirigirse a otro organismo público y no a un particular o empresa; La reflexión en la que debemos incurrir, observando el colapso de las delegaciones de la TGSS ante la coyuntura sociolaboral existente, el crecimiento de los concursos y la imposibilidad (voluntaria o forzada) en el pago de cotizaciones causa de generación de descubiertos, es que debemos tener consideración y utilizar los medios válidos que nos brindan para facilitar la gestión por la vía telemática. Si en un tiempo pretérito, por falta de medidas de seguridad, hemos sido objeto de imposición de sanción y desgraciados con un recargo de prestaciones por invalidez en cualquiera de sus modalidades, debemos tener siempre en cuenta que cualquier certificación de nuestra situación de cotización resultará siempre positiva. Este hecho tiene bastante difícil solución y va a ser un impedimento de cara a la subcontratación. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 138-139.

⁵⁴³ En este sentido: "Uno de los pilares de protección de nuestro ordenamiento laboral es la información a los trabajadores, salvo en contadas ocasiones a través de sus representantes, en los casos de existir situaciones de probable afección general en sus condiciones de trabajo. En subcontratación, este deber de información se traduce, a colación de lo establecido en el artículo 42.4 del TRET, en los siguientes puntos: Nombre o razón social, domicilio y CIF de la empresa contratista o subcontratista dependiendo del caso; Objeto y duración de la contrata; Lugar de ejecución de la contrata; Número de trabajadores empleados en la contrata; Medidas de coordinación en materia de LPRL. Como todo incumplimiento normativo, en un Derecho de trabajo proteccionista y represor del infractor, se estipulan las sanciones a través de la LISOS; concretamente este caso, se encuentra tipificado en el artículo 7.12 y la calificación corresponde a un tipo grave pudiendo imponerse multas económicas desde 626 a 6.250 euros. Es preferible, contempladas las consecuencias, emitir un documento informativo con una breve estructura que contenga a grandes rasgos los cinco puntos citados; aunque de esta forma evitaríamos la sanción pecuniaria, es importante que tengamos claro que evitar conflictos con los representantes en épocas de crisis y mantener relativamente una cordial relación con ellos, puede favorecer ciertos acuerdos ante negociaciones futuras (ERE, movilidad geográfica, negociación de condiciones o convenios de empresa...). VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 139.

los comprobantes de los pagos de las remuneraciones, las recogidas de las hojas de la Seguridad Social. Como también todos los demás comprobantes de los cargos sociales pertinentes a los trabajadores de la contratista que fueron utilizados por tal contratante. Resaltando que tanto una como la otra son posibles de inspección por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tema mejor analizado en el próximo capítulo. Pues hay la culpa in eligendo, terminando la tomadora de servicios respondiendo por las irregularidades laborales en consecuencia de la falta de seriedad de la empresa auxiliar contratada.

De esta manera es importante, principalmente si es una cooperativa de trabajo asociado. Lo que se debe destacar es que en los casos de contratación entre una cooperativa y la contratante, como ya fue visto anteriormente, deberá partir de la primera la realización del contrato de formación de la cooperativa, que sea de iniciativa de ella, jamás de la contratante, pues en este caso alega la posibilidad de ser un tipo de burlar la legislación.

No se puede olvidar, como ya se ha mencionado, que es fundamental mantener una buena comunicación en la hora de subcontratar con los sindicatos las categorías a ser subcontratadas, tema mejor estudiado más adelante. Resulta aconsejable hacer análisis comparativos de subcontrataciones que lograron éxito con la contratante y también las experiencias fracasadas para intentar corregir los perjuicios causados. Igual de interesante es comparar con experiencias de otras empresas que contrataron a empresas auxiliares, acordando que cada caso es distinto, que se puede tomar con base apenas las ideas y no creer que le pasara el mismo si hace igual a otra empresa. Cada una tiene sus peculiaridades y maneras de trabajar del personal.

Se analiza ahora la otra parte: la empresa auxiliar debe estar muy atenta a los trabajos realizados por sus propios empleados para ver si es compatible con lo esperado por la contratante. Si no está satisfecha, la contratista debe tener que adaptarse a las exigencias de la principal, de esta manera convencería de las ventajas de este servicio subcontratado. Esta será la mayor prueba de la capacidad técnica de la contratista y de su credibilidad con la contratante. Inclusive, puede auxiliar ésta en los casos de falta de experiencia a la hora de subcontratar algún servicio dentro de la empresa.

Está también la problemática de la contratación de antiguos empleados después de renuncia o despido⁵⁴⁴, que retornan a la empresa como autónomos⁵⁴⁵, o agregados a una empresa contratista o que constituyan su propia empresa, dado que en algunos casos es una forma de burlar a la ley. Lo cierto, infelizmente, es que hay un número considerable de ocasiones en que la antigua empresa, futura contratante, está de alguna manera relacionada con la creación y constitución de la empresa contratista que le irá a prestar servicios.

En el caso de que se quiera subcontratar profesionales autónomos, a pesar de ser poco utilizado en Brasil y sí en España, es coherente que el autónomo sea especializado en lo que se pretende subcontratar, como también consciente de su situación, que sea responsable y que esté legalizado y reglamentado como persona jurídica, registrado en el Municipio que pertenezca su residencia y donde actúa y paga sus tributos debidos. Otra observación a ser hecha es que el autónomo subcontratado no tenga una dependencia económica y operacional de la contratante, debiendo, normalmente, el autónomo poseer todos los recursos necesarios para su labor para no depender de los de la contratante.

Al tratar de subcontratación total o parcial en una actividad empresarial, hay que tener en cuenta que la subcontratación parcial es peligrosa en Brasil y hasta cierto punto ilógica, pues significa subcontratar apenas una parte de una actividad de la empresa, dejando la otra en manos de empleados de plantilla; pero que en España puede ser hecha sin ningún problema. De allí que se debe analizar realmente cuales serían las ventajas y desventajas del uso de las contratas y subcontratas por una contratante.

⁵⁴⁴En este sentido: "Tudo parecia estar muito bem até que a Justiça do Trabalho passou a analisar essas relações laborais e constatou que elas eram estabelecidas, na sua grande maioria, com exclusividade, ou seja, o ex-funcionário, agora empresário, estava sendo contratado como pessoa jurídica, mas dependente economicamente e operacionalmente, com relação ao seu contratante". RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999. págs. 49-50.

⁵⁴⁵Segundo Giosa, esta relación entre empresa y una única persona subcontratada deberá ser como persona jurídica y no como autónomo, debido a las razones que el propio autor menciona: "A relação entre a empresa e o seu ex-funcionário deverá ser como pessoa jurídica e não como autónomo; b) A empresa formada pelo ex-funcionário não poderá ter a empresa-mãe como único cliente. É evidente que, na sua formação, isto é inevitável. No entanto, um período máximo de 6 (seis) meses é suficiente para conquistar uma carteira de clientes capaz de em hipótese alguma, se caracterizar a relação ainda única de trabalho com a ex-empresa, impondo com isso um vínculo e, portanto, ensejando a uma eventual ação trabalhista; c) Caberá à empresa-mãe até incentivar a conquista de outros clientes pela empresa formada por ex-funcionários, verificando se isto está ocorrendo, para se assegurar verdadeiramente da situação; d) Os sindicatos e os empresários, dentro dos seus limites de relacionamento naturais, já avançaram muito na discussão e na interpretação da utilização da Terceirização nos mais variados segmentos"⁵⁴⁵. GIOSA, Lívio Antonio, Terceirização: uma abordagem estratégica, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 28.

5.5 Ventajas y desventajas del uso de la subcontratación para las empresas

“Es necesario que soporte dos o tres lagartos, si quiero conocer las mariposas.”

Antoine de Saint-Exupéry

Al parecer, las ventajas de utilizar de la subcontratación son varias, la primera es que en este mundo globalizado y con la necesidad de seguir estable en la competencia empresarial es necesario minimizar los costes y con la subcontratación se reducen los laborales, por la disminución del número de trabajadores sustituidos por servicios prestados por empresas contratistas. De esta manera puede dedicarse mejor el capital de la empresa, destinándolo para las actividades de mayor relevancia. Y la consecuencia observada en los días actuales es la proliferación de tales empresas contratistas. Principalmente se ha visto que “en estos tiempos de crisis ha repuntado este fenómeno según las estadísticas de la Asociación Española de Empresas de Consultoría, por lo que se confirma la máxima empresarial: «la externalización sube cuando la economía baja», todo ello con la idea de reducir costes y ganar competitividad para obtener mejores resultados”⁵⁴⁶.

Otra ventaja es el intento de mejorar la calidad de los servicios prestados, ya que se presume que las empresas contratistas están especializadas en un sector o una actividad, y por ello obviamente se piensa que hay una mejoría en la calidad del producto o servicio prestado por ésta. Pues es una forma también de simplificación de la estructura organizacional de la

⁵⁴⁶ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 127. Y sigue explicando el autor: “No debemos caer en el error de utilizar la posibilidad de subcontratar en todo, ya que solamente debemos utilizarlo en los ámbitos en los que podamos obtener una ventaja; un exceso en la externalización nos puede suponer una desventaja en el mercado, ya que perdemos control y confidencialidad. Debemos iniciar a priori, un análisis de nuestra empresa para medir las necesidades y posibles ventajas; debe hacerse en un ambiente de estrecha cooperación entre los departamentos financiero, estratégico y de recursos humanos, ya que para llegar a una decisión final debemos tener en cuenta factores como la estrategia, la cultura empresarial, el coste económico, y en numerosas ocasiones, un problemático coste social y humano. Partimos de que la empresa en esta fase de nacimiento, es susceptible y delicada, cualquier descuido o ataque puede costarle muy caro. Qué duda cabe que al iniciar una actividad, dada la inversión que debe hacerse, los costes son más elevados, por lo cual se debe trazar muy bien una línea de actuación e intentar reducir al máximo los costes iniciales, por ejemplo, en lugar de invertir en la compra o alquiler de un almacén y contratar personal de logística, inicialmente se subcontrata con una empresa especialista y así se puede hacer una inversión en otros activos que realmente son imprescindibles. En el ejemplo anterior podemos a su vez llegar a otra conjetura, y es que la subcontratación no sólo permite agilizar y adecuar la inversión, si no que transforma los costes fijos en variables, algo que permite jugar con su flexibilidad ya que existe un control mayor de éstos para adecuarlos en función del desarrollo de la actividad en un periodo de tiempo más corto (ej.: un cambio de proveedor)”. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 129-130.

empresa⁵⁴⁷, disminuyendo departamentos o unidades de la empresa. Lo que hace que sectores ociosos u otros sectores utilizados apenas en específicas épocas del año puedan ser sustituidos por empresas contratistas contratadas a dependencia del flujo de capital y demanda necesaria con lo cual, consecuentemente, hay una eliminación de ineficiencias estructurales. Así se logra el objetivo principal de la empresa principal que es, manteniendo la misma calidad del producto o mejor, llevarlo al mercado a un precio más accesible⁵⁴⁸.

En un sentido crítico, ha de citarse a Montoya Medina: “En primer lugar, desde un punto de vista económico, es la de ahorrar costes a las empresas manteniendo la productividad. En efecto, por un lado, la descentralización productiva permite sustituir costes fijos por variables debido a una menor patrimonialización del inmovilizado empresarial; y, por otro, posibilita la reducción de costes en mano de obra. La mano de obra periférica a la que la empresa acude para incorporar su esfuerzo productivo a su propio proceso de producción es

⁵⁴⁷ En este sentido: “Há algum tempo que a grande empresa está sob a mira das deseconomias de escala. Essas deseconomias, para Alvin Tofler, "(...) são, principalmente, um resultado do colapso do velho sistema de conhecimento, a transferência burocrática da informação para cubículos departamentais e para canais formais de comunicações." Segundo ele, "(...) grande parte do trabalho dos gerentes intermediários consistia em coletar informações dos subordinados, sintetizá-las e passá-las linha acima (...). Quando as operações se aceleraram, tornaram-se mais complexas (...), sobrecarregando os cubículos e canais [assim] todo o sistema de informação começou a vir abaixo". Essa constatação deixa ver que o fato de as grandes companhias, para fugir do inchaço burocrático dos últimos tempos, virem achatando sua hierarquia, tem contribuído para a destruição de seus sistemas de trânsito de informações e, o que é pior, em um momento onde a informação figura como principal elemento de agregação de valor aos produtos e serviços. E isso, em linhas gerais, que se denomina deseconomia de escala, ou seja, quanto maior a organização, menos eficiente ela se torna. Em contrapartida, a pequena empresa, por incorporar um sistema de trânsito de informações menos burocrático e mais transparente permite-se agregar mais valor a seus produtos e serviços. Do mesmo modo, a facilidade para o estabelecimento de alianças estratégicas, o ambiente favorável para a disseminação proximidade do mercado, a tecnologia à mão, a facilidade para incorporar novas técnicas de gestão, os possíveis créditos especiais e a simplicidade de seus processos como fator de preservação ecológica, fazem da pequena empresa uma excelente protagonista na geração e distribuição de riqueza em todo o mundo. Assim, ao terceirizar optando por pequenas empresas, as grandes empresas estarão não só agregando as vantagens das pequenas a seus produtos e serviços, mas contribuindo para a redução dos custos econômicos e ecológicos na geração e distribuição de riquezas. Contudo, não se pode tratar a terceirização como panacéia. Há que se cuidar de certos acidentes que, por vezes, inviabilizam o processo". ALVAREZ, Manuel S. B., *Terceirização: parceria e qualidade*, Rio de Janeiro, Campus, 1996, págs. 63-64.

⁵⁴⁸ Es pertinente mencionar: “La posibilidad de encontrarnos ante una decisión de suprimir un departamento ya existente para suplirlo con una contrata. (...) Tenemos varias fórmulas de actuación para iniciar el proceso, las cuales conllevan, por separado, condicionamientos y resultados dispares y que deben ser tenidas en cuenta en función de lo que estemos dispuestos a dar, recibir o arriesgar: 1. ERE. 2. Despidos objetivos (por no llegar al número suficiente para practicar un ERE). 3. Despidos improcedentes. 4. Recolocación en otros departamentos o áreas similares en la empresa, siempre que sea posible (incluso movilidad geográfica a otros centros). Es aquí donde entra en juego la negociación y el diálogo, de la mano, por supuesto, de planes sociales para amortiguar el impacto social de los posibles despidos. Es muy importante mantener limpia y transparente la imagen de la empresa, pero ya no sólo es ésa la percepción que debemos tener, sino que, los trabajadores, aunque para muchas empresas signifique lo contrario, son personas que prestan sus servicios en éstas a cambio de una retribución que utilizan como medio de vida; la pérdida del empleo (acentuado en época de crisis) puede suponer un grave perjuicio para su sustento y en especial a los núcleos familiares con hijos menores. Según la teoría de las relaciones laborales, una de las formas postaylorista de organización es a través del enfoque de los recursos humanos, con departamentos específicos encargados de canalizar la relación empresa-empleado. Este pensamiento considera a los empleados como un valor añadido al producto, tratando de potenciar las relaciones emocionales entre empresa y trabajador, aportando ventajas duales y buscando soluciones en épocas de crisis para que el empleado no reciba un impacto desmesurado. El estudio MERCO 2009, que desvela cuáles son las mejores empresas para trabajar en España, sitúa en el top ten a multinacionales líderes en sus sectores que utilizan este sistema, como pueden ser Banco Santander, Repsol, La Caixa, Telefónica y Mercadona, y que no hay más que echar un vistazo a sus progresos: han obtenido resultados positivos incluso en la situación coyuntural que vivimos. Dicho esto, y a colación de los efectos sociales del despido, la empresa debe mantener una cierta consideración con los empleados (más aún si cabe con los cualificados), porque a pesar de vivir una época de crisis, si se fomenta la participación en la empresa, la formación, y se lucha por demostrar el valor y el esfuerzo, puede servir para obtener logros y competitividad hacia los demás (...)” VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], *El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes*, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 132-133.

normalmente más barata por cuanto se trata de personal perteneciente a pequeñas empresas caracterizadas por crear empleos precarios y menor retribuidos. En efecto, considerando el factor trabajo como factor de coste y, al mismo tiempo, factor de producción, la exteriorización de empleo puede perfectamente inscribirse en esa natural tendencia empresarial a reducir los costes fijos del trabajo sin poner en peligro, sin embargo, la productividad⁵⁴⁹.

Tanto en Brasil como en España hay dos corrientes doctrinales, aparte de las ecléticas mediadoras, que tratan del tema: una que cree que la subcontratación generará nuevos empleos y en contrapartida un aumento de recaudación de impuestos; mientras que la otra parte se preocupa con la precarización laboral que un mal uso de la subcontratación puede causar. Inclusive ésta es una de las principales metas del “Libro Verde”, en el cual se puede intentar conseguir tal flexibilidad deseada por el mercado económico actual pero que no signifique que falte la seguridad del trabajador, principalmente en relación a sus derechos laborales y de Seguridad Social.

En este sentido es pertinente citar a Valdés Dal-Ré: “No obstante ello, lo cierto es, como el propio «Libro Verde» reconoce, que un relevante número de reformas llevadas a cabo por los diversos países europeos en las décadas de los 80 y 90 concentró las medidas de flexibilidad en la vertiente externa o «numérica». Estas decisiones produjeron, al menos, tres relevantes consecuencias, combinadas entre sí, que aún perviven, en buena medida, en los mercados de trabajo y en los ordenamientos de numerosos Estados miembros de la UE. Las acciones de flexibilidad en el «margen», de un lado, segmentaron el mercado de trabajo; de otro, redujeron drásticamente para determinados colectivos de trabajadores (los excluidos) la protección en el empleo y, finalmente, contribuyeron a «banalizar» la tarea misma de gestión de los recursos humanos en una economía globalizada, tarea ésta reducida, en buena parte, al diseño de confortables operaciones de celebración y extinción de contratos atípicos”.⁵⁵⁰

Los aspectos positivos posibles que se puede apuntar, en el caso de una subcontratación responsable, son: disminución de la ineficiencia; aumento de la calidad; desmovilización; integración con la comunidad; sinergia de las actividades-fines, disminución

⁵⁴⁹ MONTROYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 39-40.

⁵⁵⁰ VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009, págs.04-05.

de las actividades y medios administrados sin incremento de especialidades; disminución del poder político interno y externo; aumento de especialización; aumento de lucro; favorecimiento de la economía del mercado; liberación de creatividades; optimización de los servicios; suma de calidad en las actividades-medio y actividades-fines; mejor administración del tiempo en la empresa; obtención de la efectividad; agilidad en las decisiones y mejor organización interna; aumento de la productividad; aumento de la competencia; disminución de cargas laborales; reevaluación de las necesidades; disminución de las demandas laborales; y reducción de la plantilla directa de los empleados⁵⁵¹.

Los probables aspectos negativos son en líneas generales: aumento de los riesgos que deben ser administrados; dificultades en el aprovechamiento de los empleados ya entrenados; despidos en la fase inicial; cambios en la estructura del poder; falta de los parámetros del precio en las contrataciones iniciales; mayores costes en los despidos; desgaste en la relación con los sindicatos; mala elección de las contratistas; mala administración del proceso; y aumento de la dependencia de terceros⁵⁵².

Según Rubens de Castro, con una concepción muy parecida a la de Leiria y Sarrat, la subcontratación posibilita mayor número de empresas en funcionamiento, y de esta forma una mejor distribución del capital para un mayor número de personas. Como también, según el autor, se perciben otras ventajas, como la reducción de procedimientos administrativos internos, con equivalente reducción de costes indirectos; la mejoría de la calidad de los servicios, debido a la especialización que sistematizando todo facilita una efectiva reducción de los costes del producto final y a la vez una simplificación de la organización de la empresa.

⁵⁵¹ En este sentido, véase SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. *Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo, Gente, 1996, págs. 47-48. Se puede percibir en España, las ventajas del uso de la subcontratación después de analizar los datos ora mencionados: "Para medir la descentralización productiva se procedió a elegir a las empresas según el volumen de subcontratación como una variable importante, aunque no la única, indicadora de un cierto nivel de descentralización productiva. La referencia que se tomó era el volumen de plantilla subcontratada equivalente a la propia, desde un mínimo del 10%". AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales*. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 76.

⁵⁵² Véase SOUTO LEIRIA, Jerônimo & DORNELES SARATT, Newton. *Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo, Gente, 1996, pág. 47-48. Autores como Giosa afirman que las ventajas existen por motivos claramente justificados y comprobados sino no tendría razón de existir, tanto es que la subcontratación es usada hace tanto tiempo, a pesar de no ser necesariamente con tal nomenclatura o con tales características. Segundo el autor: "Setores que mais adotam a terceirização no país, em %: preparação e distribuição de refeições 62%, limpeza e conservação de ambientes 61%, vigilância patrimonial 51%, transporte de produtos e funcionários 53%, frota de veículos 48%, manutenção geral 46%, serviço de recepcionistas 36%, engenharia em geral 32%, telefonia 30%, comunicação social 12%. fonte: manager assessoria de recursos humanos/1992". GIOISA, LÍVIO ANTONIO, *Terceirização: uma abordagem estratégica*, livraria pioneira editora, São Paulo, 1994, pág. 90.

Este autor considera además que el trabajador en una empresa pequeña es tratado mejor, aunque no se puede demostrar totalmente tal alegación⁵⁵³.

Este autor explica asimismo que la subcontratación refleja un crecimiento de la economía nacional, que, a su vez, eleva el Estado en el contexto internacional, posibilitándole la mejor defensa de los intereses sociales, como también posibilita la existencia de diversas empresas, diferentemente de la concentración del poder en pocas. Esto acarrea la valoración

⁵⁵³ A nivel de complementariedad: "Partimos de que la empresa en esta fase de nacimiento, es susceptible y delicada, cualquier descuido o ataque puede costarle muy caro. Qué duda cabe que al iniciar una actividad, dada la inversión que debe hacerse, los costes son más elevados, por lo cual se debe trazar muy bien una línea de actuación e intentar reducir al máximo los costes iniciales, por ejemplo, en lugar de invertir en la compra o alquiler de un almacén y contratar personal de logística, inicialmente se subcontrata con una empresa especialista y así se puede hacer una inversión en otros activos que realmente son imprescindibles. En el ejemplo anterior podemos a su vez llegar a otra conjetura, y es que la subcontratación no sólo permite agilizar y adecuar la inversión, si no que transforma los costes fijos en variables, algo que permite jugar con su flexibilidad ya que existe un control mayor de éstos para adecuarlos en función del desarrollo de la actividad en un periodo de tiempo más corto (ej.: un cambio de proveedor)". VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 129-130. Resumidamente se puede decir: "(...) subcontratar las actividades adecuadas puede suponer un ahorro entre un 20 por 100 y 50 por 100 según los estudios realizados en la materia. Entran por tanto en juego otro tipo de motivaciones más encaminadas a necesidades organizacionales, mejoras de valor final del producto de cara al cliente, motivos financieros y de competitividad sobre el resto de análogos en el mercado (fuerza de ventas) e incluso motivos humanos. a) Motivos organizativos. Obtener habilidades y tecnología que debido a nuestra especialización en otras actividades no es posible conseguir. Flexibilidad ante la demanda variable del mercado. Mejor manejo y mayor control. Incluso al externalizar, debemos mantener personal propio para llevar un control de calidad del servicio que nos prestan, hecho que aumenta la calidad del servicio y permite hacer cambios en la prestación en función de las nuevas contingencias que se plantean. Modernización de la estructura empresarial, para conseguir una estructura que responda rápidamente a los cambios. Reducir riesgos al traspasar éstos al proveedor, asumiendo errores y responsabilidades. Aquí es crucial delimitar en el contrato a suscribir con la empresa de servicios externos, las responsabilidades y riesgos que asume. b) Mejora de valor final de cara al cliente. Incrementar valor del producto o servicio que prestamos al cliente para conseguir la satisfacción de éste. Mejora la imagen de la empresa al asociarnos con empresas de outsourcing de gran prestigio. Adquirir ideas innovadoras que nos aportan estos proveedores para incorporarlas al proceso de la empresa. c) Motivos financieros y de fuerza de ventas. Reducción de la inversión en activos. Generar caja al transferir los activos al proveedor. Ganar mercado, acceso y oportunidad de negocio por tener el proveedor cartera propia de clientes (gestión de ventas), relaciones con los bancos por la actividad que realiza (financiera). Expandir las ventas y la capacidad de producción. d) Motivos humanos. El personal de la empresa se especializa en lo que mejor sabe hacer. Se incrementa la responsabilidad y valoración de los puestos directivos. Menor nivel de inversión en capital humano al iniciar el negocio. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 130-131. Rivero Llamas apunta las razones para el uso de la externalización o subcontratación: "Estratégicas: 1) Mayor flexibilidad ante incertidumbres técnicas o de mercado. 2) Garantizar que el trabajo o servicio que se solicita se obtiene en calidad y plazo. 3) Proveer de más seguridad a los trabajadores considerados como más esenciales. 4) Mayor productividad (...) Tácticas: 1) Reducción de costes. 2) Respuesta a las necesidades coyunturales de la producción. 3) VARIABLES INSTITUCIONALES 3.1) Rigidez de la normativa laboral 3.2) Reducir la presión sindical (...) La tabla reúne dos tipos de datos. La primera columna recoge los porcentajes afirmativos de las razones por las que las empresas subcontratan. La segunda, el Análisis de Dependencia, se refiere, como en los cuadros anteriores, a si esas razones condicionan las decisiones de la empresa a subcontratar. Mayoritariamente, las empresas subcontratan para «Reducir costes» (un 56,1% de las empresas), para obtener mayor flexibilidad ante incertidumbres técnicas o/y de mercado (46,3%) y para garantizar que el trabajo o servicio que se solicita se obtiene en el plazo y al coste adecuado (41,6%). Un 32,5% de las empresas manifiestan que lo hacen porque la normativa laboral es rígida. El Análisis de Dependencia muestra algunos matices importantes a ese primer análisis descriptivo. Además de las tres primeras variables citadas, aparece la variable «Dar respuesta a las necesidades coyunturales de la producción» como un factor condicionante de la subcontratación. En el análisis descriptivo poco más de una cuarta parte de las empresas la señalaban como importante. Por el contrario, la rigidez laboral no aparece como determinante en la subcontratación. Finalmente, resumiendo los resultados de las variables técnico-económicas elegidas para determinar las razones de la descentralización productiva, señalaríamos que las razones del entorno económico seleccionadas no influyen a la hora de inducir a las empresas a descentralizar la producción. Tampoco algunas de las características como la tecnología usada o la edad o el tamaño. Parece que el sector sí que influye, pero quizá la clasificación realizada entre industria y servicios es poco significativa en estos tiempos en los que los sectores productivos se desdibujan y aparecen un conjunto de actividades mixtas e interdependientes o cuando se consideran actividades maduras o innovadoras que no se corresponden, paradójicamente, con sectores retrasados o avanzados respectivamente. En fin, una muestra más del variado, complejo y no uniforme panorama productivo. Los aspectos laborales de la descentralización aparecen más claramente definidos. Así, se observa la influencia de los costes a la hora de descentralizar o cuestiones relacionadas con la flexibilidad o adaptabilidad a las circunstancias de mercado. Es significativo que variables institucionales como la normativa laboral o la presión sindical no condicionan a la empresa a la hora de descentralizar su producción." AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 78-80.

de la propiedad privada y, juntamente con el desarrollo de la economía, el surgimiento de beneficios para toda la sociedad: como por ejemplo la transferencia y la creación de puestos de trabajo, garantizando el pleno empleo; la ocupación de áreas próximas a los grandes centros empresariales para establecimiento de los mismos; descentralización de la economía, con generación de mejores condiciones de vida y reducción de las desigualdades regionales y sociales.

Como consecuencia de la existencia de un mayor número de empresas especializadas, se observa el crecimiento del nivel de competencia entre las empresas, que les da mayor libertad, y en efecto beneficia a los consumidores y al medio ambiente, debido a la especialización y a las nuevas técnicas productivas, sin contar que esto es el ejercicio de la libertad de empresa. Según el autor, uno de los aspectos importantes de la subcontratación es que está íntimamente relacionada con la mejora de la calidad de vida, como por ejemplo la existencia de la producción descentralizada que propicia un flujo menor de personas hacia un mismo espacio geográfico, puesto que las pequeñas empresas se sitúan lejos de los grandes centros⁵⁵⁴. Lo que se debe tener en cuenta que estos autores son especialistas en ciencias empresariales y no juristas.

En sentido contrario debe citarse la valoración al respecto de Montoya Medina: “Por otro lado, coexiste en la propia empresa, con el personal de plantilla, un personal que, fruto de múltiples instrumentos de trabajo flexible, es, en cambio, periférico, de carácter no estable, temporal y menos retribuido. Este personal periférico cumple una función instrumental por encontrarse al servicio del amplio tejido de empresas auxiliares cuyo objetivo primordial en el mercado es precisamente completar las cadenas productivas de aquellas empresas que, fieles

⁵⁵⁴Mayores informaciones véase: RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 75-77. Soares de Queiroz, expresa que además de las ventajas dada por Souto Leiria y Saratt y por Rubens de Castro, hay otras como es el caso de evitar que se deteriore los equipamientos, transformar los costes fijos en variables, optimizar el uso de espacios puestos en disponibilidad, y racionalizar las compras de materiales de consumo, de equipamientos y de uniformes. Sin contar que el autor observa las ventajas que la subcontratación trae para la Administración Pública: el incremento de impuestos, por la creación de nuevas empresas, libera recursos financieros, permite la aplicación de verbas en el área social; permite la relocación de las recetas públicas, fomenta la creación de empresas. Como se puede percibir, hay varios autores que apuntan más ventajas que desventajas, como es el caso expuesto arriba, entre otros, pero hay puntos a ser analizados, y no se puede siempre considerarlas y clasificarlas por cantidad y sí por gravedad y repercusión que cada una traerá par la sociedad como un todo. Generalmente estos autores son de la rama de la administración de empresas, y tienen una visión de por medio de una década atrás. Así que se percibe, como era un temario poco discutido hasta entonces, se analizaba más la teoría sin comprobaciones materiales en la práctica que surgió con el pasar de los años. Como por ejemplo, Alvarez, que considera que una de las mayores ventajas que puede ofrecer la subcontratación es relacionada con la cuestión numérica, basándose en que involucrarse con algunos cuantos trabajadores es más simple de que con grandes cantidades de trabajadores. Como también afirma que las pequeñas empresas cuentan con algunos factores internos que elevan la probabilidad de resultados satisfactorios, debido a, según el autor, poseyeren mayor facilidad para involucra sus empleados en el proceso decisorio y demuestran tener capacidad para absolver nuevas tecnologías de producción y gestión. Aunque no solamente las pequeñas empresas hacen la participación del lucro de la empresa con los empleados, depende mucho de la filosofía de cada empresa. El autor sigue explanando que otro beneficio de la subcontratación es la mejor distribución de renta, y se puede percibir que, al menos en Brasil, eso no ha sucedido aún.

a las pautas marcadas por las nuevas modas organizativas, han ido sustituyendo progresivamente la producción concentrada por la desconcentrada, el empleo directo por el indirecto”⁵⁵⁵.

En este sentido es importante mencionar lo que dice el DIEESE, citado por Robotella: “depois de reconhecer que a subcontratação se desenvolve entre as empresas mais organizadas, competitivas e líderes do mercado, afirma que tem muitas armadilhas, assim explicadas: a) serve de instrumento de combate às entidades sindicais; b) reduz o número de empregos; c) permite degradação do ambiente de e trabalho e das condições de segurança e higiene, já que as subcontratadas geralmente não têm a estrutura das empresas contratantes; d) gera o paradoxo de existir dois padrões a comandar o processo, ou, em certos casos, de inexistir padrão definido; e) desintegra a identidade de classe dos trabalhadores; f) dificulta a filiação, organização e militância sindical”⁵⁵⁶.

En relación al coste de los trabajadores, como forma de disminuir los gastos de las empresas, haciendo una comparativa entre los de plantilla y los subcontratados, téngase presente que las partidas laborales (13^º mensualidad salarial, vacaciones y el RSR) representan apenas costes para el empleador, no teniendo más que pagar, directamente, estas cuotas, aunque el empleado de la contratista todavía las recibe pero de ésta. Lo que se puede verificar es que la ventaja del uso de la subcontratación está en la reducción de cuotas de la Seguridad

⁵⁵⁵ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.42-43. También es válido mencionar, a nivel de complementariedad, el cuestionamiento hecho por Villanueva Nentwing: “¿por qué siempre lo más dañado de una organización es el factor humano?, ¿no existen fórmulas de reducción de costes para las materias primas?, ¿o quizás una forma organizativa que aporte más competitividad? Está claro que pase lo que pase, salvo contadas ocasiones, el perjuicio al «mundo obrero» en época de crisis será una constante que ni siquiera el legislador ha podido despejar totalmente de la ecuación. No debemos olvidar que el mantenimiento del empleo y el ingreso de un sueldo (aunque se practiquen congelaciones salariales) fomentan el consumo, algo imprescindible para su propia empresa, ya que el mismo consumo es el regulador del mercado y es punto diferencial entre la prosperidad y la recesión. ¿No da que pensar que algo no funciona? ¿Qué hay soluciones tan cercanas que la ambición las oculta? ¿Tampoco recuerda el Gobierno el estado de bienestar que ampara la Constitución y en el que supuestamente convivimos?”. VILLANUEVA NENTWING, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 133.

⁵⁵⁶ y sigue explanando el autor: “Messias Pereira Donato agrega a essas conseqüências negativas outras como a maior insegurança no emprego, ampliação da rotatividade de mão-de-obra, tendência de individualização das relações profissionais, instalação ou deslocamento de empresas para regiões de fraca industrialização, de incipiente organização sindical”. Sigue todavía hablando que “-Para o DIEESE, a terceirização só não tem avançado mais no Brasil por uma dificuldade básica de relacionamento entre empresas: “não há estabilidade e não há confiança entre elas, e assim não há cooperação”. Para o ilustre professor mineiro, “torna-se comum a variação no lugar da prestação de serviços. À exclusividade dessa prestação sucedem-se as cessões do trabalhador entre empresas, com seu deslocamento para estabelecimentos diversos. Emprega-se a intermediação para colocação simultânea de pessoal de um mesmo escritório à disposição de várias empresas (office sharing). O trabalho a domicílio apresenta-se sob a feição moderna do trabalho à distância ou teletrabalho, executado no telelocal. A pactuação de cláusula de disponibilidade facilita a utilização da mão-de-obra às empresas integrantes de grupos econômicos, indistintamente, a uma ou mais filiais”(“Formas atípicas de trabalho subordinado” AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, págs. 244- 245. Un caso interesante ocurrido en Brasil, que debería seguirse como modelo patrón por otras empresas, fue el de la empresa Ford en el estado de Bahía en que para evitar problemas con la subcontratación, los trabajadores de las contratistas tenían los mismos salarios de un empleado de plantilla de la Ford. De igual manera la misma asistencia médica y otros beneficios. De esta forma se evita futuros problemas de reivindicaciones por parte de los trabajadores de la contratista.

Social y las tributarias, mediante repase de esa economía de la empresa contratante en la formulación de los precios de servicios que serán prestados por contratistas y subcontratistas. Sin contar con los insumos fijos y directos operacionales que la contratante también irá ahorrar⁵⁵⁷. Es válido resaltar que si esta empresa de servicios es una cooperativa, el cooperado no tendrá derecho a lo referente dicho arriba debido a su característica de prestador de servicios y no de empleado. De igual forma se encuentran los autónomos que prestan sus servicios a una empresa.

Tanto en Brasil como en España a los que ejecutan tareas idénticas o equiparables a la de los subcontratados la jurisprudencia ha dado en principio igual trato en materia salarial entre los trabajadores del empresario principal y los subcontratados. Igualmente esos tipos de trabajos también deben regirse por las normas de seguridad y salud de los trabajadores que estén previstas en la ley o en los convenios colectivos respectivos. Siempre como los de plantilla, y así se pueden mencionar varios trabajos, como es el caso en el interior de minas,

⁵⁵⁷ Los insumos fijos y directos operacionales relativos a mano de obra para el funcionamiento en general para hacer el producto final, segundo Ramos Soares⁵⁵⁷, son: De los salarios directos – los encargos legales y sociales; del salario indirecto – alimentación subsidiada, transporte subsidiado, asistencia médica subsidiada, seguro de vida subsidiado, auxilios sociales diversos, rotatividad de mano de obra, despido, admisión, reclutamiento, selección, entrenamiento. En relación a los accidentes de trabajo: Estabilidad del art. 118 Ley 8.213/91, auxilio médico de emergencia, pérdida de calidad, pérdida de productividad, pérdida de material, daños a los equipamientos e instrumentos, remuneración de los primeros 15 días de la baja; mientras que en lo que se discierne a la seguridad del trabajo: EPI, EPC, uniformización, controles administrativos de personal, tiempo de supervisión, ociosidad de mano de obra, inmovilizados, sucateamiento de equipamientos e instrumentos, instalaciones físicas, seguros en general, materiales de consumo, energía, absentismo, justificativas médicas, justificativas por mérito. En el contencioso laboral: acrecimos de mano de obra para reemplazos, ausencia generalizadas, ausencia por accidente del trabajo, descansos, salida anticipada del trabajador de la empresa, atrasos y descansos legales; y por último los insumos fijos relacionados a los costes generales invisibles: apoyo a la burocracia, status funcionales, como también los insumos fijos embutidos relacionado a estos. Véase RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 142-144. Sigue el autor explanando sobre los insumos, algunos arriba expuestos, de la contratante que son naturalmente transferidos para la contratista: “Quando implantada a terceirização: Acidentes no trabalho, Remuneração dos 15 dias iniciais de afastamento, Estabilidade da Lei 8213/91 - Art 118, Socorro médico emergencial, Recrutamento, Seleção, Admissão, Demissão, Treinamento, Supervisão, Segurança no trabalho: EPI, EPC, Uniformização, Controles administrativo de pessoal, Ociosidade da mão-de-obra, Acréscimo de mão-de-obra – substituições, Materiais de consumo, Absenteísmo, Mão-de-obra para picos de trabalho, Equipamentos, Instrumentos, Ferramentas, Custos invisíveis”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 145-146. Para el autor Pereira da Silva, la subcontratación llevó grande relevancia para la reducción de los costes, aunque su teoría es discutible, visto que él se basa en que “es necesario perder los anillos para no tener que perder los dedos”, lo que significa decir que para el autor es más ventaja sacrificar los empleos para poder salvarlos, como se puede observar: “Precisamos encolher. Embora duvidoso e indigesto, o argumento não é totalmente destituído de sentido. As empresas, para garantir emprego, precisam desempregar. Precisam desempregar para reduzir custos, substituir mão-de-obra por automação e produtividade, e preservar algum emprego. E os que perdem o seu posto de trabalho para as máquinas e robôs migram parcialmente para o setor de serviços e para fornecedores”. Segundo Pereira da Silva: “A terceirização ganhou grande relevância na redução de custos. E como consequência tornou-se também impulsionadora da competição. Se a Volkswagen antes produzia seus próprios escapamentos sem maiores preocupações com competição, qualidade e custos, por ser fornecedora de si própria, passou a ter à sua disposição vários fornecedores, que, no embate entre si, buscam melhor qualidade e menores custos. A Ford, para desespero de alguns fornecedores, foi buscar fora e estabelecer em suas proximidades um produtor de bancos capaz de, com tecnologia de ponta, qualidade e custos altamente competitivos, gerar o conforto ergonômico que nossos fornecedores caboclos não produzem”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 55-57. Mientras que otros autores, como es el caso de Giosa, tienen otro punto de vista y afirman que la reducción de los costes debido a la subcontratación es relativa, dependiendo de cada caso, aunque observa que la simplificación de la organización, el incremento a la productividad, la concentración de esfuerzos en general llevan a las empresas a baratear sus costes en torno de 30,40%, en el cual tales costes tiene su mayor parte de reducción en las conocidas áreas de apoyo. GIOSA, Lívio Antônio, Terceirização: uma abordagem estratégica, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1994, pág. 107.

construcción y obras públicas, cámaras frigoríficas o de congelación, trabajos con la energía nuclear, etc.

Igualmente en España, infelizmente, se percibe una bajada salarial en los trabajadores de las empresas subcontratadas debido a la cantidad de empresas contratistas que se encuentran en el mercado, con independencia de que no baje la calidad de servicios y de que las medidas de seguridad y salud laboral estén presentes en el día a día de los trabajadores. La disparidad salarial se encuentra base en el art. 42 ET que expresa que el empresario contratante responde solidariamente hasta el límite de que correspondería a un trabajador fijo suyo que tenga la misma categoría y puesto de trabajo. Otra cuestión que se observa es que hay convenios colectivos distintos entre los trabajadores de plantilla y los subcontratados (de sector, provincial, de las Comunidades Autónomas, pero que sean diferenciados de los primeros).

También dentro de las posibles desventajas de las contratistas se encuentran: la responsabilidad subsidiaria, o dependiendo del caso solidaria, la mala elección de la empresa contratista contratada, etc. De preferencia la subcontratación debe ser hecha mediante el asesoramiento de empresas especializadas, de esta manera se disminuyen los riesgos de subcontrataciones de empresas que no cumplen con sus obligaciones tributarias, laborales y de seguridad social.

Ramos Soares de Queiroz afirma que las empresas que contratan sin tener cuidado ni responsabilidad puede tener consecuencias inesperadas, como por ejemplo: “poderá gerar um aumento do risco a ser administrado; desligamento de funcionários treinados e que não são aproveitados pelo prestador; uma eventual deterioração no relacionamento sindical; as demissões em si e o seu custo; podem ocorrer problemas no processo: má escolha do prestador; análises inadequadas na fase do planejamento geram erros de avaliação de viabilidade; dificuldades de equalização das culturas (tomador e prestador); insucesso de projetos anteriores; interveniência sindical nociva; erros na avaliação do perfil do prestador procurado; problemas com a especialização necessária do prestador; pode gerar conflitos de cultura, as quais devem ser compatíveis; reduzido número de empresas qualificadas e

confiáveis; cultura da empresa em manter a atividade-meio; falta de critérios adequados para avaliação; dificuldade na formação de parceria; aumento da dependência do terceiro”⁵⁵⁸.

En el mismo sentido, en España, Villanueva Nentwing apunta algunos posibles inconvenientes de una mala subcontratación: “Que el subcontratado se quede obsoleto y no nos aporte una ventaja competitiva, de ahí que se deba procurar elegir bien al proveedor; aquel que posea un buen posicionamiento en el mercado y sus métodos sean reconocidos; Un conocimiento exhaustivo del que nos presta servicio, sobre un producto o servicio en cuestión, en algunos sectores, puede suponer la creación de una industria propia y que pase de ser proveedor a ser competidor. Importante entonces, reflejar en las cláusulas contractuales este hecho para evitar que, en lo que buscamos ventaja competitiva en el mercado, nos suponga un duro golpe; Podemos encontrarnos que el costo ahorrado o el aumento de beneficios no sea lo que esperábamos; Ante la enorme flexibilidad del mercado, cabe la posibilidad que tras un cambio del sector, y tras realizar un análisis periódico, se nos presente la oportunidad inversa de obtener una ventaja competitiva implementando de nuevo un departamento propio en lugar de subcontratación. Esto se hace complicado por las tarifas que ofrecen puesto que son bastante atractivas y se contraponen el ahorro en costes con la pérdida de ventaja competitiva, un dilema a resolver; En caso de no encontrar el grado de satisfacción deseado con los resultados de la elección, un cambio de prestador de servicios puede suponer un enorme coste, bien por el traspaso de la cultura organizativa (por necesitar recursos extra para el traspaso), bien por el tiempo perdido (deben rehacerse las cosas que el otro prestador de servicios no hizo con los resultados que esperábamos), bien por suponer un coste más elevado que el anterior. Por estos motivos hacemos de nuevo hincapié en la importancia del análisis previo y la correcta elección de qué y con quién subcontratamos, y en su caso qué repercusión tiene en la organización y en la sociedad, para que todo vaya bien y no nos encontremos sorpresas”⁵⁵⁹.

También debe citarse en este punto a Montoya Medina, que estudia las desventajas más específicamente relacionadas al trabajador y al mundo laboral: “Como punto de partida, constituye ya un lugar común constatar que las consecuencias negativas que para los trabajadores se derivan del recurso habitual por parte de los empresarios al empleo externo o

⁵⁵⁸ RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização. Como encontrar os caminhos para a competitividade, com flexibilidade empresarial e atendimento do mercado, ganhando da concorrência e satisfazendo os anseios e interesses dos consumidores, STS, São Paulo, 1996, págs.82-83.

⁵⁵⁹ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 133-134.

indirecto son reconducibles a un fenómeno socioeconómico mucho más amplio que ha venido de la mano de la crisis económica: la "dualización" o "segmentación" de la colectividad de trabajo. Y es que, entre otros factores, las fórmulas descentralizadoras, concretamente, la subcontratación de obras y servicios, ha conducido a la disgregación de la mano de obra asalariada en dos grandes categorías o colectivos de empleados"⁵⁶⁰.

Lo que se debe tener en cuenta es que no siempre la subcontratación es tan beneficiosa o facilita el desarrollo productivo de una empresa. Hay que estar pendiente de si los empleados disponen de la debida calificación profesional⁵⁶¹, la búsqueda siempre por el menor coste puede causar problemas en el futuro. Una desventaja claramente identificada es el uso de la subcontratación fundamentada apenas en la reducción de los costes⁵⁶², por la que la empresa tiene que comprender que la mano de obra no es un coste propiamente dicho, más bien es una inversión necesaria.

Lo que puede pasar es que este abaratamiento de la mano de obra puede tener posteriormente gastos innecesarios e inclusive mayores, visto que en una grande parte de los casos tal mano de obra es no cualificada o no preparada para lo que requiere la contratante, y que tal mano de obra necesita de mayor supervisión y dirección. Que si es hecha por la contratante corre un serio riesgo de ser considerada por la JT como una vinculación laboral directa entre la empresa principal y el trabajador de la secundaria en una de las mejores hipótesis. Pues un trabajador subcontratado sin la cualificación profesional adecuada puede aumentar los riesgos de un accidente laboral, hasta llegar a casos de muerte por cuenta de su trabajo (tema mejor analizado en el tópico de salud, seguridad y medicina del trabajo en la subcontratación, visto en el próximo capítulo).

⁵⁶⁰ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 42.

⁵⁶¹En este sentido: "Em nosso país as empresas, em sua grande maioria, têm buscado terceirizar, sem os devidos cuidados, quase sempre pressionadas por momentos de dificuldades econômicas ou ameaçadas pela concorrência. Por isso a grande preocupação é com o preço dos serviços terceirizados, que quanto menor é melhor. Essa postura equivocada tem levado as empresas a selecionarem sem cuidados devidos e acabam por contratar qualquer fornecedor, independente da sua qualificação, competência ou capacidade, apenas porque ele apresenta o menor preço". Enténdese tercerización como subcontratación de obras o servicios. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999. pág. 11.

⁵⁶²Es válido citar la crítica que hace Pereira da Silva: "Estamos copiando mais uma vez. A ordem é terceirizar. Um rápido estudo técnico-financeiro demonstra vantagens de custo? Terceiriza-se a atividade. Deixemos bem claro, já neste momento: a terceirização que busca resultados apenas em razão do custo está praticando um ato que pode ser qualificado de qualquer coisa, menos de terceirização, no sentido de que esta decisão apóia-se em princípios éticos, técnicos e de busca de melhoria de qualidade e produtividade. É muito comum que se entregue a decisão final de um processo de terceirização ao departamento de compras, que, mediante cotação de preços, acolhe como um feito de performance o menor custo, pura e simplesmente. Isto não é e nunca será terceirização: é um desserviço à competitividade da empresa, pois preço jamais poderá ser o determinante exclusivo em um processo sério de terceirização, e os efeitos negativos aparecerão rapidamente". PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 26.

Para terminar este apartado resulta interesante citar nuevamente a Medina Montoya: “Esos elementos negativos plantean la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de redefinir los límites del Derecho del Trabajo para frenar el presente proceso de segmentación y revitalizar así su tradicional función como instrumento de cohesión y paz social. El papel entonces del Derecho del Trabajo, ante estos nuevos fenómenos, ha de ser un papel activo pues, si el ordenamiento laboral no ha perdido su función protectora, el Derecho del Trabajo que tuvo como misión originaria la de proteger a los trabajadores de una sociedad industrial, ahora debe enfrentarse al desafío de protegerlos de la sociedad postindustrial (Bellace). Por su parte, para nuestra doctrina no ha pasado inadvertido este fenómeno del que no sólo ha dado cumplida cuenta de su existencia sino que además ha encarado en predominante tono crítico. En este sentido, el profesor Sagardoy presenta la segmentación del mercado de trabajo como uno de los riesgos o efectos negativos de la flexibilidad (la externa, en este caso) y advierte que dicha segmentación puede desembocar en un sentimiento generalizado de injusticia y desánimo en la mayoría de los trabajadores”⁵⁶³. Temas como estos serán mejor discutidos y analizados en el próximo capítulo donde se estudiarán en general los derechos fundamentales y otros derechos de los trabajadores, así como formas de la precarización laboral ocasionada por la subcontratación.

⁵⁶³ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.43-44.



CAPITULO III

LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DESDE LA
PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES: LA CALIDAD DEL EMPLEO Y
LA PRECARIZACIÓN LABORAL, LA LIBRE
INICIATIVA DE LAS EMPRESAS EN EL MERCADO
Y EL MEDIO AMBIENTE LABORAL.

6. Los derechos sociales y la subcontratación

"O trabalho agradável é o remédio da canseira."

William Shakespeare

327

Antes de entrar específicamente en los fallos en el equilibrio entre la calidad del empleo y los derechos laborales específicos y no específicos por un lado, y la libertad de empresa y el libre mercado por otro, en Brasil y España, se estudia tal fenómeno globalmente. Serán primeramente analizados los derechos sociales relacionados con la subcontratación para posteriormente confrontarlos con la realidad social presentada en ambos países. La Constitución Federal Brasileña menciona ambos conceptos: en el art. 5º XIII CF/88 se reconoce la libertad de elección de profesión, y el art. 1º IV CF/88⁵⁶⁴, al tratar de los fundamentos del Estado Democrático Brasileño, expresa la importancia tanto de los valores sociales del trabajo como de la libre iniciativa de las empresas.

De esta manera, se torna difícil conciliar los intereses antagónicos de empleados y empleadores, principalmente para intentar lograr el objetivo de la República Federativa Brasileña que, conforme explicita el texto del art. 3º CF/88, es el de construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desarrollo nacional, combatir la pobreza y la marginación, reduciendo las desigualdades sociales; y también proporcionar el bienestar de todos sin cualquier tipo de discriminación al ser humano. Un precepto constitucional español interesante a este respecto es el apartado 2 del art. 128 CE, que determina: "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general". Así, de alguna manera, el gobierno español tiene cierto control sobre la libre iniciativa de las empresas, siempre y cuando afecte a los intereses generales del pueblo español.

⁵⁶⁴En este sentido es interesante hacer una comparación entre el principio de la igualdad y de los fundamentos del estado democrático encontrado en la Constitución Federal brasileña, como se puede observar: "O princípio da dignidade do ser humano é mitigado em face da terceirização, pois tal fenômeno diminui os direitos e garantias dos empregados, estimulando o subemprego. Não bastasse, a precariedade ocasionada pela terceirização afeta a possibilidade de real inserção e realização social do empregado terceirizado no contexto social. Destarte, a terceirização também agride o princípio da justiça social, alçado na Constituição Federal, em seus arts. 170 e 193. (...) Finalmente, no art. 1º, IV, da Constituição, observa-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito o valor social do trabalho. Esse vem sendo mitigado em face da terceirização, visto que tal fenômeno, sob o ponto de vista empresarial, destaca o valor econômico em detrimento do social. O trabalho deixa de ser um meio pelo qual o indivíduo insere-se na comunidade, sendo visto apenas sob o aspecto econômico, como força-motriz industrial". MEDEIROS PROVINCIALI, Igor Augusto de, Terceirização e mercado de trabalho brasileiro, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 135-136.

La CF/88 también menciona en su texto la intervención directa del poder público en la actividad económica en los casos en que sea necesaria a la seguridad nacional o a los intereses colectivos, definidos en ley, y tiene como objetivo la represión de los abusos del poder económico, que pretenden obtener la dominación del mercado, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los lucros. El art. 174 CF/88 expresa que ningún planeamiento económico hecho por el poder público para algún sector de actividad o para el conjunto de estos, puede ser impuesto como obligatorio al sector privado. Lo máximo que el estado brasileño puede hacer es incentivar y atraer a los particulares, mediante un planeamiento indicativo que se presente como seductor, para condicionar la actuación de la iniciativa privada.

El párrafo único del art. 170 CF/88 asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, exceptuando las establecidas en el art. 177 CF/88 que se encuentran bajo el monopolio estatal. El art. 173 CF/88 trata sobre el fundamento para la intervención en la actividad económica, vía exploración de actividad propia de iniciativa privada, ante la utilización de empresas gubernamentales. Mientras que el párrafo cuarto del mismo artículo ora referido establece el fundamento para la represión del abuso del poder económico.

El art. 40.1 CE expresa que es deber de los Poderes Públicos promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa en el marco de una política orientada al pleno empleo”. Lo que quiere decir es el papel fundamental que tiene el Estado democrático de derecho español, el cual debe intermediar entre ambos polos, intentando conciliar los intereses de ambas partes, a pesar de ser una difícil tarea ante los cambios de empleo, y de la tasa de desempleo estructural y todas las repercusiones, que trae el nuevo modelo económico global, en el cual la parte hiposuficiente sigue siendo los trabajadores, como en el devenir de toda la historia laboral.

Ya en Brasil, con respecto a las relaciones internacionales, el art. 4º II CF/88 menciona claramente la prevalencia de los derechos humanos en cualquier tipo de relación. Igualmente se garantizan en relación a las cuestiones internas en el Título II – De los derechos y garantías constitucionales, en el cual el Capítulo I trata de los derechos y deberes individuales y colectivos – siendo el de enfoque de estudio el art. 5º CF/88 - , correspondiente al Capítulo II

de la CE; y el Capítulo II que es sobre los derechos sociales – en lo que dice respecto a los derechos laborales será analizado profundamente el art. 7º CF/88. Solo a nivel de complementariedad, es válido decir que en la CE no tiene un artículo descriptivo-analítico de los derechos laborales como en la CF/88, a pesar de que la primera cita varios derechos de los trabajadores a lo largo de la misma, dejando, sin duda, que tal reglamentación sea a cuenta de la legislación laboral - ET.

La propia constitución prevé en el art. 5º XLI CF/88 la punición a cualquier discriminación atentatoria a los derechos y libertades fundamentales. Una disposición similar se encuentra en la constitución española en los apartados 2 y 3 del art. 53 CE, que indica que: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”. Y el apartado 3 establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”.

La CE especifica en su preámbulo que la nación española debe la obediencia de los derechos humanos y el deber de promoción por parte de los poderes públicos del progreso de la economía –temas relacionados con el presente estudio -, y con el objetivo de establecer la justicia, la libertad, la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, usando siempre de su soberanía: “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”.

Igualmente se encuentra lo dispuesto en el art. 10 CE, base de los derechos fundamentales, que resulte aplicable **al trabajador, y más específicamente a los subcontratados**, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el

libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Señala además este artículo que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En lo que concierne a las cooperativas, (visto en el capítulo anterior) que es una de las formas más frecuente de burla de las normas laborales brasileñas como institución de utilización de contratas y subcontratas, el art. 5º XVIII CF/88 especifica la formación de asociaciones de cooperativas independiente de la autorización, siendo vetada la interferencia estatal en su funcionamiento interno. Lo que significa decir la legalidad garantizada a nivel constitucional que infelizmente muchas veces en la práctica es mal utilizada por empresarios y por el sector de servicios en general, habiendo un gran número de cooperativas fantasmas o con irregularidades que normalmente no respetan los derechos del trabajador.

También, como se ya ha mencionado, en relación con las cooperativas de trabajo en el caso de España, una vez que éstas son consideradas como una de las formas utilizadas por la subcontratación – a pesar de que, al revés de en Brasil, no son utilizadas con tanta frecuencia como contratas y subcontratas – se aplicará el régimen de subcontratación de igual forma a la cooperativa como a cualquier otro tipo de empresa. Importante es mencionar el texto constitucional español en su art. 129.2 CE que expresa: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”⁵⁶⁵.

El texto constitucional brasileño en el art. 7º XXVIII CF/88 determina la protección contra la automatización, conforme a lo especificado en ley ordinaria. Es un precepto

⁵⁶⁵Al respecto véase el texto del autor Cabero Morán en que explica la importancia constitucional que se encuentra las cooperativas y otros caracteres, conforme se percibe: “Se precian las cooperativas de ser las únicas sociedades citadas expresamente en la Constitución Española (CE). Establece el artículo 129.2 de la CE que <Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción>. (...) El mandato constitucional concreto versa, como se ha dicho, sobre el fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades cooperativas. Cita la CE singularmente (no acude a esta técnica con los otros dos mandatos, aunque resulta el legislador igualmente el más indicado para satisfacerlos) tanto el objetivo, como el medio. Dependen pues del tino a la hora de aprobar la legislación sobre sociedades cooperativas o, en otras palabras, sobre la necesidad de reconducir la expresión <legislación adecuada> a un conjunto de normas que por su relevancia y coherencia sistemática merezca su consideración autónoma. La aprobación de una legislación adecuada en materia de sociedades cooperativas no conlleva, por supuesto, el nacimiento de una nueva rama del ordenamiento jurídico, ni siquiera la búsqueda del referido conjunto de normas con tintes autosuficientes rotulable como legislación cooperativa”. CABERO MORÁN, Enrique, El complejo panorama legislativo español: la ley estatal y las leyes autonómicas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 51-52.

constitucional de extrema valía, una vez que los medios tecnológicos y de comunicaciones avanzan rápidamente, y en relación a la materia laboral se denota una gran sustitución del trabajo humano por el de las máquinas. Siendo importante destacar que prevé un amparo de la Seguridad Social y de otros sistemas de adecuación a esta nueva realidad, si bien desde la promulgación de la Constitución Federal de Brasil el 05 de octubre de 1988 no fue redactada ninguna ley ordinaria que tratara del tema. En relación a la constitución española, es importante mencionar el art. 18.4 CE, que limita el uso de la informática para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y está desarrollado por la LO 15/1999, que trata sobre el tratamiento informatizado de datos conforme expresa en su texto: “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

El art. 22 XVI CF/88 expresa sobre las competencias privativas de la Unión de legislar sobre la “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”. Hecho que constata que al principio todo tipo de trabajo es legal sí la ley no lo veta. En la constitución española, se observa en el apartado 7 del art. 149 CE que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Otro tema ya visto, pero de mención útil nuevamente al ver los derechos constitucionales en materia de subcontratación es el art. 37 II CF/88 trata de negar por todos los medios la vinculación de un trabajador de la contratista que presta servicios a la Administración Pública, porque una vez que son tipos de trabajadores no regidos por la CLT, tienen su régimen jurídico propio y el único medio de investidura del cargo de funcionario público es por medio de concurso público. El art. 37 II CF/88 determina: “A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...); II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

En oposición a esta idea de protección al trabajador, se percibe, incluso por parte del gobierno estatal, la flexibilización de las contrataciones laborales conforme al art. 37 IX CF/88,

en el cual se define que la ley establecerá los casos de contratación por tiempo determinado para atender las necesidades temporales de excepcional interés público. Basadas en este precepto hay muchas subcontrataciones por parte de las instituciones públicas, hecho que también influye en la disminución de la contratación de servidores públicos, asociada al fenómeno del nuevo empleado público, que tiene como característica una mezcla entre trabajador regido por la CLT y funcionario público. Éste, como ya se ha visto, es uno de los casos más típicos de flexibilización en la administración pública.

En relación a este temario, la constitución española, en el apartado 18 del art. 149 CE determina que es de competencia exclusiva del Estado: “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”; en el cual ya transfiere para las leyes específicas la reglamentación de la Administración Pública en concreto. Complementariamente, es importante nombrar también al apartado 1 del art. 122 CE que: “La Ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

La investidura en cargo de la Administración Pública en España se realiza conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 103 CE: “La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

El valor del trabajo es continuamente citado en varios artículos constitucionales, constatando su real importancia en la vida del ser humano y consecuentemente en las relaciones sociales. El art. 170 CF/88, por ejemplo, al tratar de los principios generales de la actividad económica, menciona que esta estará fundada en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa. Este quizás sea el principal principio dentro de los varios a ser enfatizado en este estudio pues es el que más choca, no en la teoría sino en la práctica de las empresas, con los derechos de los trabajadores, aunque puede coexistir si hay un mejor trabajo gubernamental y de las empresas en conjunto. En este sentido es válido expresar: “Sérgio

Martins, igualmente, obtempera no mesmo sentido, argumentando que o princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição Federal, é determinante para que a terceirização não fique restrita à atividade-meio da empresa, incumbindo ao administrador eleger as áreas ou atividades empresariais que são passíveis de terceirizar, desde que, como é óbvio, haja licitude na utilização do instituto”⁵⁶⁶.

El principio de la libre iniciativa se ve reforzado por lo visto en el art. 1º CF/88 – teniendo como objetivo: asegurar a todos la existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, siempre observando la propiedad privada, la función social de la propiedad, la libre competencia, la defensa del consumidor, la defensa del medio ambiente, la búsqueda del pleno empleo y el tratamiento favorecido para las empresas de pequeña dimensión constituidas según la ley brasileña, que deberán tener su matriz y administración en el país. El párrafo único del mismo artículo constitucional asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica independiente de autorización de órganos públicos exceptuando los previstos por ley.

Tal dualidad entre el trabajo y la libre iniciativa de las empresas se encuentran reflejadas en la constitución española en los siguientes artículos. En el art. 35.1 CE, que se encuentra dentro del apartado de los derechos y deberes de los ciudadanos, se expresa el deber de trabajar como también el derecho al trabajo de todos los ciudadanos españoles, en el cual se reconoce el principio de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras. Un excelente análisis sobre este tema hace Sastre Ibarreche, el cual menciona la importancia del derecho al trabajo encuadrado en el modelo económico actual y analiza “el deber y la libertad de trabajar”⁵⁶⁷. Tampoco se puede dejar de mencionar que este precepto constitucional, preocupado con la calidad de vida del trabajador, trata también de la libre elección de trabajo y menciona el concepto de trabajo digno al nombrar la promoción (posibilidad de ascenso en el trabajo) y a una remuneración compatible con las necesidades básicas del trabajador y de su familia. Más pertinente a la elección del trabajo ahora citada, es importante mencionar el art.

⁵⁶⁶Cavalcante Júnior, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág.111. Sigue explicando el autor: “Por outro lado, há de se considerar que o princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição Federal, impede se restrinja o processo terceirizatório às atividades-meio, cabendo exclusivamente ao administrador eleger as áreas ou atividades empresariais que são passíveis de terceirizar, desde que, como é óbvio, haja licitude na utilização do instituto. Manter-se tal posicionamento constituir-se-á afronta ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal”. Cavalcante Júnior, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág.162.

⁵⁶⁷SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Trotta, D.L., Madrid, 1996, pág. 20.

10.1⁵⁶⁸ CE, en el cual, dentro de un concepto más amplio de “libre desarrollo de la personalidad”, se incluye la libre elección de la persona a elegir su profesión.

En contrapartida, en el art. 38 CE se reconoce la libertad de empresa y el libre mercado. El Estado español garantiza y protege la libertad de empresa y su productividad si están de acuerdo con la economía general y conformes al ordenamiento jurídico español. La pretensión denotada por parte de las empresas, teniendo en cuenta que la economía es fluctuante y que ya no tiene patria, es la flexibilización de las reglas laborales y los subsidios estatales que puedan ofrecerse a nivel tributario y de seguridad social, principalmente en una etapa social donde se evidencia la debilitación del sindicalismo y de las negociaciones colectivas en relación a las contratas y subcontratas. De esta manera se puede percibir que los dos conceptos intentan compartir un mismo escenario, pero en la práctica las necesidades y objetivos llegan a ser bastante distintos.

No debe olvidarse que el derecho a la libertad de empresa está limitado, será ejercido de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación, aunque es obligación del poder público garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Tal planificación ahora referida se encuentra en el art. 131 CE, el cual menciona que el Estado planificará la actividad económica general para atender a la necesidad colectiva, como también para que haya equilibrio y armonía en el desarrollo regional y sectorial, estimulando a la vez el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa redistribución. Según el art. 53.2 CE, la libertad de empresa no goza de especial protección jurisdiccional, aunque tiene un contenido esencial exigible y también una regulación de rango legal, y el objetivo del tal regulación se basa en que la protección de este derecho debe existir para que no ocurra una competencia desleal dentro de la conocida competencia del mercado.

Sigue la constitución brasileña mencionando sobre el trabajo el art. 193 CF/88 que está destinado al Orden Social, que tiene como base el trabajo y como objetivo el bienestar social y la justicia social. El art. 205 CF/88 trata de la educación como un derecho de todos y un deber del Estado y de la familia, siendo promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad, objetivando al pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo, indudablemente no se puede negar que la

⁵⁶⁸ El art. 10.1 CE expresa: “(...) 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

accesibilidad y mejora de la educación, haciendo que esta llegue a todas las clases sociales brasileñas. Es la principal manera de adecuar la población a las exigencias de los vientos de globalización en la economía mundial.

La necesidad de una política del gobierno español que garantice la formación se encuentra prevista en el art. 40.2 CE: “una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. En relación a las contratadas y subcontratadas, dentro las varias leyes españolas de los últimos tiempos, en materia de igualdad, como por ejemplo la lucha contra la discriminación por género o por discapacidad, destacan los cambios realizados en el art. 42 ET, por la Ley 43/2006, y la promulgación de la Ley 32/2006, que trata de las contratadas y subcontratadas en el sector de la construcción, tema más detallado a continuación. Son intentos por parte del legislador de mejorar la calidad de vida y de empleo de los trabajadores de las contratadas y subcontratadas, siendo uno de los puntos de mayor preocupación la seguridad y salud en el trabajo, y el intento de eliminar y prevenir riesgos laborales, y dentro de lo posible, de evitar que se realicen cesiones ilegales de trabajadores.

La representación de los trabajadores, y obviamente también es válido para los casos de subcontratación como para todos los demás, encuentra sus reglas generales en el art. 8º al 11 CF/88. El art. 7º CE trata de los sindicatos de los trabajadores y de las asociaciones empresariales. Ambos deben contribuir “a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”. En este precepto se demuestra que cada representación se dirige según los intereses de las respectivas clases, por un lado están los sindicatos, en los que percibe la lucha por los derechos de los trabajadores y la resistencia a los cambios exigidos por los empresarios, y por otro lado estos que, aprovechando el fortalecimiento de la autonomía empresarial, debido al creciente uso de medios tecnológicos y la mayor cantidad de mano de obra, tienen la tendencia unilateral de estipular las condiciones de trabajo y de remuneración.

En la legislación laboral brasileña, la Seguridad Social y la protección por desempleo se encuentran respectivamente regulados en los arts. 194 y 195 CF/88 y en el art. 7º II y III CF/88. Los dos primeros determinan las funciones, composición y reglas generales de la Seguridad Social, mientras que en los apartados referidos del art. 7º CF/88 contemplan el seguro desempleo en caso de despido involuntario y el derecho al FGTS.

En España, el art. 41 CE menciona el deber del poder público de garantizar a todos los ciudadanos un sistema público de Seguridad Social eficiente y que proporcione un amparo al desempleo. Principalmente es en este contexto social global donde se detectan dos factores recurrentes del nuevo modelo económico: El primero es en relación a la Seguridad Social en el cual se percibe una tendencia a segmentar la oferta y la cobertura, sin contar que en muchos países se incentiva que los trabajadores contraten seguridad social privada para incrementar el promedio de la renta del trabajador en la vejez, mientras que otro factor percibido es el aumento de tasas y exclusión de beneficios, tema que felizmente no sucede en España, con una Seguridad Social bastante amplia y eficiente, al menos de momento. El segundo está relacionado con la disminución del control estatal en la nueva era del liberalismo, con el cual se intenta regular el trabajo, las condiciones laborales y el sueldo entre las partes interesadas, lo que se puede traducir en debilitación de los derechos laborales.

En este sentido, el art. 41 CE se preocupa por la calidad de vida del trabajador, reforzando las políticas de empleo generales y para grupos minoritarios que tienen dificultad de inserción en el mercado laboral, todo con la finalidad de disminuir, o más bien, equilibrar las desigualdades sociales laborales y nivelar las oportunidades de trabajo para todos, y consecuentemente, garantizar el bienestar social de la población española.

Para concluir, se estudia el art. 218 CF/88, que regula sobre la materia de ciencia y tecnología que el Estado promoverá e incentivará el desarrollo científico, la investigación y la capacitación tecnológica. El texto de este artículo trata de nombrar la importancia que tienen la investigación científica para la sociedad y el desarrollo del país, siendo principalmente referidas a la solución de problemas brasileños y al desarrollo del sistema productivo nacional, punto donde se encuentra el desequilibrio de intereses de la empresa y el trabajador actualmente.

El Estado apoyará la formación de recursos humanos en las áreas de ciencias, investigación y tecnología, y concederá a los que de ellas se ocupen medios y condiciones especiales de trabajo. La ley apoyará y estimulará las empresas que inviertan en investigación, creación de tecnología adecuada al país, formación y perfeccionamiento de sus recursos humanos y que practiquen sistemas de remuneración que aseguren al empleado, la participación en los lucros económicos resultado de su productividad en el trabajo – lo que verdaderamente debería ser seguido en la práctica, siendo optativo a los Estados y al Distrito

Federal para las entidades públicas de fomento de la enseñanza y de la investigación científica y tecnológica.

En este sentido se encuentra el gobierno español, conforme al art. 44 CE, con el deber de promoción y de tutela del acceso a la cultura, como también el de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general; El apartado 15 del art. 149 CE especifica que es de competencia exclusiva del Estado el fomento y la coordinación general de la investigación científica y técnica. Se pasa ahora al análisis de los derechos fundamentales del trabajador y su relación con la calidad del empleo en la subcontratación.

7. Incidencia de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales del trabajador en la calidad del empleo y la subcontratación

“Não há democracia política que resista a tão dramáticas diferenças sociais. O agravamento das desigualdades é um convite às soluções de força.”

Luis Inácio Lula da Silva

No se puede separar el concepto de trabajo del de ciudadanía⁵⁶⁹, estos dos están intrínsecamente correlacionados para que se pueda entender la importancia social del trabajo digno, principalmente en esta sociedad global donde la moneda de cambio que sostiene el mercado económico básicamente es la remuneración. De esta manera no se puede quitar de

⁵⁶⁹Ciudadanía es un término que está estrictamente relacionado a la vida en sociedad y con la política. Los cambios en su acepción y en la forma de utilización van variando de acuerdo con los tiempos, con la influencia de la política y economía de cada época. El objetivo a ser logrado con la ciudadanía es la igualdad civil y política entre todos los individuos de una determinada población. Su concepción puede ser analizada desde varios ángulos, como por ejemplo, por el social, por el jurídico y por la moral. Lo que efectivamente se encuentra en común en los tres es que todos afirman ser la ciudadanía fundamental para la existencia de un buen funcionamiento social, de relaciones interpersonales, y del tan esperado alto nivel de bienestar social. En este sentido también es importante mencionar otro concepto de ciudadanía: "A cidadania é responsabilidade perante nós e perante os outros, consciência de deveres e de direitos, impulso para a solidariedade e para a participação, é sentido de comunidade e de partilha, é insatisfação perante o que é injusto ou o que está mal, é vontade de aperfeiçoar, de servir, é espírito de inovação, de audácia, de risco, é pensamento que age e ação que se pensa." Jorge Sampaio, in *Educar para a Cidadania*, Maria de Lourdes L. Paixão, Lisboa Ed. http://www.netprof.pt/netprof/servlet/getDocumento?TemaID=NPL070102&id_versao=11873. Véase *ciudadanos del mundo*, págs. 195-232, en GEORGE, Susan; CHOMSKY, Noam; STIGLITZ, Joseph E; SHIVA, Vardano; BHABHA, Homi & APPIAM, Anthony, *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, S.L., Madrid, 2004. En lo que discierne a la ciudadanía activa para la postmodernidad, relacionado con los derechos humanos y el contexto de la globalización, véase págs. 71-75, en JARAMILLO DÍAZ, Ricardo, *La cultura de los derechos humanos y la construcción de sujetos sociales. Una experiencia para construir conocimiento local*, Escuela Superior de Administración Pública, Subdirección Académica, Facultad de Investigaciones: Derechos Humanos, Bogotá, 2006. Igual es importante decir que una buena forma de practicar el ejercicio de la ciudadanía es la búsqueda de una humanización de la subcontratación.

importancia al valor del trabajo dentro del mercado. Se analiza en este punto cómo la subcontratación puede repercutir en los derechos fundamentales del trabajador, puesto que se puede decir que las transformaciones de la concepción antigua del valor del trabajo - dentro de una sociedad, éste como una identidad y medio de socialización, o con otras palabras, el trabajo como modo de vida – pasará al extremo de considerarse el trabajo como algo esencialmente funcional o instrumental para sobrevivir, como un medio de vida, y sin la preocupación debida a los trabajadores, especialmente en este caso, a los subcontratados.

En este capítulo se observan dos enfoques distintos de visión de la subcontratación. Se verá que la legislación laboral brasileña prima más por la no precariedad que el trato de igualdad y no discriminación de los trabajadores de una forma en general. Mientras que en España el enfoque principal dado a la subcontratación está más relacionado con los riesgos y los accidentes laborales, aunque la brasileña también se preocupa por la no precariedad en el ambiente laboral. Dispone de fundamental importancia tal análisis para ubicar los principales casos de discriminación en materia laboral, inclusive en algunos colectivos, como es el caso de la mujer, que tiene un peso fuerte en la discusión brasileña a cerca de la subcontratación. También se trata de una de las formas más funcionales de insertar a los ciudadanos en el mercado laboral: la formación profesional. Posteriormente será analizado el contrapunto de los derechos de los trabajadores, aunque teóricamente no tendría por qué serlo, pero en la práctica se observa que sí, que son las acciones de las empresas que se respaldan en el principio de libertad de empresa. De esta forma, se analizarán posteriormente las repercusiones que causa la subcontratación en el cotidiano de la sociedad, como sería el caso de la debilidad sindical, y el escaso cuidado del medio ambiente laboral, donde se percibirá un mayor impacto e influencia de la legislación española, que también puede ser objeto de análisis desde la posterior de la legislación brasileña.

Esta concepción del trabajo como mero modo de supervivencia va en contra de los derechos humanos⁵⁷⁰, más específicamente contra la dignidad humana- mejor analizada posteriormente -, pues sería la traducción de la prestación de servicios de una persona o otra, menospreciando el verdadero sentido del valor del trabajo⁵⁷¹ en la concepción humanitaria, en

⁵⁷⁰En este sentido: “O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do Século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome, a marginalização”. PASELLO VALENTE NOVAIS, Denise, Discriminação da mulher e direito do trabalho. Da proteção à promoção da igualdade, LTr, São Paulo, 2005, págs. 26-27.

⁵⁷¹La relación entre la tendencia del capitalismo contemporáneo y de la humanización del trabajo debe ser bien ponderada visto que el primero tiende a la disminución de los derechos laborales y consecuentemente a la explotación del trabajador, como se

contra del “trabajo decente” y de la calidad de empleo y de vida del trabajador. Pues no se puede olvidar que la función social del trabajo también consiste en hacer la inserción del ciudadano en la propia sociedad.

En el marco de la campaña por un “trabajo decente” la OIT ha empezado un nuevo programa mundial sobre la “seguridad socioeconómica”, para que se apliquen las políticas de trabajo decente. En este sentido, los puntos más importantes son: “Seguridad del mercado de trabajo. Oportunidades de trabajo fundadas en unos niveles de empleo altos garantizados por la política macroeconómica. Seguridad del empleo. Protección contra el despido arbitrario y estabilidad del empleo compatible con el dinamismo económico. (...) Seguridad en el trabajo. Protección contra los accidentes y enfermedades del trabajo sustentada en normas relativas a la salud y seguridad y en límites a la jornada laboral, al trabajo en horas intempestivas, al trabajo nocturno de las mujeres, etcétera. Seguridad de formación profesional (desarrollo de las calificaciones profesionales). Posibilidades amplias de adquirir, conservar y renovar la capacitación profesional por medio del aprendizaje, la formación en el trabajo y otros métodos”⁵⁷².

Antes de entrar específicamente en el estudio de los derechos humanos y la subcontratación, es conveniente realizar algunos comentarios. En general se observa a lo largo de la historia la eterna lucha contra la explotación del trabajador por parte del empleador, aunque también no se puede olvidar que existe en posible explotación de un trabajador por

puede percibir: “O conjunto de indicadores apresentados mostrou a dimensão das perdas impostas pelo processo de precarização, resultante da reestruturação produtiva dos anos 1990, aos trabalhadores da RMS, os quais passaram a vivenciar a exacerbação de uma tendência geral do capitalismo contemporâneo: a destruição de direitos e a super-exploração. Mostrou também a acentuação das características mais negativas do mercado de trabalho metropolitano, cada vez mais precário e pobre: postos de trabalho em número insuficiente vis-à-vis a oferta de força de trabalho; elevados contingentes de trabalhadores sem proteção social e um número muito reduzido de empregos/ocupações bem remunerados”. BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 93-94. Es interesante también mencionar que: “o mundo contemporâneo é marcado por um discurso ético que não mais tolera certos retrocessos na evolução histórica. O desprezo pela dignidade humana, num contexto liberal de revolução industrial, levou ao surgimento do Direito do Trabalho, como forma de preservação desta nota que representa a própria essência do ser humano. Sem desprezar a realidade, tolerou-se a disponibilização da prestação de serviços de um homem para outrem. A mão-de-obra, contudo, não haveria de ser vista como mais um objeto de troca a ser pautada pelas leis de mercado. Tomou-se consciência do valor do trabalho, de vez que é através dele que o homem expressa a nota que o distingue de todos os outros seres, a sua racionalidade”. ALVES RODRIGUES, Bruno, Princípio da igualdade e sua efetiva verificação diante do processo de terceirização, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 70.

⁵⁷² Y sigue las pautas: “Seguridad de ingresos. Protección contra la pérdida de ingresos mediante sistemas de fijación de salarios mínimos, indexación salarial, seguridad social integral, tributación progresiva, etcétera. Seguridad de representación. Protección de la representación colectiva en el mercado de trabajo sustentada en sindicatos de trabajadores y asociaciones de empleadores de carácter independiente y en otras entidades capaces de representar los intereses de los distintos sectores de la población trabajadora. Una promesa institucional por la que vale la pena apostar. Pues los cambios globales impuestos por políticas continuadas de precarización laboral tienen ejes matrices muy anclados en la política general. Se ha socavado así la base misma sobre la que las gentes pueden edificar la defensa de un trabajo decente, las condiciones de un trabajo que no les despoje de todo aquellos que les permitía no sólo llevar a cabo su tarea con profesionalidad, aplicación y hata orgullo y entusiasmo, sino también construir su vida como ciudadanos y como personas”. CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, págs. 35-36.

otro trabajador visto en la “marchandage”, hecha por un “subempreiteiro” de dimensión económica media. Resulta diferente del gran subempreiteiro o también de aquel que es casi socio de su único asalariado, pues estos dos últimos casos ya no se identifican con los tipos de demandas más usuales en los tribunales laborales.

En este sentido se puede citar el ejemplo en que un trabajador contrata a otro para hacer su servicio y en el momento del pago repasa solamente una pequeña parcela al que efetivamente ha realizado el labor, conforme comenta Ferreira Prunes: “Naquelas atividades em que o dador de trabalho é obrigado a aceitar mão-de-obra indicada pelos sindicatos, para a composição de "ternos" de estiva ou se serviços assemelhados ou complementares, registra-se velha e nefasta tradição. Apontado um grupo de trabalhadores para a tarefa, esta conta com a pequena ou nula atividade muscular, pois a modernização dos equipamentos, máquinas portuárias e navios faz com que a interferência destes seja mínima. Não raro (notadamente quando há necessidade de trabalho efetivo...), os privilegiados que foram designados, já então com a convivência de todos os que sabem da irregularidade, entregam a tarefa para terceiros. Estes é que vão realmente fazer força, substituindo os designados (ausentes...). Os "titulares" recebem seu pagamento e, ficando com uma parte significativa, dão aos que realmente labutaram apenas uma parcela...”⁵⁷³.

Para los autores, como es el caso de Guimarães Feliciano⁵⁷⁴, Canessa Montejo y Pérez Luño, que defienden la división de los derechos humanos - dentro de la diversidad de clasificaciones - generalmente encajan en los derechos humanos de segunda generación los de rasgos sociales, económicos y culturales; que específicamente a este estudio se refiere a los derechos fundamentales (individuales, de condiciones mínimas de trabajo) del trabajador,

⁵⁷³ FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993, págs. 174-175.

⁵⁷⁴ Segundo el autor: “Direitos de segunda geração (nas relações de trabalho). São basicamente todos os direitos sociais stricto sensu, largamente estudados no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito de Seguridade Social. O elenco é vasto: direito à previdência social (prestações e serviços), irredutibilidade salarial e direito ao salário mínimo, direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, direito às horas extras e à jornada regular de trabalho, direito às férias e ao décimo terceiro salário, direito às verbas rescisórias/rescisórias, direito à participação nos lucros e resultados da empresa, etc. Cite-se, ainda, o direito à não discriminação no trabalho (vide, e. g., a Lei 9.029/95), que deita raízes no próprio direito à igualdade civil, tal como consagrado no art. 5.º, I, da CF/88. Todos esses direitos convergem para um objetivo constitucional tácito, a saber, o de reequilibrar a disparidade socioeconômica entre os proprietários dos meios de produção (empregadores) e os detentores da força de trabalho (empregados). Daí sustentarmos, noutro trabalho, que o princípio da proteção (ou, na moderna terminologia de Palma Ramalho, o “princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho.”) é, na verdade, um princípio constitucional implícito”. GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, en AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, N. 121, LTr, São Paulo, 2005, págs. 70-71. Véase también PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, La tercera generación de Derechos Humanos, Aranzadi, Navarra, 2006.

según dispuesto en los arts. 6º y 7º CF/88. En el mismo sentido en España, se encuentra tales derechos - de forma más resumida - dispuestos en los arts. 35.1⁵⁷⁵ y 40.2⁵⁷⁶ CE.

Con la finalidad de comprender el complejo mundo del trabajo y su inserción en la esencialidad de la sociedad - y consecuentemente tema importante para los derechos humanos - pero tampoco con la pretensión de hacer un análisis detallado sobre el tema, es importante también mencionar sobre el coste final de un producto, pues al parecer la humanidad no se librará de los costes de un producto. Lo que sí es importante es no mirar al trabajo como una mercancía, el trabajo no consigue alejarse de un precio, siendo este cuantiado dependiendo de cuanto pretende obtener de lucro el empresario, y de cuanto este valora a sus trabajadores o no⁵⁷⁷.

Otro punto que también entra en cuestión, objeto de este presente estudio, es la figura del intermediario, y una de las finalidades de éste es la de acercar al trabajador momentáneamente sin empleo a un empresario que tampoco conoce al trabajador de la contratista. El intermediario hace el eslabón de la unión entre ambas partes, entre dos partes que se necesitan pero que a la vez se ignoran⁵⁷⁸. Inclusive el valor pecuniario que gana el intermediario es regulado por el mercado económico, tales ganancias sea de cualquiera naturaleza, de capital, o de trabajo, se encuentran condicionados a la posibilidad de aquel que

⁵⁷⁵ El art. 35.1 CE determina: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

⁵⁷⁶ El art. 40.2 CE menciona: "Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados".

⁵⁷⁷ Mayores informaciones véase: FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993. En este sentido, es válido mencionar como el trabajador era visto como una cosa, no como un ciudadano, y consecuentemente sin derechos, y como sus dueños los utilizaban como subcontratados de cierta forma, conforme relata Boris Fausto, citado por Souto Maior: "As relações escravistas não se resumiram a um vínculo direto entre senhor e escravo, sem envolver outras pessoas. Houve cativos alugados para a prestação de serviços a terceiros, e nos centros urbanos existiram os 'escravos de ganho' — uma figura comum no Rio de Janeiro dos primeiros decênios do século XIX. Os senhores permitiam que os escravos fizessem seu 'ganho', prestando serviços ou vendendo mercadorias, e cobravam em troca uma quantia fixa por dia ou por semana." SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Terceirização na administração pública — uma prática inconstitucional, en AA.VV., Doutrina Trabalhista, vol. 70, n. 11, Revista LTr. 70-11, São Paulo, 2004, pág. 1317.

⁵⁷⁸ En este sentido, véase: FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993. El autor expresa: "A literatura dos séculos XIX e XX está marcada indelevelmente e de forma superlativa, pelos temas em torno do trabalho. De uma forma velada ou panfletária, o trabalho é centro de incontáveis obras, certamente em maior número do que as de poesia ou aquelas da arte pela arte. Raro é o livro que, de uma forma ou outra, não tenha um de seus focos ou até o ponto central na atividade humana, no trabalho produtivo e na retribuição maior ou menor desse esforço. Sistemas filosóficos, sociedades e regimes políticos se estruturam, expandem e até desaparecem em torno do trabalho. Do trabalho e de seu preço, do trabalho e de sua propriedade. Do trabalho e de seus resultados... Agueridos poetas e fecundos romancistas pintaram com cores carretadas o áspero trabalho e procuraram glorificá-lo em obras que ainda encantam os leitores. O trabalho assalariado mais foi visto como um poço sombrio para a sociedade do que um empreendimento estimulante e necessário. O empresariado foi, na maior parte das vezes, mostrado em sua face de despotismo arrogante e impiedoso...". FERREIRA PRUNES, José Luiz, Terceirização do Trabalho, Juruá, Curitiba, 1995, pág. 293.

la necesita. Muchas veces el precio para el consumidor será entre lo alto y lo soportable dependiendo del poder adquisitivo de la persona que lo adquiera, de igual forma se percibe el valor que será pago a la contratista.

En postura diferente y controvertida, se puede citar a Pereira da Silva que, textualmente, expresa que el trabajador tiene que aprender a oír y no solamente escuchar, según él el autoritarismo del trabajador debe desaparecer, debiendo éste dejar su pensamiento arrogante, herencia de las luchas sindicales, como se observa: “Chegou a hora de ouvir e não apenas escutar. O autoritarismo deve desaparecer; — o trabalhador deve deixar de lado uma certa arrogância, herdada das lutas sindicais das décadas de 70 e 80, e deixar de usar expressões provocativas como "conquista" e "exigimos" (assim mesmo, no plural, até quando seja um só a "exigir"). O tempo é de entendimento, de consciência mútua dos problemas de cada parte e de soluções consensuais “Haverá sempre alguém, sindicalista ou não, clamando por salário justo. Sinceramente, não acreditamos em salário justo. Acreditamos no salário possível. Não há salário ideal. Há o que a empresa pode assumir sem comprometer a sua sobrevivência e o que os sindicatos podem conquistar sem levar as empresas à insolvência, que pode preceder a falência. E para que capital e trabalho se entendam é de vital importância que se compreendam coisas relativamente simples: — as relações devem ser de absoluta transparência; — o acionista não é dono absoluto do capital produtivo. Sem trabalho o capital não gera lucros, logo, o trabalho também deve ter voz ativa e participar da vida e até das decisões da empresa. Chegou a hora de ouvir e não apenas escutar. O autoritarismo deve desaparecer; — o trabalhador deve deixar de lado uma certa arrogância, herdada das lutas sindicais das décadas de 70 e 80, e deixar de usar expressões provocativas como "conquista" e "exigimos" (assim mesmo, no plural, até quando seja um só a "exigir"). O tempo é de entendimento, de consciência mútua dos problemas de cada parte e de soluções consensuais”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág.120. Aunque también es importante citar la función social expresada por el autor: “Contudo, é não só aceitável, mas aconselhável, e até mesmo vantajoso para a empresa que terceiriza, que os empregados afetados — não como objetos descartáveis, mas como seres humanos a quem se deve respeito, se não porque prestaram anos de serviço à empresa, pelo menos por que são seres, gente — sejam considerados, profissionais que são, para continuar trabalhando em sua função na empresa que recebeu o serviço terceirizado, preferencialmente da forma menos traumática possível, com a preservação de seu poder aquisitivo e de seus benefícios, sem prejuízos à qualidade de vida. Afinal, a terceirização visa fundamentalmente transferir atividades que não fazem parte do core business da empresa, e estas atividades requerem profissionais, e atrás de cada empregado existe uma família, filhos que almejam se educar profissionalmente, serem úteis à sociedade, constituir família, enfim, continuar o ciclo da vida, de preferência de forma digna e civilizada. Em suma: aumentar o número de CONSUMIDORES. Com poucas exceções, os marginais não são marginais por questões genéticas, por índole ou opção. Eles assim o são por falta de oportunidades, por despreocupação das empresas em assumir a sua responsabilidade social e por falta de atenção governamental. Lemos, recentemente, sem nos lembrarmos do autor, uma frase lapidar: quando a criminalidade chega ao ponto em que chegou, não se trata mais de um caso de polícia, mas de sim de caso político”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 116-117.

Algunos autores, como Montoya Medina, piensan en sentido opuesto, como se percibe en sus afirmaciones: “Planteadas así las cosas, uno de los efectos negativos más reprochables de esa segmentación del mercado de trabajo es la inestabilidad laboral o precarización del empleo. En efecto, el progresivo aumento del recurso a la exteriorización de empleo ha dado pie a la proliferación de multitud de empresas auxiliares que debido a su escasa solidez patrimonial y a la incertidumbre que genera la siempre imprevisible y eventual demanda de sus servicios en el mercado, no pueden asumir los costes sociales de una plantilla fija y han de recurrir a la contratación temporal, normalmente al contrato de obra o servicio determinado cuya duración se hace coincidir con el tiempo de ejecución de la contrata. Esta solución, por otra parte, ha sido admitida por la jurisprudencia unificadora incluso en sectores como el de vigilancia y limpieza de locales donde es más ostensible el carácter permanente de la actividad y, en consecuencia, pudiera resultar más discutible la causalidad que exige la celebración del contrato con carácter temporal”⁵⁸⁰. En otras palabras, el autor defiende la postura de que si no bien planteado y dimensionado los procesos de descentralización productiva, y en este caso la subcontratación, puede provocar la precarización del trabajador.

Hay también vertientes discutibles, como nuevamente es el caso de Pereira da Silva, que se atiende solamente a las necesidades del mercado. Dejando en segundo plano cuestiones

⁵⁸⁰ Y sigue explicando el autor: “También es conocido que la irrupción del fenómeno descentralizador ha desembocado en un vertiginoso avance de las fórmulas contractuales que instrumentan distintas modalidades de trabajo autónomo. Los trabajadores autónomos que se sitúan en el contexto descentralizador han venido a suplir las funciones productivas hasta ahora desempeñadas por medio de las relaciones laborales tradicionales con la agravante de haber introducido en las organizaciones productivas un importante número de relaciones de trabajo de menor tutela jurídica por quedar extramuros, por regla general, del Derecho del Trabajo. En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto el peligro de una desigualdad retributiva entre los trabajadores de los empresarios comitentes y los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. La sujeción de los trabajadores de unos y otros empresarios a normativas sectoriales diferenciadas conduce irremediablemente a situaciones de desigualdad retributiva que pueden resultar sangrantes cuando, como ocurre con harta frecuencia, trabajadores de distintos empresarios realizan tareas iguales o similares en el mismo centro o espacio físico de trabajo. Esos desfases retributivos traen su causa en la reorganización de la negociación colectiva que lleva consigo el fenómeno descentralizador. Se ha dicho, en este sentido, que la descentralización productiva ha ocasionado cierta “desestructuración de la negociación colectiva” o “segregación negociada que se ha puesto de manifiesto a través de una huida de los convenios colectivos de las empresas principales, caracterizados por proporcionar a los trabajadores un mayor nivel de protección, hacia otros ámbitos negociales (representados por el conjunto de empresas auxiliares) en los que, debido a una menor implantación sindical, las condiciones de trabajo, sobre todo las económicas, resultan comparativamente deficitarias.”. MONTROYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.45-46. Válido es citar también: “En un contexto como el sumariamente descrito, dominado por una inequitativa distribución de la flexibilidad y de la seguridad, el propósito de la «modernización» del derecho del trabajo no puede centrarse en medidas destinadas a “incrementar la flexibilidad” de los contratos de duración indeterminada y determinada. A lo largo de las tres últimas décadas, poderes públicos e interlocutores sociales se han empeñado, con notable esfuerzo y rendimiento razonables, en adaptar las estructuras tradicionales del derecho del trabajo a los cambios de toda índole que se han ido produciendo. Enjuiciando desde el par flexibilidad/seguridad, este proceso dinámico de adaptación ha desarmado y desactivado buen número de las tradicionales garantías de empleo para un colectivo importante cuantitativa y cualitativamente de población laboral europea. A corto y medio plazo, la solución no pasa por profundizar aún más en ese desarme, sino —y ello es bien diferente— por adoptar medidas destinadas, de un lado, a reequilibrar la seguridad perdida y, de otro, a redistribuir la flexibilidad introducida. El objetivo primero y esencial consiste en recuperar para ese casi 40 por 100 de trabajadores europeos en situación de precariedad laboral —evaluada ésta a través de una pluralidad de parámetros, como por ejemplo la estabilidad en el puesto de trabajo, la cuantía salarial o el ámbito objetivo de protección social— unos niveles decentes de protección en el empleo”. VALDÉS DAL RÍ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, N. 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009, pág. 05.

como sueldos, mejores condiciones ambientales, o por la manutención de los puestos de trabajo en el caso de que la empresa no sea competitiva en el mercado globalizado. Esta postura no trata en ningún momento la humanización del trabajo, ni del derecho humano del trabajador, tampoco de la valoración del trabajador subcontratado⁵⁸¹.

Por último, es interesante citar a las normativas internacionales referentes a los derechos humanos, en la cual tratan más específicamente del tema de la discriminación y cómo combatirla – en la cual también se aplica al ámbito del trabajo, aunque será mejor analizada posteriormente al tratar del principio de la no discriminación-, como es el caso de la Declaración de Filadelfia de 1944 que expresa que los fines y objetivos de la OIT⁵⁸². Especifica que todo y cualquier ser humano tiene el derecho de perseguir su desarrollo material y su desarrollo espiritual en libertad y dignidad, en seguridad económica y con oportunidades iguales.

El art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948⁵⁸³ menciona que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, son dotados de razón y

⁵⁸¹ El autor explica: “Não adianta brigar por melhores salários, por melhores condições ambientais e por aumento ou manutenção do nível de emprego se a empresa não for competitiva do ponto de vista de custos e qualidade. Não haverá empregos e salários se a empresa não conseguir manter-se no mercado, fechando as portas. Aqui cabe bem a expressão: "Muitas vezes será preciso perder os anéis para não perder os dedos". A manutenção ou crescimento do nível de emprego e a melhoria salarial dependem fundamentalmente do sucesso financeiro, da saúde financeira da empresa. Esse sucesso depende de vários fatores, entre eles tecnologia avançada, racionalização, criatividade, produtividade, excelência dos produtos e, significativamente, concentração de esforços no seu negócio principal, no seu core business, no produto final, caminhar racionalmente para a produção enxuta, para a terceirização”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 25. Tampoco se puede dejar de mencionar que el autor es partidario al cumplimiento de la responsabilidad social de la empresa que es la creación de empleos, como bien explica: “(...) É responder positivamente à sua comunidade, que cresce e consome, com a sua capacidade de absorver mão-de-obra, empregar mais cidadãos. A terceirização só faz sentido quando não desrespeita esse princípio. Jamais será socialmente digna quando provocar desemprego. Somente se poderá aceitar a geração do desemprego parcial, em virtude da terceirização, se tal fato, comprovadamente, vier a proteger os demais empregos. Não podemos descartar a possibilidade da perda parcial de empregos se a medida, mesmo via terceirização, se fundar na racionalidade para viabilizar e manter a empresa no mercado. Será muito difícil encontrar exemplos desta alternativa. Ao mesmo tempo, podemos vislumbrar outras tentativas de se baratear a mão-de-obra, sem se recorrer ao outsourcing. Exemplo recente deu-nos o Sr. Paulo Pereira da Silva, Presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, ao firmar acordos que diminuem encargos sociais e outros meios que tornam a mão-de-obra menos onerosa. Mesmo ferindo a lei, a iniciativa é louvável, na medida em que visa a manutenção e criação de empregos. E mais ainda se considerarmos que nosso país abriga 55% de empregos informais, em relação à mão-de-obra disponível, ou seja, não há nenhum registro ou conhecimento de vínculo empregatício. Fossem os encargos sociais menos escorchantes, não poderiam estes empregos informais se formalizarem e gerar receitas à Previdência Social?”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 115.

⁵⁸² En este sentido: “A mercê de quadros tão nefastos, a Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919, entendeu por bem reforçar publicamente os seus compromissos históricos há menos de dez anos. Em 18.05.1998, foi aprovada a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (Genebra), que veio conferir maior positividade aos chamados direitos fundamentais da pessoa trabalhadora no âmbito do Direito Internacional Público, derivando-os de princípios que já se continham, germinalmente na própria Constituição da OIT (1919) e na Declaração relativa aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia, de 1944). São eles (art. 2.º): (a) o princípio da liberdade sindical e o direito efetivo de negociação coletiva; (b) o princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) o princípio da abolição radical do trabalho infantil; (d) o princípio da eliminação das discriminações em matéria de emprego e Ocupação”. GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, em AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, N. 121, LTr, São Paulo, 2005, págs. 73-74.

⁵⁸³ Sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, véase págs. 87-94, en LORA de, Pablo, Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos, Alianza editorial S.A., Madrid, 2006.

consciencia y deben en relación unos a otros fraternalmente, mientras que el art. 2 afirma que “todo hombre tiene derecho al trabajo, a la libre elección de empleo, a condiciones justas y favorables de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

De forma similar se encuentra lo mismo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, puesto que explica que toda persona es considerada igual ante la ley sin distinción de raza, lengua, creencia, o cualquier otra, como también expresa que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y el derecho de seguir libremente su vocación en la medida que sea permitido por las oportunidades de empleo existentes.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Resolución 2.106-A 000 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 21 de diciembre de 1965 y ratificada en Brasil, en 27 de marzo de 1968, enuncia ser moralmente condenable la discriminación a cualquier persona so la alegación de diferencias raciales.

Es pertinente también citar, dentro de tantas otras normas internacionales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres⁵⁸⁴, - mejor analizadas posteriormente - adoptada por la Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 18 de diciembre de 1979 y ratificada por Brasil y por España. Este texto mencionaba que los Estados partes en las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos tiene la obligación de garantizar al hombre y a la mujer la igualdad de gozo de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Todas, como ya se había mencionado, pueden y deben ser aplicadas en todos los aspectos de la vida laboral.

Más específicamente relacionado con el tema de los derechos humanos y la subcontratación, y según un informe de la OIT, las contratas y subcontratas son de difícil conceptualización jurídica, por tal motivo se notó que en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998 no concluyó como esperaban. Los motivos alegados por la comisión básicamente fueron la dificultad de definir las posiciones de empresas y trabajadores. Hicieron un recorrido que debe mencionarse: “La difusión de esta práctica ha conllevado a un fenómeno de reemplazo de la mano de obra empleada directamente por la empresa por otra

⁵⁸⁴ Véase los mecanismos de control en las convenciones sobre la igualdad de derechos de la mujer, págs. 161-167, en OCHOA RUIZ, Natalia, Los mecanismos convencionales de protección de los derechos en las Naciones Unidas, Civitas ediciones S.L., Madrid, 2004.

que jurídicamente depende de un tercero o es autónoma, y que invariablemente es empleada en condiciones laborales más desventajosas que la que tiene condición jurídica de subordinada de la empresa principal o usuaria. De ahí que mientras la subcontratación ofrece al empresario grandes ventajas en términos de flexibilidad, a las que no quiere o muchas veces no puede renunciar, para los trabajadores significa una muy fuerte ofensiva de la precariedad, pues se presenta como una amenaza muy seria para la estabilidad de sus empleos y condiciones de trabajo. Por consiguiente, si para los sindicatos parecía esencial limitar la posibilidad de recurrir a la subcontratación de trabajo, para los medios empresariales era no menos esencial conservar la libertad de hacerlo; entre estas dos posiciones extremas fue muy difícil encontrar una transacción satisfactoria y eso explica que la Conferencia no pudo adoptar ninguna norma internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación”⁵⁸⁵.

Aunque hay que resaltar que la Declaración de los Objetivos de la OIT tiene un principio que es la de que el trabajo no es una mercancía, donde también se pregona que el crecimiento económico es importante pero no el suficiente para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza. Principios que se basa la OIT para realizar su trabajo, como también declara que la justicia social juega un papel fundamental para la paz social estable y durable, y en este sentido la OIT incentiva y apoya a los países a hacer políticas sociales para la efectivación del bienestar social y de la democracia⁵⁸⁶ en el mundo.

La problemática apuntada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998 de construir un concepto jurídico de trabajo en régimen de subcontratación, es justamente en conseguir una definición que abarcara a toda la temática a ser discutida, y a la vez bastante definitoria para poder especificar obligaciones de aplicabilidad a todos los Estados que

⁵⁸⁵En este sentido, es válido reflexionar sobre la precarización laboral: “Não obstante, se poderia questionar, no caso da sociedade brasileira, se já não haveria uma precariedade social e do trabalho instalada, a partir de sua própria história e da noção de “exclusão social”, tão utilizada e referida nos estudos sobre o chamado “terceiro mundo” ou países periféricos. A nosso ver, apesar de o Brasil apresentar um quadro de precarização do trabalho extremamente mais avançado que o da França, há ainda realidades desiguais de seu desenvolvimento no país. Assim, a precarização ainda é um processo em curso. Por um lado, ela se propaga em partes mais desenvolvidas do país de forma acelerada, como é o caso da região de São Paulo, assim como em setores mais modernos e dinâmicos da economia, a exemplo da indústria petroquímica e automotiva. Regiões e setores onde formas de resistência e contrapoderes conseguiram obter maior grau de cidadania no trabalho em termos de direitos, de salários e de condições de trabalho e, por conta disso, ainda mantêm determinados direitos. Condição que passa a ser fragilizada com a precarização decorrente das transformações nos últimos quinze anos. Por outro lado, o grau de informalização nas regiões menos desenvolvidas é radicalizado, a exemplo da região Nordeste, cuja precarização tem sido a marca principal do emprego e do trabalho desde os tempos da escravidão, mas que também vivenciou experiências e conquistas, mesmo que pontuais, superando tal condição de precariedade, especialmente nos setores mais dinâmicos de sua economia”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 31.

⁵⁸⁶ En relación a la democracia y derechos humanos, véase RIPOLL CARULLA, Santiago, El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2007.

componen la OIT. Siendo el único acuerdo en esta Conferencia el que seguiría la Oficina Internacional del Trabajo analizando el tema y marcando una nueva reunión para 2002.

Actualmente la OIT⁵⁸⁷ no trata específicamente a respecto de las contrataciones y subcontratas. Ésta no especifica explícitamente estar a favor de la subcontratación aunque haya un cierto tipo de permisividad en este tema. La Convención 34 OIT de 1933 y la Convención 96 OIT de 1949 recomienda la sustitución de las intermediaciones de mano de obra con fines lucrativos, la Convención 122 OIT de 1964, ratificada por Brasil y por España, no trata del tema referido y si de política de empleo, y la Convención 161 OIT, aprobada por el Decreto-Legislativo 86 de 1989 y promulgada por el Decreto 127 de 1991, trata sobre los servicios de salud del trabajo, en su art. 7º permite que las empresas contraten empresa contratistas para la actividad de asistencia médica.

De esta manera, es pertinente que sean valorados los principios básicos de los derechos humanos relacionados con el mundo laboral, más específicamente relacionados con la subcontratación. Con la finalidad de hacer con que el trabajo sea más justo y valorado como un mecanismo fundamental para el buen funcionamiento del ejercicio de la ciudadanía, una vez que lamentablemente en la práctica suceden varios casos de discriminación y violación de los derechos humanos.

Como es el caso en que, datos de Agosto de 2011, se percibe que hasta los días actuales en Brasil, el MPT y el Ministerio de Trabajo y Empleo rescatan trabajadores subcontratados en situación degradante en alojamientos -en condiciones análogas a la esclavitud- en la ciudad de João Lisboa no Maranhão. La prestadora de servicios que es la Compañía Energética del Maranhão ha subcontratado a la Aliança Engenharia e Serviços LTDA,

⁵⁸⁷Válida es la crítica de Viana al hablar de la OIT en relación a la descentralización productiva y las nuevas reglas del mercado económico mundial: "Sempre que podem, as empresas saem em busca de países mais baratos para as suas "parcerias". A Nike descobriu que pode fabricar por US\$ 16, na Coréia, o mesmo tênis que nos EUA lhe custa perto de US\$ 100. A Alitalia saiu em busca de pilotos australianos. A Sears se deslocou para Bangladesh. A Daimler-Benz monta ônibus em Xangai. Fábricas francesas ameaçam mudar-se para a Escócia, caso a legislação "continue rígida". Mas isso também pode explicar, pelo menos em parte, a crise de efetividade das normas da OIT. Antes, como se sabe, o comércio já era globalizado, mas a indústria nem tanto. A preocupação básica do Primeiro Mundo era reduzir a principal "vantagem" "comparativa" do Terceiro, que pagava salários menores e podia, com isso, oferecer produtos mais baratos. Por isso, a OIT tinha duplo papel. De um lado, estendia aos trabalhadores do Terceiro Mundo os patamares básicos de proteção. De outro, protegia as indústrias do Primeiro Mundo contra o dumping social, regulando a concorrência. É claro que, mesmo antes, a grande empresa já podia espaldar fábricas em vários países do mundo, mas não na intensidade e quantidade de hoje, pois os países tentavam se proteger, e, de todo modo, as técnicas de controle à distância eram mais custosas e menos eficazes. Hoje, como vimos, também a indústria se globaliza. Uma empresa pode manter apenas a sua cabeça pensante em Nova Iorque e distribuir suas fábricas pelo mundo. Pode até fabricar o mesmo produto "por partes", numa espécie de linha de montagem "inter-nações" - como faz a GM, que usa 120 mil trabalhadores, em 17 países, para produzir o seu modelo S. É o que se chama de "fábrica mundial".³⁵ Ora, para esse tipo de empresa, não é conveniente regular a concorrência internacional, pelo simples e bom motivo de que ela mesma pratica o dumping. Ela usa em seu benefício as "vantagens comparativas" dos países pobres. Por isso, a OIT já não lhe serve: antes, é empecilho. E é claro que, com isso, as normas da OIT perdem a força". VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato, en AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 342-343.

y ésta tenía, en un alojamiento nueve trabajadores y una pareja que estaba a búsqueda de su hijo desaparecido que también trabajaba para la contratista, y que al parecer, según las investigaciones, había fugado para volver a su ciudad de origen.

La situación degradante puede ser vistas en el relatorio dado por el MPT: “O alojamento constituía-se de uma casa de alvenaria, extremamente suja, com pertences dos trabalhadores espalhados por todos os lados (inexistiam armários individuais); existia um freezer, mas inexistia um filtro para água; os trabalhadores faziam uso de copos coletivos; o banheiro não possuía chuveiro, mas havia um galão d’água; a cozinha possuía apenas uma pia em condições não higiênicas; havia alguns equipamentos de proteção individual e uniformes sujos espalhados pelo chão. Alguns trabalhadores estavam dormindo em redes, outros em cima de portas de madeira e existia um colchão no alojamento. Ainda, havia instrumentos de trabalho cortantes (ferramentas como foice, por exemplo) espalhadas pela casa. Dois trabalhadores habitavam quarto que abrigava produto inflamável. Os trabalhadores informaram que não eram registrados, bem como que estavam com fome, visto que a empresa não forneceu alimentação nos últimos dias e estavam se alimentando em razão de a vizinha haver fornecido alguma comida ao grupo”⁵⁸⁸.

Otro ejemplo de precarización y subcontratación fue el que equipos de inspectores laborales del Gobierno Federal brasileño ha denunciado que en São Paulo se ha encontrado trabajadores extranjeros sometidos a condiciones análogas a la esclavitud por empresa contratista que fornece piezas de ropas para la marca española Zara, que hace parte del grupo español Inditex, entre otras marcas. El Ministerio del Trabajo ha cerrado empresas contratistas que confeccionan la marca Zara. Se ha encontrado que 15 trabajadores, incluyendo una joven de apenas 14 años, fueron libertados de la esclavitud contemporánea de dos de las contratistas que fornecen ropas para el grupo Inditex. Inclusive, para que estas personas pudieran salir de la oficina que también era su morada tenían que pedir autorización. El grupo Inditex ha alegado que la contratista AHA e las oficinas subcontratadas eran consideradas como no autorizadas (visto que cualquier subcontratación debe tener la autorización del grupo Inditex), y que estas han violado seriamente el Código de Conducta para Fabricantes, debiendo

⁵⁸⁸y sigue el relatório: “(...) Diante do insucesso da tentativa de localização imediata da ALIANÇA, após o grupo de trabalhadores informar que a empresa se trata de uma prestadora de serviços da CEMAR, tentou-se contato com esta, a qual se prontificou a providenciar acomodação em Imperatriz-MA e alimentação para os trabalhadores. Os trabalhos da equipe de fiscalização se prolongaram até o dia 25.07.2011, sendo que a ALIANÇA autorizou a CEMAR a efetuar o pagamento dos trabalhadores com os valores que a empresa teria a receber em razão dos serviços prestados. Foram firmados dois Termos de Ajuste de Conduta com a ALIANÇA ENGENHARIA e com o intermediador ou gato, Sr. “Bacuri”, respectivamente, e, após o pagamento das verbas rescisórias pela CEMAR, os trabalhadores retornaram aos seus locais de origem. Fonte: Ministério Público do Trabalho no Maranhão. Publicado em 8 de Agosto de 2011 às 09h58”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

estos solucionar inmediatamente la situación ésta, asumiendo para con esos trabajadores subcontratados esclavos las obligaciones laborales económicas acarreadas.

Infelizmente se puede percibir que la esclavitud, conforme analiza Giuliana, están más cerca de los ciudadanos de lo que uno se imagina, pues es difícil de creer que una empresa multinacional pueda permitir que hayan involucradas en el proceso de producción a trabajadores subcontratados víctimas de trabajo esclavo, como también ha sido percibido contrataciones ilegales de extranjeros, riesgos a accidentes laborales, trabajos infantiles ilegales, jornadas laborales de hasta 16 horas diarias, corte de la libertad del trabajador (tanto por cobranza y descuentos irregulares en el salarios de los trabajadores como también de la necesidad de autorización para salir de la oficina/alojamiento), miedo de los trabajadores de represalias, es decir, precarización del trabajo claramente flagrada.

Del lado de afuera de la oficina parece ser residencias, pero se ha encontrado como punto en común pocas ventanas y siempre se encontraban cerradas y con telas para que no se pueda ver lo que hay dentro. Pero en el interior, a precariedad en el ambiente laboral también fue flagrado por los inspectores laborales, según ellos la oficina era pequeña, sin la ventilación adecuada, suciedad, sillas en que pasaban más de 12 horas eran improvisadas y puesta espumas, las maquinas de costuras no tenían sistema eléctrico con conexión a tierra, niños circulando entre máquinas de costura, y el cableado eléctrico expuesto, falta de extintores de incendio, y peligro inminente de accidentes laborales. Inclusive la alta carga eléctrica hacia con que no tuvieran agua caliente para los subcontratados esclavizados pudiesen bañarse.

En este sentido: “Os expedientes foram emitidos após as inspeções realizadas em duas oficinas que fabricam roupa para a empresa AHA, que fornece 90% de sua produção à empresa espanhola. Autoridades brasileiras identificaram nesses ateliês, que também serviam de moradia, ao menos 15 costureiras, entre elas uma adolescente, que trabalham em condições precárias, com jornadas superiores a 12 horas e recebiam salários entre R\$ 246 e R\$ 458. "Esse caso representa uma grave infração ao Código de Conduta para Fabricantes e oficinas externas da Inditex, que esse fabricante havia assumido contratualmente", afirmou a multinacional têxtil, que lembrou que o código estipula a máxima proteção aos direitos dos trabalhadores”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹Al respecto: “Flagrantes mostram roupas da Zara sendo fabricadas por escravos. Leonardo Sakamoto. Em São Paulo. (...) Haverá, segundo a Inditex, um reforço na revisão do sistema de produção para garantir que não exista outro caso como este. “Estamos trabalhando junto com o MTE para a erradicação total destas práticas que violam não só nosso rígido Código de Conduta, como também a legislação trabalhista brasileira e internacional”. Em 2010, a Inditex produziu mais de 7 milhões de unidades de peças

Algunas víctimas libertadas eran extranjeros latinoamericanos, que salieron de sus países en búsqueda de un futuro mejor, histórico de inmigración conocido desde los principios de la humanidad, y que lamentablemente son esclavizados con deudas iniciales por el traslado de sus países y costes de documentación, jornadas excesivas, salarios rebajados, sin condiciones humanas laborales y encarcelados en una oficina. Tampoco se puede dejar de mencionar que se encuentra discriminación étnica de indígenas “quéchua” y “aimará”, pues

no Brasil, desenvolvidas, segundo a empresa, por cerca de 50 fornecedores que somam “mais de 7 mil trabalhadores”. O total de peças que estava sendo produzido irregularmente (algumas centenas de peças), adicionou a Inditex, representa “uma porcentagem inferior a 0,03%” da produção do grupo, que é um dos maiores do mundo no segmento, no país. A investigação da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP) – que culminou na inspeção realizada no final de junho – se iniciou a partir de uma outra fiscalização realizada em Americana (SP), no interior, ainda em maio. Na ocasião, 52 trabalhadores foram encontrados em condições degradantes; parte do grupo costurava calças da Zara. As informações puderam ser liberadas agora para não prejudicar os trabalhadores e o processo de fiscalização. “Por se tratar de uma grande marca, que está no mundo todo, a ação se torna exemplar e educativa para todo o setor”, coloca Giuliana Cassiano Orlandi, auditora fiscal que participou de todas as etapas da fiscalização. (...) Para Giuliana, a superexploração dos empregados, que têm seus direitos trabalhistas e previdenciários negados, tem o aumento das margens de lucro como motivação. “Com isso, há uma redução do preço dos produtos, caracterizando o dumping social, uma vantagem econômica indevida no contexto da competição no mercado, uma concorrência desleal”. O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) lavrou 52 autos de infração contra a Zara devido às irregularidades nas duas oficinas. (...) No momento da fiscalização, os empregados finalizavam blusas da Coleção Primavera-Verão da Zara, na cor azul e laranja (...). Para cada peça feita, o dono da oficina recebia R\$ 7. Os costureiros declararam que recebiam, em média, R\$ 2 por peça costurada. No dia seguinte à ação, 27 de junho, a reportagem foi até uma loja da Zara na Zona Oeste de São Paulo (SP), e encontrou uma blusa semelhante, fabricada originalmente na Espanha, sendo vendida por R\$ 139. De outra oficina localizada em movimentada avenida do Centro, foram resgatadas nove pessoas que produziam uma blusa feminina e vestidos para a mesma coleção Primavera-Verão da Zara. A intermediária AHA pagava cerca de R\$ 7 por cada peça para a dona da oficina, que repassava R\$ 2 aos trabalhadores. Peça semelhante a que estava sendo confeccionada foi encontrada em loja da marca com o preço de venda de R\$ 139. Uma jovem de 20 anos, vinda do Peru, disse à reportagem que chegou a costurar 50 vestidos em um único dia. Em condições normais, estimou com Maria Susicléia Assis, do Sindicato das Costureiras de São Paulo e Osasco, seria preciso um tempo muito maior para que a mesma quantidade da difícil peça de vestuário fosse toda costurada. Foi apurado que até a escolha dos tecidos era feita pelo Departamento de Produtos da Zara. O fabricante terceirizado encaminhava peças piloto por conta própria para a matriz da Zara (Inditex) na Espanha, após a aprovação de um piloto pela gerente da Zara Brasil. Somente após a anuência final da Europa, o pedido oficial era emitido para o recebimento das etiquetas. Na opinião de Luís Alexandre Faria, auditor fiscal que comandou as investigações, a empresa faz de tudo, porém, para não “aparecer” no processo. Para a fiscalização trabalhista, não pairam dúvidas acerca do gerenciamento da produção por parte da Zara. Entre os atos típicos de poder diretivo, os agentes ressaltaram “ordens verbais, fiscalização, controle, e-mails solicitando correção e adequação das peças, controle de qualidade, reuniões de desenvolvimento, cobrança de prazos de entrega etc.” Em resposta a questões sobre os ocorridos enviadas pela Repórter Brasil, a Inditex – que é dona da Zara e de outras marcas de roupa com milhares de lojas espalhadas mundo afora – classificou o caso envolvendo a AHA e as oficinas subcontratadas como “terceirização não autorizada” que “violou seriamente” o Código de Conduta para Fabricantes. De acordo com a Inditex, o Código de Conduta determina que qualquer subcontratação deve ser autorizada por escrito pela Inditex. A assinatura do Código de Conduta é obrigatória para todos os fornecedores da companhia e foi assumido pelo fornecedor em questão (AHA). A empresa disse ter agido para que o fornecedor responsável pela “terceirização não autorizada” pudesse “solucionar” a situação imediatamente, assumindo as compensações econômicas dos trabalhadores e comprometendo-se a corrigir as condições de trabalho da oficina flagrada com escravidão. Haverá, segundo a Inditex, um reforço na revisão do sistema de produção para garantir que não exista outro caso como este. “Estamos trabalhando junto com o MTE para a erradicação total destas práticas que violam não só nosso rígido Código de Conduta, como também a legislação trabalhista brasileira e internacional”. Em 2010, a Inditex produziu mais de 7 milhões de unidades de peças no Brasil, desenvolvidas, segundo a empresa, por cerca de 50 fornecedores que somam “mais de 7 mil trabalhadores”. O total de peças que estava sendo produzido irregularmente (algumas centenas de peças), adicionou a Inditex, representa “uma porcentagem inferior a 0,03%” da produção do grupo, que é um dos maiores do mundo no segmento, no país. O grupo Inditex, proprietário da marca Zara, vai revisar o sistema de produção de seus fornecedores no Brasil, em colaboração com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), para garantir que não haja exploração dos funcionários, informou nesta quinta-feira (18) a companhia espanhola. A empresa exigiu do fornecedor responsável pela subcontratação irregular que reverta à situação imediatamente. O fornecedor, por sua vez, assumiu as compensações econômicas aos trabalhadores e vai corrigir as condições trabalhistas de sua terceirizada “para situá-las ao nível no qual estão as instalações auditadas e aprovadas pelas inspeções correspondentes da Inditex”. Ao todo, as autoridades brasileiras emitiram 52 autos de infração contra duas subcontratadas que produzem roupas e fornecem para a Inditex no Brasil, onde as costureiras trabalhavam em condições de escravidão. (...)O grupo Inditex, proprietário de marcas como Zara, Massimo Dutti e Pull & Bear, tem presença em 78 mercados de cinco continentes, com mais de 5,2 mil lojas. No ano passado, foram abertas as primeiras lojas do grupo na Bulgária, Índia e Cazaquistão, e em 2011 a Inditex entrou na Austrália. A previsão é que antes do final do ano, a multinacional estabelecida na região espanhola da Galícia (norte) entre na África do Sul, Taiwan e Peru.17/08/2011 - 11h04”. Disponível: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/17/flagrantes-mostram-roupas-da-zara-sendo-fabricadas-por-escravos.jhtm>.
Mayores informaciones, véase <http://www.reporterbrasil.org.br/>

según los inspectores y auditores fiscales los tratos con los indígenas era peor que a los tratos a los no indígenas. Problemas con subcontratadas que darán problemas a recobrar la imagen del grupo Inditex, una cuestión, por lo menos, de mala subcontratación.

Al final se espera que se cumplan las inscripciones de trabajadores de la construcción que construyeron Brasilia en 1959, halladas en el Congreso Federal por trabajadores subcontratados que buscaban el origen de unas fugas de agua. Los mensajes transmiten los sentimientos políticos de los operarios, de soledad y esperanza en el futuro, como se puede percibir: “Que os homens de amanhã que aqui vierem tenham a compaixão dos nossos filhos e que a lei se cumpra”; “Duraleques CE de lequis”; “Si todos brasileiros focem digninos de honra e honestidade, teríamos um Brazil bem melhor. Só temos uma esperança nos brasileiros de amanhã. Brazilia de hoje, Brazil de amanhã”; “Amor, palavra sublime que domina qualquer ser humano”⁵⁹⁰.

7.1 El principio de la igualdad, de la no discriminación, de la dignidad humana y otros principio en la subcontratación

“Cuando el trabajo es un placer la vida es bella.
Pero cuando es impuesto, la vida es una esclavitud”
Maximo Gorki

Desde los primeros estudios de las civilizaciones grecorromanas, la igualdad está íntimamente relacionada con la concepción de justicia, como por ejemplo para Aristóteles la idea de justicia es seguir correctamente las leyes y el sentido común de la igualdad. En otras palabras, es esencial el significado de igualdad para que se haga realidad el entendimiento de la actuación social de la justicia. Aunque también no se puede negar que siempre ha existido

⁵⁹⁰ En este sentido, véase: “Inscrições de trabalhadores que construíram Brasília são descobertas no Congresso. Iolando Lourenço da Agência Brasil em Brasília. Foi descoberto na última segunda-feira (8), por servidores terceirizados da Câmara, um fosso fechado por concreto, que data da construção do prédio do Congresso Nacional em 1959, antes da inauguração da nova capital, em 1960. Na parede de concreto do fosso foram encontradas mensagens deixadas pelos trabalhadores da obra. (...) Hoje, o presidente da Câmara, deputado Marco Maia (PT-RS), acompanhado de assessores, visitou o local e elogiou a descoberta a sensibilidade das pessoas que fizeram a descoberta histórica. Maia disse ainda que vai solicitar a orientação de órgãos ligados à preservação do patrimônio cultural para que façam uma avaliação do achado e que destinação deva ser dada. A descoberta aconteceu quando funcionários de uma firma terceirizada tentavam localizar a origem de um vazamento que atingia o Salão Verde da Câmara. As mensagens deixadas pelos trabalhadores estão abaixo da plataforma de concreto que sustenta as duas cúpulas do Congresso Nacional. 11/08/2011 - 21h27”. Disponible en: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/11/inscricoes-de-trabalhadores-que-construiram-brasilia-sao-descobertas-no-congresso.jhtm>

situaciones de privilegios de determinados grupos, pues todavía en la sociedad mundial no se ha experimentado un modelo ideal, porque más bien muchos considerarían como utopía, la de igualdad real entre todos los seres humanos, a pesar de que el objetivo de los organismos internacionales y Estados-Naciones del planeta se plantean atingir tal objetivo.

El principio de la igualdad⁵⁹¹ se refleja en el derecho laboral como un seguimiento a ser seguido con el intuito de equilibrar en la balanza los derechos e intereses de los trabajadores por un lado y de los empresarios por otro. La noción de equidad en el derecho del trabajo es corregir las distorsiones que puedan existir entre las desigualdades que posiblemente ocurrirán debido al sistema económico actual que tiene la tendencia de intentar poner las reglas en las contrataciones laborales.

En relación al concepto de igualdad, debe mencionarse en este contexto a la profesora Polo Sánchez que expresa: “Ante todo, hemos de señalar que el principio de igualdad no es un derecho más de la persona. Es un derecho que antecede a todos los demás y cuya existencia legitima la eficacia de los restantes derechos y libertades de los que un individuo puede ser titular, actuando como un presupuesto previo para su realización. Es por ello que el artículo 1 CE la considera como un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado, junto a la libertad y a la justicia, para conseguir el desarrollo armónico de la sociedad. La interdependencia entre estos valores se hace patente cuando de lo que se trata es de ejercitar los derechos fundamentales, de tal manera que no sería posible la efectividad de uno de tales derechos si su ejercicio no fuera libre, no fuera justo o fuera desigual”⁵⁹².

⁵⁹¹En este sentido: “O princípio da igualdade constitui princípio geral do direito, mas assume maior significado, no Direito do Trabalho, enquanto visa a um reequilíbrio de forças, entre sujeitos com condições totalmente adversas, por meio da proteção de uma parte hipossuficiente. A doutrina mais abalizada acerca dos princípios trabalhistas empresta o tratamento dispare ao referido princípio. Américo Plá Rodríguez, por exemplo, admite o que ele denomina princípio da não discriminação, mas não um princípio da igualdade. Explica o autor que “o princípio de não discriminação leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida ou legítima. “O princípio de igualdade encerra idéia de equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que poderiam existir” (...) Luiz de Pinho Pedreira da Silva, por outro lado, inclui o que ele denomina “Princípio da Igualdade de Tratamento” dentre os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, justificando-se, antes de tudo, “pela freqüência com que neste é aplicada”. Para o referido autor, o princípio da não discriminação seria uma especificação do princípio da igualdade, esclarecendo, quanto ao princípio da não discriminação, que “é ele o aspecto negativo do princípio da igualdade”. “O princípio da não discriminação não visaria, propriamente, a uma completa igualdade de tratamento, nas relações de trabalho, mas viria a impedir que, no caso concreto, um trabalhador seja preterido, arbitrariamente, em relação ao outro.” ALVES RODRIGUES, Bruno, Princípio, Op. Cit., págs. 72-74. En el sentido de igualdad ante la ley en España, es válido citar a SSTC 49/1982; SSTC 75/1983; SSTC 29/1987; SSTC 222/1992; SSTC 190/2001; SSTC 119/2002. Mientras que relacionado a la igualdad ante la ley es válido citar a: SSTC 57/2001; SSTC 5/2006; SSTC 54/2006; 246/2006; 2/2007; 33/2007; y SSTC 201/2007. En relación a la igualdad en el contrato de trabajo, es interesante mencionar a: SSTC 34/1984; SSTC 171/1989; SSTC 2/1998; SSTC 161/1991; SSTC 17/2003; SSTC 3/2007; SSTC 233/2007.

⁵⁹²POLO SÁNCHEZ, María Cristina, Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España, CES, Madrid, 1994, pág. 102. A nivel de complementariedad, es válido citar a Boaventura: “A discussão sobre o tratamento igual é importante porque esse é um dos principais desafios hoje. Na Ford, por exemplo, todo mundo, inclusive alguns outros terceirizados, chega de manhã, toma o café-da-manhã; se tem um problema de saúde, tem um posto médico dentro da Ford. Mas o vigilante não toma esse café e não pode usar o posto de saúde da Ford, entre outras situações tratadas de uma forma

En lo que se refiere a las relaciones laborales, Pedreira da Silva sintetiza en ocho reglas el principio de la isonomía laboral: “a) São destinatários do princípio da igualdade os particulares e o legislador; b) Estabelecidas normas gerais pelo empregador a todos trabalhadores, ou a uma categoria destes, não pode haver a exclusão destas normas a um determinado empregado, "sem uma causa objetiva para isto"; c) Não é admitida à exclusão de benefício proporcionado pela empresa, de um determinado empregado, sem justo motivo; d) Se alguns empregados, minoria dentro da empresa, recebem melhores condições de trabalho, fundadas no contrato de trabalho ou em liberalidade do empregador, só é válido esse tratamento desigual se for fundado em razões objetivas, justificadas, não podendo ser resultado de critérios subjetivos e arbitrários estabelecidos pelo empregador; e) A isonomia constitucional se aplica apenas em favor do empregado, nunca em benefício do empregador; f) Não pode haver tratamento desigual entre os empregados de um estabelecimento da empresa e outro estabelecimento da mesma empresa, porque a empresa deve ser considerada como um todo; g) O tratamento desigual de um empregado para outro deve ser provado pelo empregado que está argüindo esta desigualdade, e o empregador deve provar que foi por um motivo justo que foi estabelecida esta desigualdade. h) Na hipótese de rescisão dos contratos de trabalho de vários empregados, seguida de reintegração somente de alguns, o momento crítico para a comparação é o da reintegração e não o da despedida porque, do contrário, se trataria de mera aparência do tratamento igual”⁵⁹³.

Hay en el derecho brasileño, según explica Ribar, una diferencia entre la igualdad formal y la material⁵⁹⁴, como también se ve claramente en la doctrina española⁵⁹⁵, como se

diferenciada. O vigilante que se sentir mal dentro da Ford, ele é levado para o Hospital Geral de Camaçari, hospital público de Camaçari, por exemplo”. BOAVENTURA, José, Experiências com a terceirização, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 201.

⁵⁹³ RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1098. Es importante mencionar la reflexión de Basto Ferraz sobre el tema: “Lembrado por Vilma Dias Bernardes Gil, o professor Dalmo de Abreu Dallari, ao tratar do que chamou de "cidadãos de segunda classe", "mostra que, de fato, a absoluta igualdade jurídica afirmada nos textos constitucionais é desmentida pela realidade ou, mesmo, segundo o autor, por outras normas jurídicas, havendo, na prática, muitas situações que demonstram desigualdade patente. Lembra que, em certas situações, a desigualdade decorre da 'diferença de possibilidades', uma vez que, enquanto alguns possuem amplos meios para defender seus interesses, ainda que discutível seu direito, outros, mesmo tendo um direito líquido e certo, são prejudicados pela falta de recursos materiais necessários à defesa ou exercício desses direitos. Dallari também se refere, assim como Dahrendorf, às leis tendenciosas que discriminam o indivíduo, o que só se explica, segundo Dallari, 'pela intenção de proteger os interesses do grupo dominante. (...) É bem verdade, afirma o autor, que o Estado moderno muito progrediu nessa questão, buscando estender os direitos civis e políticos às camadas cada vez maiores da população, sem contar uma nova extensão desses direitos como 'a afirmação do proletariado como força social considerável', após a revolução industrial.” BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, pág. 139.

⁵⁹⁴ Es válido citar: “De acordo com estatísticas do IBGE, têm-se alguns exemplos, como: as mulheres ganham menos que os homens, independente da escolaridade e do estado brasileiro; pretos e pardos percebem metade do rendimento que o branco recebe em todos os estados brasileiros, em especial nas regiões metropolitanas de Salvador, São Paulo, Curitiba e Rio de Janeiro,

puede citar a Palomeque⁵⁹⁶, entre otros. La primera, la igualdad formal, es la que el legislador está obligado a dispensar para todos cuando edita la ley. Mientras que la segunda es la que los aplicadores de la ley están adstritos cuando irán hacerla cumplir. En otras palabras, la igualdad formal es la igualdad ante la ley, en la cual se identifica la igual aplicación del derecho sin distinguir el destinatario de la norma, desde que todos se encajen de forma idéntica en la situación descrita por tal norma. En el contrato laboral no hay igualdad entre las partes, porque hay una desigualdad de fuerzas entre el empleador y el empleado, siendo el objetivo de la ley promover el equilibrio entre las partes caso haya una ruptura en la relación laboral.

La discriminación en el área laboral⁵⁹⁷, en otras palabras, se trata cuando no hay una medida igual para todos los trabajadores que siga una lógica común. Basándose en este concepto, la mayoría de los autores lo utilizan para justificar que no debería hacer ningún tipo de discriminación entre los trabajadores fijos y los subcontratados. Ambos deberían recibir los mismos trabajos y tener los mismos derechos garantizados por la CLT⁵⁹⁸ y por el ET

mesmo que tenham nível educacional superior. Há também listas negras de trabalhadores, cujo próprio nome já é discriminatório. Nessas listas há o nome de trabalhadores indesejados no mercado de trabalho que foram cadastrados por empresas. A igualdade, portanto, é o princípio fundamental de uma sociedade justa, sendo dever do direito e dos operadores do direito, assim como do Estado, a preservação desse fundamento constitucional, tanto proibindo, vedando ações discriminatórias, quando estas não passíveis de justificação, quanto usando a discriminação com o intuito de promover a igualdade. Na relação de emprego, o empregador não pode discriminar o trabalhador, devendo ser promovida a igualdade entre os empregados, como acima já delineado, em relação a qualquer aspecto do contrato de trabalho, tanto na contratação, na manutenção do contrato, ou, ainda, na ruptura deste contrato, sob pena de estar ferindo o princípio da igualdade". RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág.1099.

⁵⁹⁵ En este sentido, y a nivel de complementariedad, véase MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2008, págs. 148-150.

⁵⁹⁶ Igualmente es válido citar a Palomeque que expresa: "El derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones de trabajo dispone, por lo pronto, de un doble juego institucional: 1) el derecho de los sujetos laborales (trabajadores, empresarios, sindicatos, asociaciones empresariales) a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos (derecho público subjetivo a la igualdad), que se concreta, a su vez, en una manifestación plural: a) igualdad en el trato dado por la ley (igualdad en o ante la ley), que limita en dicho sentido la actuación normativa del Estado y también de la autonomía colectiva, y b) la igualdad en la aplicación de la ley, que limita asimismo la actuación jurisdiccional y administrativa del propio Estado; 2) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empresario en el seno de la relación de trabajo que les une contractualmente (derecho privado subjetivo a la igualdad)". PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 117.

⁵⁹⁷ Al respecto: "Na própria fala dos trabalhadores, são constatadas a desvalorização e a discriminação. Em pesquisa realizada com trabalhadores de empresas petroquímicas e químicas na Bahia, quando inqueridos se gostariam de ser terceirizados, 9 3% responderam negativamente. Dentre esses, as principais justificativas apresentadas foram as seguintes: para 47%, a perda de direitos, de benefícios, de recompensa e de salários; para 11%, a instabilidade e a insegurança; para 7%, a falta de condições de trabalho nas terceiras. Os demais entrevistados apresentaram grande variedade de justificativas, todas associadas ao sentimento de desvalorização, humilhação e "perda de autoestima", em clara referência à discriminação, em termos de condições inferiores em relação aos trabalhadores permanentes". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 51. Es importante resaltar que no solamente la subcontratación es la forma de precarización del trabajo humano, y sí una de las formas, que todavía no se puede percibir si fue causa o consecuencia, o causa/consecuencia. Véase también a ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, M^a Emília, Derecho del Trabajo, Madrid, Thomson Civitas, 2008, págs. 308-310.

⁵⁹⁸ En relación a la subcontratación, muchos autores creen que los trabajadores de las contratistas no pueden ser tratados de maneras distintas en relación a los empleados de plantilla de la empresa contratante principalmente si estos trabajan juntos. Tema un poco cuestionable y confuso porque de alguna forma si no hay distinción entre el trabajador subcontratado y el fijo. Significa decir que es un probable caso de cesión ilegal de trabajadores, de todas maneras hay que analizar cada caso concreto para poder hacer una comparativa y definir mejor cómo sería la aplicación del principio de la igualdad en estos casos. Igualmente

respectivamente. Sin tampoco dejar de decir que el principio básico de la no discriminación humana en el área laboral es el cual se basa para ser reconocida una cesión ilegal de los trabajadores. Otro punto importante a ser destacado es el de la discriminación de género en la subcontratación, que será analizado posteriormente.

El principio de la no discriminación es originado del principio de la isonomía y consecuentemente de la igualdad, aunque se distingue debido a su importante amplitud. La prohibición de la discriminación refuerza al principio de la igualdad, mientras autores como es el caso de Pedreira da Silva piensa que el principio de la no discriminación especifica el principio de la igualdad en su aspecto contrario. En Brasil, este principio se encuentra dispuesto en el art. 3º, IV CF/88 en el cual afirma la búsqueda en promover el bienestar de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación. Como también el art. 5ºCF/88 en el cual expresa que todos son iguales ante la ley sin ningún tipo de distinción, textos mejores analizados posteriormente en este estudio.

Mientras que lo correspondiente en la doctrina española, se percibe claramente el repudio a la discriminación en el ámbito laboral en los arts. 1.1 CE en el cual menciona “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, como también en los arts. 9.2 y 14 CE.

Lo que significa decir, conforme explica de forma muy clara Sánchez López,⁵⁹⁹ que de alguna forma ambos principios, de la igualdad y de la no discriminación están intrínsecamente ligados, dado que, como ya mencionado antes, un deriva del otro. Otros preceptos legales también reafirman la previsión anti-discriminatoria, aunque también existe otros preceptos

es válido resaltar que la misma problemática es discutida en el principio de la no discriminación, porque en este punto específico ambos principios están relacionados entre sí.

⁵⁹⁹ En este sentido: “Para el derecho internacional, la no discriminación y la igualdad de trato son conceptos equivalentes. El derecho a la igualdad de los individuos incluye dos nociones complementarias: el principio de no discriminación, como aspecto negativo de la igualdad, que prohíbe diferencias sobre base de causas irrelevantes, arbitrarias y no razonables, y el principio de protección de los grupos minoritarios, sobre la base del desarrollo de medidas especiales dirigidas a adquirir una igualdad real o positiva. Pues existe cierta independencia entre estos dos conceptos que se basa en su fundamentación o interés de protección y en el diferente ámbito de aplicación o actuación. Aunque en ambos conceptos se ofrece una tutela a la dignidad humana. Desde el principio de igualdad, no se consideran las diferencias, se iguala a todos los individuos hacia un mismo tratamiento. Existe, por tanto, un modelo de referencia, pues no se iguala a peor sino mejor, es decir, se intenta que los que están discriminados no lo estén en un futuro, creando y aplicando las mismas normas para todos – igualdad en y ante la ley -, sin considerar que parten de situaciones diferentes, porque la realidad social marca las diferencias (tanto positivas como negativas) entre las personas y las iguala a partir de ciertas características en grupos sociales. (...) Al contrario el principio de discriminación reconoce, sin embargo, que existen dichas diferencias sociales y, por tanto, e indirectamente, que existen esos grupos y los miembros de éstos en situaciones de desventaja o de infravaloración, y prohíbe por ese motivo utilizar ciertas características que clasifican a los grupos como elementos de diferenciación”. SÁNCHEZ LÓPEZ, María Belén, Política comunitaria contra la discriminación de la mujer en el trabajo, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 48.

que hacen distinciones para poder proteger un colectivo minoritário⁶⁰⁰, como es el caso de la protección al trabajo de la mujer y del menor. Aunque hay controversias en respeto al primero, o también se puede dar como ejemplo las reglas de la equiparación salarial y las diferencias de sueldo que pueden suceder por varios factores, o en otros temas como es el caso de contratación, despido, selección de candidatos a un puesto de trabajo, e infelizmente, tales discriminaciones, entre otras, son vistas de igual forma en el momento de selección de sus empleados por parte de la contratista. Sin contar con el cuestionamiento de la igualdad de los trabajadores subcontratados y los fijos como fue demostrado arriba.

En este sentido es válido citar a Cabero Morán en el cual expresa que los derechos fundamentales y, entre ellos, por supuesto el de igualdad⁶⁰¹, operan antes incluso del nacimiento de la relación laboral, en el acceso al empleo, también en los procedimientos de selección. Ciertamente el empresario puede elegir para su contratación al trabajador o a la trabajadora que, en su opinión, reúna los requisitos de formación, actitud, aptitud y perfil idóneos para el puesto de trabajo. Mas en ningún caso sus decisiones serán discriminatorias o, en general, conculcarán los derechos fundamentales de los aspirantes a la colocación. El legislador ha recordado y reforzado recientemente este planteamiento con la introducción, por obra de la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 3/2007, del art. 22 bis de la Ley de Empleo, que señala entre otros extremos que “los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo”⁶⁰².

⁶⁰⁰ En relación al tema, véase el régimen de protección de minorías en la cual se establece ninguna discriminación respecto a las mismas, págs. 43-45, en CASTILLO DAUDÍ, Mireya, Derecho Internacional de los derechos humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁶⁰¹ Es válido citar a la STC 3/1983; en relación a la igualdad de la ley, véase SSTC 49/1982, 2/1983, SSTC 144/1988, 181/2000, 190/2001; en lo que discierne la igualdad en la aplicación de la ley, véase SSTC 36/2000, 75/2000, 246/2006, 147/2007, entre otras.

⁶⁰² En relación al tema: “O trabalho é um elemento indispensável ao ser humano, para que este seja integrado à sociedade e tenha uma vida digna, garantindo-lhe o bem-estar, o seu sustento e de sua família, saúde, lazer, entre outros benefícios. No entanto, atualmente, não são poucos os problemas enfrentados pelos trabalhadores. Com a globalização da economia que traz mercados globalizados, concorrência acirrada, competitividade, entre outras características, traz também transformações significativas no panorama do trabalho no Brasil. Assim, cede-se espaço à precariedade das condições e das relações de trabalho, à informalidade, ao desemprego, à exigência de maior qualificação dos profissionais, dos trabalhadores, o que também acaba por trazer maior discriminação nas relações de trabalho, mesmo que a discriminação já ocorra desde os primórdios na história mundial, com o trabalho escravo e servil. Há trabalhadores que são alvos de discriminação nas relações laborais, por motivos de saúde, por serem portadores de alguma doença, por orientação sexual, por raça, cor, origem, estado civil, situação familiar, antecedentes criminais, deficiências físicas, por sua estética, entre tantos outros fatores. Para a proteção desses trabalhadores discriminados se deve aplicar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação, além de diversas outras legislações infraconstitucionais e normas internacionais”. RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1.100.

En relación al principio de la no discriminación⁶⁰³, éste se encuentra en los derechos fundamentales de la constitución brasileña en el art. 7º CF/88 en el cual defiende “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, en España se encuentra tal precepto dispuesto en el art. 14 CE. Muchos autores, como es el caso de Alves Rodrigues creen que, después de hacer una analogía a este precepto constitucional juntamente con el Enunciado 311 TST, no encuentran sentido en hacer distinción incluso entre trabajadores de actividades auxiliares y de la propia actividad. Razón usada para que la sociedad reflexione si realmente puede ser uno de los fundamentos a ser usados para permitir la subcontratación a un determinado tipo de trabajadores y a otros no. Conforme se puede percibir en su texto: “Mister se faz, assim, perquirir acerca da legalidade da distinção procedida pelo Enunciado 311, do TST, entre trabalhadores de atividade-meio e trabalhadores de atividade-fim da empresa, para, assim, saber se existe razão lógica para considerar-se viável a terceirização, quanto àqueles, e impedir a intermediação de mão-de-obra com relação a estes. Efetivamente, não se verifica qualquer justificativa racional, para se proceder à referida distinção de tratamento. Aliás, tal distinção afronta o já referido texto constitucional do art. 7º, XXXII, que veda a distinção entre trabalho intelectual, mecânico e manual, bem como fere a mens legis, transparecida de forma sistêmica, em toda a CLT, que não só consagra a mesma vedação constitucional em seu art. 3º, parágrafo único, mas também cuida de trazer tal proteção para categorias específicas, como é o caso do bancário, em relação ao qual o art. 226, da CLT, prevê que "o regime especial de 6 (seis) horas de trabalho também se aplica aos empregados de portaria e limpeza, tais como porteiros, telefonistas de mesa, contínuos e serventes, empregados em bancos e casas bancárias"⁶⁰⁴. Caso diferente al español, una vez que ya es permitido la utilización de contratas y subcontratas en la propia actividad de la empresa.

⁶⁰³En este sentido: “Portanto, a discriminação de trabalhadores é uma grave violação de princípios éticos e jurídicos, tanto quando ocorre na contratação/admissão do trabalhador, quanto no desenvolvimento e na resilição do contrato de trabalho. Ofende a dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente como direito fundamental, assim como a igualdade e não-discriminação”. RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1100. Igualmente válido citar a Basto Ferraz: “Foram a miséria, a discriminação, o tratamento desigual e o sentimento de indiferença e abandono das autoridades, diante de sua grave condição de subsistência, que formaram os ingredientes do surgimento do sentimento de classe e a conseqüente formação de movimentos sociais expressados por sindicatos e por cooperativas protagonistas da construção de um novo destino para os trabalhadores”. BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, pág. 138.

⁶⁰⁴El tratamiento igualitario, según Alves Rodrigues, debe ser buscado para garantizar realmente la igualdad merecida entre los trabajadores de plantilla y los subcontratados, como se puede percibir en su texto. Mayores aclaramiento véase ALVES RODRIGUES, Bruno, Principio, Op. Cit., págs. 75-77.

Dentro de vários tipos de discriminação, também deve citarse a Guimaraes Feliciano: “Na sociedade pós-moderna, a reificação do homem trabalhador dá-se à margem da grande empresa- mas para o seu proveito - nas complexas estratégias de reengenharia, empowerment e terceirização. A discriminação do trabalhador negro ganha foros de normalidade, desvelando-se nos anúncios de emprego que exigem "boa aparência". Não vai atrás a discriminação da mulher e do portador de deficiência no mercado de trabalho. O trabalho escravo é redescoberto no meio rural, ao lado do trabalho infante-juvenil, sob a batuta de "gatos", aliciadores ou cooperativas de mão-de-obra. Revela-se ainda nas relações domésticas, onde a miséria e a paradoxal solidão do mundo globalizado convergem para a proliferação das "filhas de ocasião", que se sujeitam à servidão humana por anos a fio em troca de alimento e moradia. Nas unidades fabris - inclusas as da grande empresa - os números oficiais de acidentes de trabalho continuam despontando entre os maiores do planeta, anunciando a privação de tudo quanto constitui a própria humanidade do trabalhador: a sua compleição somática (nas mutilações), a sua saúde (nas moléstias), a sua tranquilidade (nos transtornos psíquicos); por vezes, a sua existência (nos eventos fatais)”⁶⁰⁵.

Lo que se puede observar es que la subcontratación ocurre generalmente en los sectores menos favorecidos. En los trabajos donde hay una menor necesidad de calificación profesional, que como sigue explicando el autor Alves Rodrigues. Esta categoría profesional tiene un mayor nivel de desempleo y menor nivel de consciencia y de formación laboral, por lo cual él concluye que es difícil conciliar la subcontratación según el Enunciado 331 TST con la efectividad del cumplimiento del principio de la no discriminación. Diferentemente de España, que a pesar de encontrar muchos casos de subcontratación de procedimientos auxiliares de bajo nivel intelectual, se observa también a otra rama de trabajadores subcontratados de alto nivel intelectual, como por ejemplo, ingenieros nucleares, entre otros.

Resulta importante mencionar también la Convención 111 OIT, ratificada por Brasil y por España, también define la discriminación: “b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores quando estas existam, e outros organismos adequados”.

⁶⁰⁵ GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, en AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, N 121, LTr, São Paulo, 2005, pág.73.

De la misma manera, interesante mencionar el significado de igualdad⁶⁰⁶ y discriminación por el Informe de la OIT de 2007, que menciona la discriminación como forma de violación de los derechos humanos y forma de estancamiento de la productividad y economía en un país, y en consecuencia trae también la diferencia de salarios, la falta de igualdad de oportunidades en el cual intensifica, en el plan social y económico, la desigualdad y dificulta la disminución de la pobreza. La discriminación, según informe de la OIT, pueden ser denotado de varias naturalezas, como es el caso de la de género, raza, color y - lo pertinente a este tema estudiado – que es la discriminación en razón del trato diferenciado de una categoría específica: “También puede considerarse como una forma indirecta de discriminación el trato diferenciado de algunas categorías específicas de trabajadores traducidas en menores prestaciones sociales y remuneraciones”⁶⁰⁷.

Este precepto puede ser interpretado en los casos de que los trabajadores de contratas y subcontratas, que hacen el servicio que haría un empleado de plantilla debería ser remunerado como los demás. Aunque la descentralización productiva pregona la disminución de los cargos, y el fenómeno de las contratas y subcontratas surge para desresponsabilizar jurídicamente a la empresa principal de sus trabajadores. Como también se evidencia la disminución de las remuneraciones, y consecuentemente, la calidad de empleo y de vida de los trabajadores⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶En este sentido: “Na Constituição Federal brasileira, no art. 5fl, caput, está elencado o princípio da igualdade. Resta consagrado neste dispositivo o direito à isonomia do tratamento entre os indivíduos. Mas não é apenas no art. 5a, caput, da CF, que se encontra elencado o princípio da igualdade. Tal princípio consta em inúmeras disposições na CF, como no preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. Na Constituição Federal, no inciso I, do art. 5a, consta a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres. Igualmente está elencado o princípio constitucional da igualdade no art. 7º incisos XXX, XXXI, XXXII, da Carta Magna pátria. No entanto, é sem dúvida o disposto no art. 5a, caput, da CF, que é o mais importante pilar da igualdade constitucional, permitindo aduzir o seguinte enunciado normativo: “[...] todas as características não previstas pela Constituição como essenciais são consideradas não-essenciais, portanto, qualquer discriminação fundada em características não contempladas pelo constituinte viola o princípio da igualdade”. RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1.098.

⁶⁰⁷La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, disponible en: www.ilo.org/declaration. Y sobre la igual dignidad, véase FERNÁNDEZ, Encarnación, Igualdad y derechos humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

⁶⁰⁸En relación al tema: “Aliás, a idéia de precarização é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo da obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço. Vários são os exemplos desta precarização. As experiências de formação das empresas de prestação de serviços, no Brasil, demonstram que aquela pessoa que antes se identificava como o “gato”, aquele que angariava trabalhadores para outras empresas (tática que inviabilizava o adimplemento dos créditos trabalhistas, pela dificuldade de identificação do real empregador, reforçado pela ausência de idoneidade econômica do “gato”), foi, como um passe de mágica, transformado em “empresário”, titular de empresas de prestação de serviços. Legalizou-se a prática, mas não se alterou o seu efeito principal: o desmantelamento da ordem jurídica

Tampoco se puede dejar de mencionar otro texto de relevancia internacional de los derechos humanos como es la Declaración de los derechos de los hombres y ciudadanos⁶⁰⁹. En su art. 23 afirma que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del empleo, condiciones favorables y justas en el empleo, que es una de las formas de calidad en el empleo y también forma de evitar los riesgos a accidentes laborales. Trata también de la protección al desempleo citado por este precepto. La igualdad es bastante clara en el texto al decir que no hay distinción de remuneración para los trabajos realizados de manera igual y que la remuneración recibida por el trabajador sea justa y digna, compatible con sus necesidades y de su familia, y caso sea necesario, se añadirán otros medios de protección social.

El texto arriba expuesto es usado como base por muchos autores brasileños, como es el caso de Carelli, aunque existan otros autores en contra, para justificar el maleficio que trae para la remuneración del trabajador de la contratista y consecuentemente la disminución de la calidad de empleo, pues para ellos se está rompiendo el significado del principio de la igualdad por las nuevas tendencias globalizadoras y su avidez por ganancias en los lucros.

En este sentido es válido mencionar la teoría de Ramos Díaz, que, al tratar de la flexiseguridad, se hace pensar en que quizás haya un cierto punto de coherencia - aunque debería ser llevado en consideración, una serie de otros factores - en el andamio de la dualidad entre la economía global, el desempleo y la cualificación de los trabajadores. Conforme se percibe en sus palabras, el autor cree que en lo caso de que no haya ajustes en las rentas de los trabajadores menos cualificados en las economías desarrolladas, podrá ser un factor contribuyente del aumento del desempleo, dado que habría menor competitividad y riesgo de relocalización industrial, “pero si hubiese tal ajuste de rentas el resultado sería un aumento de la desigualdad (Esping-Andersen, 1997). Esta tensión entre “empleo-igualdad” es el origen de uno de los problemas más importantes a los que se enfrentan los Estados del Bienestar en las economías desarrolladas”⁶¹⁰.

protetiva do trabalhador”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A terceirização sob uma perspectiva humanista, en AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 51.

⁶⁰⁹ Sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, véase SALADO OSUNA, Ana, Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004. Y ORAÁ, Jaime & GÓMEZ ISA, Felipe, La declaración universal de derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

⁶¹⁰ RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 80.

Como forma de conclusión del análisis del derecho de la igualdad y no discriminación es válido citar a Ribas Bonet: “La eliminación de la discriminación en los lugares de trabajo es estratégica para combatir la discriminación en cualquier lugar ayudando a superar prejuicios y estereotipos. La igualdad en el empleo es importante para la libertad, dignidad y el bienestar de los individuos. El estrés, la moral baja y la falta de motivación son sentimientos que prevalecen entre los sujetos objeto de discriminación, afectando a su autoestima, reforzando los prejuicios contra dichas personas e influyendo negativamente en su productividad. Eliminar la discriminación también es importante para el funcionamiento eficiente de los mercados de trabajo y la competitividad empresarial, además de permitir expandir y desarrollar el potencial humano de una forma más efectiva. Por último, la exclusión sistemática de determinados grupos del trabajo en condiciones decentes genera serios problemas de pobreza y fragmentación social que comprometen el crecimiento económico”⁶¹¹.

Otro principio que ha de analizarse es el de la dignidad de la persona humana, y más objetivamente de la persona del trabajador. Conforme se encuentra dispuesto en el art. 1º CF/88, la República Federativa brasileña tiene como fundamento la dignidad de la persona humana. Lo que se concluye que es reconocido el valor del hombre como ser humano libre perteneciente a esta sociedad. Dado que uno de los pilares del Estado democrático es la dignidad de la persona, en el cual se compagina con el principio de la libertad, como también a la igualdad, de la justicia, de la seguridad y también que el propio Estado debe garantizar las condiciones mínimas de existencia de la persona. Pues el conjunto de ellas es una de las bases para tal asentamiento es la del trabajo conjuntamente en el orden económico social del país⁶¹².

⁶¹¹ RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social, Conejo Económico y Social*, Madrid, 2005, págs. 17-18. Y sigue explicando la autora: “Conforme la OIT: “discriminar en el empleo y la ocupación es tratar a las personas de forma diferente y menos favorable debido a determinadas características como el sexo, el color de la piel, su religión, ideas políticas y origen social, con independencia de los requerimientos del trabajo”. El artículo 1.a) del Convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación – Discrimination (Employment and Occupation) Convention – de 1958 define la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia realizada en base a la raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad u origen social, que tiene el efecto de anular o perjudicar la igualdad de oportunidades y tratamiento en el empleo u ocupación””. RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social, Conejo Económico y Social*, Madrid, 2005, págs. 08-09.

⁶¹² A nivel de complementariedad: “A Constituição da Alemanha, antes denominada da Lei Fundamental Alemã, no seu art. 1a, dentro do capítulo dos direitos fundamentais, prevê que: Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana; obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais pelo Poder Público] A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la. Com isso, o Povo Alemão declaram invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados. O art. 10 da Constituição Espanhola dispõe que: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social. Já o art. 1a da Constituição da República Portuguesa prescreve que: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. RIBAS, Georgia, *Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego*, em AA.VV., *Doutrina, Revista LTr*, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1095.

En España, este principio, aplicado al ámbito laboral, se encuentra claramente en el art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Como también trata de la dignidad humana del trabajador el art. 4.2 e)⁶¹³ ET.

La dignidad de la persona⁶¹⁴, conforme se observa en la CF/88 como también en la CE, es uno de los principios de formación de la misma y de sus derechos fundamentales. Se debe encontrar un término medio para tanto asegurar el derecho a la dignidad del trabajador como también para asegurar el interés colectivo. Muchos autores, como es el caso de Montoya Melgar, afirman que el principio de la dignidad de la persona humana encuentra su fundamento en la integridad e inviolabilidad de la persona⁶¹⁵. Debiendo ésta ser protegida por

⁶¹³ El art. 4.2 e) ET expresa: “Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

⁶¹⁴ En relación al histórico del principio de la dignidad humana: “A dignidade da pessoa humana, antes de ser um princípio, é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 19, III, da CF/88) e dá ensejo à proteção legal ao ser humano, para exercer seus direitos, devendo todas as ações ser pautadas com base na dignidade humana. Como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana afasta idéias de predomínio das concepções transpessoais de Nação e Estado para atrair idéias de liberdade individual. Isso porque a dignidade da pessoa humana é um valor supremo do ser humano, que quer dizer que ele tem direito a ser respeitado, a ter respeitada a sua honra, porque reconhecida pelo direito, colocando o ser humano no mesmo patamar de todos os outros seres humanos, não podendo haver distinção entre seus direitos de personalidade. No entanto, ao longo da história havia a distinção e discriminação dos grupos sociais, não sendo esta concepção de igualdade um fator presente em todas as sociedades. Dal Col explica o surgimento da dignidade na história: Surge a noção de dignidade com a derrogação das leis de Talião e outros legisladores da Antigüidade, pelos preceitos traduzidos a lume pelo Cristianismo, nas máximas uniformizadoras do bem proceder, que dita o amar ao próximo como a si mesmo e fazer ao próximo todo o bem que gostaríeis que vos fizessem e não fazer-lhe o mal que não gostaríeis que vos fosse feito. [...] Estes ensinamentos convocam à abstração do individualismo para que, colocando-se sempre no lugar das outras pessoas, possa-se agir, julgar e realizar. Esses preceitos morais e religiosos transferiram-se com facilidade aos cânones jurídicos, ampliando a noção do que seja a dignidade da pessoa humana, no contexto em que tudo se volta para o homem e tem no homem sua finalidade essencial. (grifo do autor) Entretanto, nas sociedades contemporâneas passou a não mais ser aceita a desigualdade social, vindo o Estado a constituir regras para diminuir as desigualdades, a pobreza, e os excluídos sociais. O motivo dessa nova postura é a evolução para um conceito mais amplo de inserção social, presumindo-se que todos são parte da humanidade. A dignidade da pessoa humana está prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. 1º que diz que todos os homens nascem livres e são iguais em dignidade e também em direitos.”. RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, págs. 1094-1095.

⁶¹⁵ A nível de complementariedade: “Antônio Junqueira de Azevedo, apud Coelho, “[...] informa que o princípio jurídico da dignidade, como fundamento da república, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, não há dignidade”. Já Cleber Francisco Alves, apud Coelho, “[...] lamenta a ineficácia do direito ao salário mínimo [...]” para que seja proporcionada uma vida digna ao trabalhador, “[...] mas lembra que a norma constitucional serve para revelar extrema sensibilidade para resguardar a pessoa os mais elementares requisitos para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”. Bonavides, afirma que a dignidade da pessoa humana, “[...] desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremisivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”. RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, vol. 70, n. 09, São Paulo, 2006, pág. 1096. Válido también citar a Ribar: “A dignidade da pessoa humana, embora assegurada pela Carta Constitucional de 1988, no art. 1º, III, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, se tornando princípio fundamental, vem sendo constantemente violada nas relações de trabalho. Ela se constitui em valor absoluto e incomensurável, não podendo ser renunciada nem alienada pelo ser humano, por ser uma qualidade intrínseca deste. Constitui-se em uma garantia a ser propiciada

todo ordenamiento jurídico, aunque no entre en choque con el valor de la colectividad, Lo que significa decir, que ambos pueden convivir de manera coherente, visto que al principio se piensa en el bienestar social, pero que esto tampoco signifique sacrificar el valor del ser humano como ser único y singular. Como también, en este sentido, es válido mencionar a Peces-Barba: “La idea de dignidad humana, a la que se considera un valor que debe respetarse de manera inexcusable, puesto que la persona humana no tiene precio (Kant), es el fundamento de todos los otros valores morales propios de la condición humana y de los valores que sirven para fundamentar cada tipo de derechos humanos o universales (seguridad, autonomía, libertad e igualdad)”⁶¹⁶.

Montoya Melgar, incluso, hace un relato de lo que puede ser considerado como una afronta al principio de la dignidad del trabajador: “La dignidad e integridad del trabajador comprende expresamente la “protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religioso o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo” (...); dignidad e intimidad han de respetarse (art. 18 ET) en el caso de registro sobre la persona y pertenencias del trabajador (...); la “dignidad humana” del trabajador ha de ser igualmente preservada en las medidas de vigilancia y control que dicte el empresario (art. 20.3 ET; ...); la movilidad funcional ha de efectuarse “sin menoscabo de la dignidad del trabajador” (art. 39.3 ET), etc”⁶¹⁷.

pelo Estado de condições mínimas de existência à pessoa humana, devendo ser respeitada pelos empregadores, porque a dignidade está acima de qualquer contrato de trabalho. O empregado não pode ter sua dignidade violada pelo empregador”. RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1100. En este sentido, véase el Cap. II – Dignidad y justicia para todos: los valores básicos de la Declaración Universal como fundamento de una perspectiva de derechos humanos en la lucha contra la pobreza, en MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, , págs. 99-125.

⁶¹⁶PECES-BARBA, Gregorio, Educación para la ciudadanía y derechos humanos, Espasa, Madrid, 2007, pág. 123. Y sigue explicando Peces-Barba: “La dignidad humana es el fundamento de la ética pública. Ésta, como paradigma político y jurídico de la modernidad, está conformada por cuatro grandes valores: la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica. La idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica”. PECES-BARBA, Gregorio, Dignidad humana, en AA.VV., diez claves sobre derechos humanos, Editorial verbo divino, Navarra, 2005, pág. 55.

⁶¹⁷ Y sigue mencionando el autor: “La conducta del empresario que no respete tal dignidad y que, en consecuencia, suponga una actividad vejatoria o depresiva para el trabajador, da derecho a éste a optar entre solicitar la extinción del contrato de trabajo (art. 50.1 ET) percibiendo una indemnización igual a la que correspondería en caso de despido improcedente, o solicitar del Juzgado Social que anule la decisión lesiva del derecho fundamental y ordene al empresario abstenerse de realizar tales actos. Todo ello, sin perjuicio de la indemnización del daño que el trabajador pudiera haber sufrido (L. 1/1982, de 5.5), de la responsabilidad administrativa del empresario por infracción muy grave (art. 8.11 LISS) y de la posibilidad de ejercitar eventuales acciones penales (rigiendo el principio non bis in idem: art. 3.1 LISS). Constituye atentado cualificado contra la dignidad el hostigamiento sistemático o acoso, susceptible de producir un daño psicológico (mobbing, bossing)”. MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 312.

Tratándose más específicamente, y de forma resumida, de la dignidad de la persona del trabajador, hay ciertos puntos a ser mencionados, visto que este por el sencillo hecho de ser una persona debe tener sus derechos fundamentales laborales inespecíficos - como bien diserta Palomeque López – garantizados. Siendo penalizado cualquier maniobra utilizada para no respetar las normas del derecho laboral. Lo que en otras palabras significa que no se puede violar el respeto a la vida, a la intimidad⁶¹⁸, a la integridad física, psíquica y moral del trabajador, debiendo recibir condiciones mínimas de trabajo digno.

Es importante de igual manera que tenga una ocupación durante su jornada laboral, recibir un salario conistente con las necesidades básicas por lo mínimo, visto que es la forma de poder sostenerse a sí mismo y a su familia. Sin que haya retraso del pago, como también que sean respetados los períodos de descanso previstos legalmente, y las vacaciones que deberán ser concedidas anualmente. Tampoco podrá haber exceso en las horas extraordinario. Se debe, sobre todo, haber respecto al trabajador independiente de su color, origen, sexo, situación familiar, edad, estado civil, deficiencias físicas, estado de salud, etc. En este sentido es válido citar a Ribar pues menciona que: “A dignidade da pessoa humana deve preponderar sobre todas as normas, sendo, portanto, a principal atribuição dada pela Carta Magna para reduzir as desigualdades sociais e regionais entre todos os cidadãos. Serve também para fundamentar o valor social do trabalho, previsto no art. 1º, IV, da CF. Ademais, não pode o trabalhador ser considerado como uma mercadoria qualquer, nem ser tratado como se fosse uma máquina, o que historicamente acontecia. Não pode ser considerado o obreiro como capital humano. Isto fere o objetivo dos instrumentos internacionais e nacionais que primam pela dignidade da pessoa humana, que vêem no trabalhador também uma pessoa humana

⁶¹⁸Al respecto, es válido citar: “TRT3 - Empresa é responsabilizada por revista abusiva realizada por empregados da tomadora de serviços. No recurso submetido ao julgamento da 2ª Turma do TRT-MG, a Ceva Logistics Ltda. tentou convencer os julgadores de que seu ex-empregado não era revistado de forma abusiva no final do expediente. Entretanto, a Turma entendeu que as provas demonstraram justamente o contrário: as revistas realizadas pelas seguranças da empresa tomadora de serviços envolviam contato físico e invasão da privacidade do trabalhador. Por essa razão, acompanhando o voto do desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, os julgadores mantiveram a sentença que condenou a empresa prestadora de serviços ao pagamento de uma indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00. Em seu recurso, a empregadora explicou que é uma empresa de logística e todo o seu pessoal localizado na cidade de Betim trabalha nas dependências da FIAT Automóveis. Diante disso, os empregados, ao chegarem ou saírem do trabalho, passam pela portaria da FIAT e não da ré, sendo certo que essa portaria é fiscalizada por empregados da tomadora de serviço e não da reclamada. Sustentou ainda a empregadora que a revista era aleatória e que os trabalhadores não eram abordados de forma a causar constrangimentos. A empresa insistiu na tese de que a revista é feita através de um aparelho eletrônico, ou apenas visualmente, sem qualquer contato físico. Conforme relatou, no final da jornada, todos os empregados, ao passarem pela catraca na saída da FIAT, acionam um botão que emite uma luz verde ou vermelha. Quando a luz vermelha acende, um alarme é disparado e essa é a indicação para o empregado se dirigir a uma sala, onde é revistado, através de um aparelho eletrônico, por um fiscal, sempre do mesmo sexo do empregado. No entanto, todas as testemunhas foram unânimes em afirmar que, diariamente, os seguranças revistavam as bolsas e mochilas e apalpavam o corpo do empregado. (...). No entanto, a forma como se dava a revista, com apalpação do corpo do empregado, justifica a declaração das testemunhas de que a revista de todo modo lhes trazia constrangimento, finalizou o julgador, negando provimento ao recurso da empresa e confirmando indenização deferida pela sentença. (RO 0000603-37.2010.5.03.0027). Publicado em 19 de Agosto de 2011 às 10h30”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

protegida pela dignidade, assim como qualquer outra. Deve, portanto, haver a proteção à integridade física e moral do trabalhador sempre”⁶¹⁹.

De esta manera, se puede decir que el principio de la dignidad humana⁶²⁰ debe ser visto a través de dos ángulos. El primero sería en relación a los intereses individuales de cada ser humano y el segundo sería el ser humano inserido en el plan económico social. No se trata únicamente este principio de defender valores intrínsecos como es el caso de la vida y del honor, como también defender el ser humano como ser social que tiene necesidades de condiciones mínimas de vida, de afirmación profesional e inserción comunitaria, pues así es que se organiza cualquier sociedad actual. Este principio es perjudicado al percibir que la subcontratación disminuye los derechos y garantías de los empleados, y a la vez, estimula el empleo informal⁶²¹.

Otros principios son afectados, como es el caso del principio de la protección laboral. Este protege la parte hiposuficiente de la relación que es el trabajador, por cuenta del desequilibrio inherente a las condiciones de hecho que ofrecen los contratos laborales. El fundamento del principio de la protección es equilibrar las relaciones habidas entre el capital y el trabajo, que en la mayoría de los casos se encuentran desiguales. La desigualdad es

⁶¹⁹ RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1.096.

⁶²⁰ No se puede olvidar de que hay una relación entre el principio de la dignidad humana y de la isonomía: “Levando-se em consideração que a dignidade da pessoa humana é preservada para parte da população, porque não são todos que tem acesso à alimentação, moradia, saúde, educação, segurança, previdência, transporte, trabalho, dentre outros, e que uma expressiva parte da população desta mesma nação está tolhida desse acesso, entende Furtado que “[...] escoriou-se duplamente a carta Política, a uma pelo fato de não se respeitar o princípio da dignidade humana em relação aos mencionados relegados, e a outra pelo fato de não se implementar a isonomia [...]”. Assim se dispensa tratamento diferenciado a alguns em relação a outros, sendo que todos são igualmente pessoas e detentores do direito à preservação de suas dignidades de pessoas humanas e do direito de tratamento isonômico. Deste modo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio constitucional da isonomia anda m próximos. O primeiro princípio antecede o segundo. Furtado analisa dessa forma, porque todo ser humano deve ter sua dignidade preservada e, em relação ao outro ser humano, merece receber igual tratamento para não ter sua dignidade diminuída em relação ao que está recebendo benefício superior, bem como não pode ser privado de exercer seu direito de receber tratamento igual. Por isso, o princípio da igualdade é uma confirmação do da dignidade da pessoa humana, uma vez que se a pessoa A deve ter sua dignidade preservada, também B tem esse direito de receber igual tratamento, para não se “[...] olvidar num primeiro plano, a dignidade com a qual B deve ser tratado, e, num segundo plano, restar ferido o princípio constitucional que determina que os iguais devam ser tratados igualmente” Furtado explica ainda que: Em situação prática, pois, em que se trata A de forma mais benéfica que B, sem nenhuma razão plausível para tanto, protuberam duas feridas ao espírito de nossa Carta Política, a saber, fere-se a dignidade humana daquele que se vê em igualdade de condições que o outro, sendo prejudicado por razão injustificável, e fere-se o princípio da isonomia, que determina que os iguais hajam de ser tratados igualmente, por uma única razão, qual seja, toda pessoa humana deve ser respeitada em sua dignidade, e o fato de ser passada para trás por tal ou qual razão é uma ferida de morte em sua dignidade humana, uma vez que o prejudicado não é, em absoluto, menos humano e menos pessoa, a ponto de ter de tolerar a discriminação (...).” RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, págs. 1097-1098.

⁶²¹ En este sentido: “Quando se fala em adoção de políticas econômicas condimentes com a preservação da vida digna, não se quer pregar a inflexível necessidade de trabalho para todos, mas ao menos a oportunidade da obtenção de rendimentos e auxílio para o desenvolvimento de uma sociedade fundamentada na dignidade da pessoa humana”. EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 122-123.

percibida desde los principios de la humanidad, a pesar de que el ser humano es igual a su semejantes se percibe que algunos están en una posición privilegiada más que otros.

En otras palabras, se puede decir que, en la subcontratación, el trabajador se distancia más de su empleador, lo que de algún modo se denota cierta distorsión económica entre el trabajo y la relación juslaboral. El valor social del trabajo, precepto constitucional, se encuentra igualmente perjudicado por la subcontratación pues se percibe que hay una mayor importancia a la parte económica que la social.

Se percibe que hay una reducción del efecto del principio de la primacía de la realidad en relación a la forma o al contrato, pues para esos autores, la relación socio-jurídica de trabajo deja de ser entre el empleado y la empresa que le contrató y pasa a ser entre el empleado y la empresa contratante. Es decir, el principio de la primacía de la realidad también se ve afectado, más que antes, pues los fraudes al trabajador no son ninguna novedad, pero con la subcontratación se acentúa una vez más cuando éste se ve obligado a ser cómplice de la simulación en la relación de trabajo so pena de perder su empleo. Lo más frecuente son los casos de creación de empresas contratistas, siendo en su mayor número por cooperativas, para volver a las supuestas contratantes.

Otro principio afectado es el de la indisponibilidad de los derechos laborales, y con la contratación de contratistas y la rotatividad que ésta dispone sus empleados, puede ser que éste no trabaje en una misma empresa por mucho tiempo, lo que hace reducir la seguridad del trabajador, como también la reducción de los derechos laborales.

El principio de la continuidad de la relación de empleo, cuestión social y de integración del trabajador como ciudadano dentro de la empresa, también se ve afectado por la rotatividad de trabajadores dentro de la contratista y en las diversas contratantes que éste tiene que ir a trabajar. La subcontratación hace con que el trabajador sea como una parte externa de la empresa, que participa de forma ocasional, no fija, de la contratante, en el cual causa diferenciaciones entre los de la plantilla y los subcontratados. Lo que ocasiona una pérdida de identidad de éste frente a los demás.

En otras palabras, significa decir que el principio de la continuidad de la relación de trabajo es otro vulnerado, pues las subcontrataciones hacen que no haya vínculo directo con la contratante y los trabajadores de la contratista. Pero este principio, de alguna manera se

encuentra confrontado con el principio constitucional de la libertad de empresa. La irrenunciabilidad de los derechos laborales, que infelizmente en la realidad se observa ya que muchos trabajadores, al estar bajo presión de pérdida de su empleo, aceptan laborar por remuneraciones menores, y en muchos casos piden su renuncia para agregarse a una empresa contratista y volver a trabajar en la contratante, antigua empresa en la que estaba vinculado, recibiendo menores salarios por el mismo trabajo.

Es notoria la creciente inestabilidad causada por el mal uso de la globalización⁶²² por parte de las empresas de una manera en general y del mercado económico en sí. Donde lo que acarrea, en relación al trabajo, es el crecimiento de la exclusión, inseguridad y desigualdad que afecta a los trabajadores. De una manera que influencia directamente a la paz y desarrollo social, al fin y al cabo no se puede olvidar que el grado de calidad de sus economías está intrínsecamente relacionado con el nivel de bienestar social⁶²³.

De esta manera, una de las medidas a ser tomadas debería ser la búsqueda de la humanización del trabajo y de una globalización más humanitaria⁶²⁴, como ya mencionada

⁶²²En este sentido, para ilustración, es válido resaltar lo que dice Antunes a cerca de cómo la precarización del trabajo es influenciada por la tercerización entre otras cosas: "No caso estudado - a subcontratação na indústria nuclear - , Thébaud-Mony tira conclusões sobre um processo que vai da precariedade à precarização. Tal processo ocorre à medida que as mudanças nos modelos organizacionais de um quadro econômico internacional de acirrada concorrência estão pautadas no regime de "urgência produtiva". Esse regime implica uma tríplex flexibilidade: nos empregos (trabalho sazonal e temporário, subcontratação, desemprego temporário etc); nos tempos de trabalho (anarquia dos horários diários, semanais e anuais, intensificação do trabalho) e na vida familiar (apoiados na divisão sexual do trabalho clássica, na qual as mulheres são responsáveis pela gestão da família, e os homens são disponibilizados para qualquer horário de trabalho, qualquer lugar ou qualquer forma de inserção). São mudanças que fazem generalizar a precarização para todos os segmentos de trabalhadores: subcontratados, efetivos, temporários, por tempo integral etc. As principais implicações dessa tripla flexibilidade são aquelas constatadas no âmbito do adoecimento e dos acidentes de trabalho que compõem o quadro da saúde no trabalho. É o que se constata, progressivamente, na indústria nuclear e em outros estudos do setor industrial na França". ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, tercerização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 37. En relación a la globalización y derechos humanos, véase Cap. I – Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización en MARTÍN ORTEGA, Olga, Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional, Bosch Editor, Barcelona, 2008.

⁶²³Es válido citar: "Mais do que uma tendência favorável, o Estado de Bem-Estar Social legitimou-se como o modelo de Estado predominante nos países capitalistas, vez que a prática intervencionista foi considerada a melhor estratégia para regular os graves desequilíbrios proporcionados pela ação liberal. Naquela época, como bem explica José Luiz Quadros de Magalhães, ocorreu uma redefinição dos conceitos de igualdade e de cidadania. A igualdade passou a ser tendencialmente material. Ou seja, para que o indivíduo exerce sua condição de cidadão na sociedade, era necessário que tivesse amplo acesso aos direitos fundamentais, sobretudo aos sociais (e não apenas direito ao voto, como preconizava a ideologia liberal)". NEVES DELGADO, Gabriela, As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 31-32.

⁶²⁴Importante es mencionar que: "Então no trabalho, o homem não mais pode se reconhecer e ser reconhecido. O trabalho não mais promove o reconhecimento, mas a dominação. Em outras palavras, ao renunciar a sua racionalidade, já que se move em torno dos interesses meramente econômicos, retornando ao projeto contingente, irracional, de participação na riqueza social, o Estado não garante a efetividade do direito ao trabalho e de outros necessários à concretização da liberdade, não se regendo, assim, por um critério de justiça social. E o trabalho que liberta do determinismo da natureza, nesse contexto, acaba por coisificar o homem. De outro tanto, no plano internacional, a globalização importou na ruptura do modelo econômico imperialista, que se desenvolveu sob a insígnia da ideologização, com a assunção da mundialização da economia sob o pilar da competitividade". MURADAS REIS, Daniela, Crise do Estado Social e negociação coletiva, en AA.VV., Direito do trabalho. Evolução, crise, perspectivas, LTr,São Paulo, 2004, pág. 193.

anteriormente, en el cual se busque la equidad en los intereses difusos de los trabajadores y empresas, y en el caso más específico de la subcontratación.

Parece pertinente terminar este punto citando a Pereira da Silva que reflexiona de esta forma sobre cómo sería una subcontratación más humanizada: “A terceirização responsável requer tratamento humanitário. Humanitarismo não se confunde com filantropia, bom-mocismo ou caridade de qualquer espécie, mas pressupõe tratamento digno e respeito ao ser humano. Isto poderia ser então um impeditivo para bloquear os processos de terceirização, já que todo processo traz algum tipo de trauma, prejuízo ou desemprego ao homem? Acreditamos que não. A terceirização responsável, como já discutimos, faz-se em nome da competitividade e sobrevivência da empresa (e empregos, mesmo que em número menor), não sendo possível dissociá-la de eventuais reflexos negativos a empregados. Desde que haja a sadia preocupação de minimizar tanto quanto possível esses reflexos.”⁶²⁵.

7.2 La discriminación del trabajo femenino en la subcontratación

“Es inconcebible que hasta en los días actuales las mujeres sufran discriminación laboral, sea en acceso al mercado de trabajo, en las condiciones de trabajo o en el salario”

Marsha F. Valois

Se analiza a continuación la discriminación laboral de la mujer y su relación con la subcontratación, hasta porque uno de los motivos de mayor discusión es el de la maternidad y

⁶²⁵ PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 122. Apesar de ser un tema mejor visto en un punto a parte, es válido mencionar como debería ser una subcontratación responsable para que no sea herido ningún de los derechos de los trabajadores como también no sea afectado, dentro del posible, la libre iniciativa de las empresas, como se puede percibir: “Após estas considerações, acreditamos que a terceirização responsável requer atenção especial para pontos capazes de levar ao entendimento: - conhecimento prévio, pelos sindicatos e pelos empregados, dos investimentos que a empresa pretende fazer a curto, médio e longo prazos em: — novos produtos; — melhoria de produtos e instalações; — condições ambientais; — tecnologia; - manutenção do nível de emprego na base territorial do sindicato; - melhoria da remuneração em consequência da produtividade (não necessariamente salário direto); - garantia de qualidade pelo fornecedor que absorve a terceirização qualidade de produto e de condições de trabalho; - fornecedor instalado preferencialmente na base territorial do sindicato; - aumento do nível de emprego nos fornecedores; - garantia de similaridade (não igualdade) de salários e benefícios aos empregados do fornecedor que absorve a terceirização; - conhecimento do projeto global de terceirização. Este tópico inclui as seguintes questões: não discutir terceirizações por itens isolados, antes de se definir o que a empresa realmente deseja em termos de core business, ou seja, o seu plano global; qual a ocupação que se dará ao espaço aberto pela atividade terceirizada; como se efetuará o aproveitamento dos empregados afetados; identificação do item, ou seja, no entendimento sindical: terceirização — prestação interna de serviços, ou outsourcing—transferência de atividades para fora da empresa”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 120-121. Véase también Hacia una globalización sostenible. La condicionalidad social del comercio internacional, en EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), Comercio internacional y derechos humanos, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2007, págs. 31-68,

lactancia de la trabajadora y su dificultad de empleabilidad por esto; es decir, la discriminación estructural que se percibe en la realidad brasileña como en la española. Uno de los asuntos más preocupantes en la legislación española, como ya mencionado anteriormente, es la relación y los efectos de la subcontratación y los riesgos laborales, mientras que en Brasil, el enfoque es observado, sobretudo en la precariedad y la discriminación en sentido amplio, y en este caso específico de la mujer, en la subcontratación, aunque más adelante será analizado la precariedad laboral en Brasil en materia de riesgos y accidentes laborales. Mujer y subcontratación es un tema abordado sin singularidades en España porque se trata de la subcontratación de manera en general, sin discusiones doctrinales acerca de la subcontratación de la trabajadora, diferentemente en Brasil, donde este tema, que es uno de los puntos clave, ya es cuestionado desde la década de los 80.

Infelizmente se detecta sexismo en las empresas contratistas, tanto en Brasil como en España, como es el caso del sector feminizado de limpieza y comedores, en el cual es costumbre la contratación por razón de sexo que por lo que debería ser en relación a la aptitud y cualificación de la persona para ocupar tal puesto de trabajo. Deviene injustificable que una distorsión de discriminación de género todavía hasta los días actuales pueda causar impacto en temas como lo de la subcontratación. A principio será visto cómo se ha desarrollado la igualdad de género tanto en Brasil como en España, haciendo una comparativa de cómo se va desmitificando y cambiando el concepto de inferioridad del género femenino y como repercute en la legislación de ambos países. Principalmente en lo que se observa que para determinados trabajos todavía prefieren a hombres por cuestiones de practicidad por los temas del embarazo/lactancia⁶²⁶ y lo que éste puede ocasionar; dejando que muchas mujeres

⁶²⁶En este sentido es interesante mencionar una decisión del TRT12: “Empresa que impediu trabalhadora de amamentar é condenada a pagar R\$ 100 mil de indenização. A Ondrepsb Serviço de Guarda e Vigilância Ltda. foi condenada a pagar uma indenização de R\$ 100 mil, a título de dano moral, por impedir uma trabalhadora de amamentar a filha recém-nascida. No entendimento da 6ª Câmara do TRT/SC, empresa que dificulta a amamentação de nascituro, colocando a mãe como volante em locais diversos, além de impor a realização de curso em cidade distinta de sua residência, comete assédio moral. O acordão foi publicado nesta quarta-feira (27). A autora pediu indenização por ter sofrido assédio moral e ter sido obrigada a afastar-se do convívio com sua filha, num momento decisivo para a saúde da criança, que faleceu cerca de 50 dias após o retorno da mãe ao trabalho. De acordo com o relator, juiz José Ernesto Manzi, embora não se possa estabelecer o nexo causal entre o quadro de saúde da menor - que culminou com a sua morte - e a interrupção da amamentação quando da volta ao trabalho, “é inegável que a situação lhe gerou enorme stress e abalo moral”, relata. O magistrado indaga se tal fato poderia ter sido evitado ou, ao contrário, “se a ré contribuiu, de alguma forma, para o seu agravamento”. Isso porque a própria Ondrepsb admitiu que, antes da licença maternidade, a autora trabalhava num posto fixo. Com isso, a empresa não concedeu à empregada o direito de usufruir dos descansos especiais durante a jornada para amamentar a filha, já que foi encaminhada para a atividade de vigilante volante. “Nesse contexto, não somente retirou da mãe uma prerrogativa que a lei lhe garante, como também feriu de morte a criança que dependia exclusivamente desse conjunto de elementos protetivos destinados a assegurar-lhe o direito de sobreviver”, constata. Para o juiz Manzi, não resta dúvida de que o intuito da ré era forçar um pedido de demissão, “impondo à genitora longos períodos de separação”. A autora trabalhava como vigilante, num posto fixo e, após o seu retorno da licença maternidade, a empresa adotou algumas medidas que acabaram dificultando a amamentação da menor. Inconformada com a decisão da 2ª Vara do Trabalho de Itajaí, que condenou a empresa apenas ao pagamento dos intervalos não gozados, a autora recorreu da sentença. Segundo ela, após sua volta ao trabalho passou a ser humilhada e assediada pela empresa, que determinou que trabalhasse como volante em outras cidades. A autora alega, ainda, que a menina ficou doente e que, além de não conceder as férias devidas, a empresa não permitia que ela se ausentasse do serviço para atender a recém-nascida. Segundo consta no processo, a ré alegava

se queden en trabajos de temporalidad o de subcontratación, en los cuales reciben menos, lógicamente, al comparado con un trabajador de plantilla, y que persista la mentalidad de que pueda ser un caso de complementariedad del salario de su pareja. O también por cualquier otro motivo discriminatorio, por el cual se puede incluir las minorías colectivas de trabajo, como es el caso también de los jóvenes, los ancianos, de las personas con discapacidad, entre otros. En este mismo sentido es válido citar a Ribar: “Em que pese as intensas transformações ocorridas nas últimas décadas no mercado de trabalho, a discriminação nas relações laborais não deixaram de existir. Com as inovações tecnológicas e novos paradigmas de produção, um grande número de empregos formais foi destruído, cedendo espaço à precarização das relações e condições de trabalho, à informalidade e ao desemprego. A partir daí, tornaram-se ainda mais visíveis grupos que apresentam maior dificuldade para serem inseridos no mercado de trabalho, destacando-se as mulheres, negros, jovens, maiores de 35 anos, portadores do vírus HIV e de LER/DORT, homossexuais, entre outros. Essas pessoas, além de outras pertencentes a outros grupos, passam a ser alvo de discriminação tanto no momento da entrevista de emprego, na seleção, ou seja, na fase pré-admissional, na admissão, durante o contrato de trabalho ou ainda na ruptura deste”⁶²⁷.

Más específicamente relacionados al fenómeno de las contratas y subcontratas, se observa que: hay una mayor subcontratación en los sectores menos favorecidos económicamente, principalmente en Brasil, como ya se ha mencionado anteriormente; una subcontratación de los jóvenes recién puestos en el mercado laboral sin experiencias pasadas, como también una mayor subcontratación en el sector femenino, dado que una considerable parte de la mano-de-obra de las empresas contratistas es formada por mujeres y jóvenes.

que a autora se utilizava da doença da filha para não trabalhar. Publicado em 29 de Julho de 2011 às 10h09”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

⁶²⁷RIBAR, Georgia, Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N 09, São Paulo, 2006, pág. 1.094. También es pertinente, a nível de complementariedad: “Otra tendencia presente no mundo do trabalho é a crescente exclusão dos jovens, que atingiram a idade de ingresso no mercado de trabalho e que, sem perspectiva de emprego, acabam muitas vezes engrossando as fileiras dos trabalhos precários, dos desempregados, sem perspectivas de trabalho, dada a vigência da sociedade do desemprego estrutural. Paralelamente à exclusão dos jovens vem ocorrendo também a exclusão dos trabalhadores considerados “idosos” pelo capital, com idade próxima de quarenta anos e que, uma vez desempregados, dificilmente conseguem reingressar no mercado de trabalho. Somam-se, desse modo, aos contingentes do chamado trabalho informal, aos desempregados, aos “trabalhos voluntários” etc. O mundo do trabalho atual tem recusado os trabalhadores herdeiros da “cultura fordista”, fortemente especializados, que são substituídos pelos trabalhadores “polivalentes e multifuncionais” da era toyotista. E, paralelamente à exclusão dos “idosos” e jovens em idade pós-escolar, o mundo do trabalho, nas mais diversas partes do mundo, tem se utilizado da inclusão precoce e criminosa de crianças no mercado de trabalho, nas mais diversas atividades produtivas. Como desdobramento destas tendências acima apontadas, vem se desenvolvendo no mundo do trabalho uma crescente expansão do trabalho no chamado “Terceiro Setor”, assumindo uma forma alternativa de ocupação, através de empresas de perfil mais comunitário, motivadas predominantemente por formas de trabalho voluntário, abarcando amplo leque de atividades, onde predominam aquelas de caráter assistencial, sem fins diretamente mercantis ou lucrativos e que se desenvolvem relativamente à margem do mercado”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 19-20.

En la época de la revolución industrial, y sin reglas de derecho laboral, el trabajador hacía jornadas excesivas y en sitios insalubres, donde se percibía una precarización laboral, más inclusive para las mujeres y menores, visto que todavía tenían que lidiar con la discriminación a estos dos grupos, por ser considerados como colectivos inferiores⁶²⁸. Tanto es que en España, las primeras reglas laborales se focalizó mas en el trabajo femenino y de menores, como fue el ejemplo de la Ley 24 de julio de 1873 en la cual se delimitaba la jornada laboral de ellos y determinó que ciertos tipos de trabajo eran prohibidos para estos colectivos. La primera norma brasileña que ha tratado sobre el trabajo de la mujer fue el Decreto 21.417 de 1932, en el cual prohibía el trabajo de la mujer en el periodo nocturno (de 22 - 05 horas). Tampoco permitía la remoción de pesos y prohibía el trabajo en subterráneos o en sitios peligrosos o insalubres en el periodo de cuatro semanas antes y de cuatro semanas después del parto. Básicamente la maternidad y las protecciones necesarias para el feto, y posteriormente, la crianza fueran las diferencias de trabajo entre ambos sexos. Históricamente se percibía la preocupación por este colectivo considerado más frágil y débil, dándole una serie de protecciones y prohibiciones de oficios⁶²⁹.

El fundamento de la debilidad e incapacidad femenina era bastante claro anteriormente, como se puede percibir en el Estatuto de la mujer casada, Ley 4.121/62, que ha modificado el Código Civil brasileño de 1916. El art. 446 CLT mencionaba que era necesario una autorización del marido o del padre para que la mujer pudiera trabajar fuera de casa, a pesar de que en relación a oposición del cónyuge la mujer podría entrar con una demanda para intentar conseguir la autorización judicial para trabajar; siendo revocados estos artículos con el avenido de la Ley 7.855/89. Sucedió lo mismo con el Código Civil español, visto que se

⁶²⁸ Véase el Capítulo II. "(...) II – sobre las primeras etapas reales del Derecho Obrero (1900-1904): Las leyes de accidentes del trabajo, mujeres y menores y descanso dominical" en PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo e ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923), Tecnos, Madrid, 2002.

⁶²⁹ En este sentido: "La función de la legislación laboral en la dignificación del que, marcando su subordinación al masculino, se ha llamado "segundo sexo" (S. de Beauvoir), ha sido y sigue siendo sumamente importante, las primeras normas de Derecho del Trabajo se destinan, precisamente, a regular las condiciones laborales de las mujeres y los menores: Ley de 24.7.1873, Ley de 26.7.1878, Reglamento de Policía Minera de 15.7.1897, Ley de 13.3.1900, Real Decreto de 25.1.1908, Ley 20.2.1912, etc. Orientadas a la protección de la trabajadora en situaciones de maternidad, existen numerosas disposiciones vigentes a las que ha de hacerse referencia más adelante. (...) El principio general de no discriminación que inspira el actual estatuto jurídico laboral de la mujer y al que se refería ya la derogada L. de 22.7.1961, es objeto de reconocimiento internacional (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; Carta Social Europea y su Protocolo de 1988; Directiva de la CEE 75/117, 76/207, 79/7, 86/368, 86/613, etc.) e interno. Tal principio de igualdad jurídica entre mujer y varón fue reiterado por el Decreto 2.310/1970, de 20.8, sobre derechos laborales de la mujer, y reforzado por la L. 20/1975, de 2.5, que dio el art. 62 CC, entre otros preceptos modificados por ella, nueva redacción: "El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges", regla que encontró su traducción en materia laboral en el art. 10.1 LPL". MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 520-521.

ha notado un cambio desde la promulgación de éste en 1889 hasta los días actuales⁶³⁰. De la “imbecilitas sexus” a la igualdad jurídica entre hombres y mujeres ha habido un largo camino de luchas por este colectivo.

La Ley de 1952 modificó el art. 321 Código Civil español, en el cual, en este momento, la hija de la familia que fuera mayor de edad pero que aun no haya cumplido los 25 años no podría dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre caso no fuera contraer matrimonio o dedicarse al mundo religioso, o también en el caso de que el padre o la madre hubieran contraído ulteriores bodas. Con la Ley de 1952 se ha añadido una hipótesis más que sería si existiera alguna causa que lo justificase, en el cual ha dado una amplitud mayor.

Otro avance también puede ser percibido en la Ley de 1958 donde ha introducido una de las más amplias reformas en el Código Civil español, en la cual deroga el art. 105.1 que consideraba como causa de divorcio el adulterio de la mujer en todo caso, y del marido cuando resulte en escándalo público o menosprecio de la mujer. Aunque siguió vigente el art. 105.3 en la cual también era causa de divorcio la violencia ejercida por el marido sobre la esposa para obligarla a cambiar de religión. Y solamente con la Ley de 1975 hubo la igualdad jurídica entre los cónyuges; posteriormente se han dado otras modificaciones al Código Civil español⁶³¹, hasta la última que fue la Ley de igualdad de 2007.

⁶³⁰ En su capítulo primero, Lynn Hunt trata de “Torrentes de emoción”. Leer novelas e imaginar la igualdad”, en el cual es válido leerlo y analizar las escrituras de la época para entender el contexto y las preocupaciones, en el sentido de la mujer trabajadora, que estaba bajo el dominio de su padre o de su marido, como se puede percibir: “En las tres novelas que hemos elegido, el centro de la identificación psicológica es un joven personaje femenino creado por un autor masculino. Huelga decir también se producía la identificación con personajes masculinos. Jefferson, por ejemplo, siguió ávidamente las peripecias de Tristram Shandy (1759-1767), de Laurence Sterne, así como el álter ego de éste, Yorick, en Viaje sentimental (1768). Las escritoras tenían igualmente sus lectores entusiastas, tanto mujeres como hombres. (...) Las protagonistas femeninas resultaban especialmente convincentes porque su búsqueda de autonomía nunca podía triunfar por completo. Las mujeres disfrutaban de pocos derechos jurídicos, aparte de los de sus padres o maridos. Los lectores encontraban conmovedora la búsqueda de independencia que emprendía la heroína, sobre todo porque comprendían de inmediato las trabas con que era inevitable que tropezase una mujer”. HUNT, Lynn, La invención de los derechos humanos, Historia, Tusquets Editores, Barcelona, 2009, págs. 58-59. Y muchos otros casos de discriminación y consideraciones de ser un sexo inferior fueron vistos al analizar muchas novelas de épocas. Dentro de varios ejemplos se puede citar “Los miserables” (1862) de Victor Hugo. Según él: “El ser humano sometido a la necesidad extrema es conducido hasta el límite de sus recursos, y al infortunio para todos los que transitan por ese camino. Trabajo, salario, comida y cobijo, coraje y voluntad, para ellos todo está perdido. La luz del día se funde con la sombra y la oscuridad entra en sus corazones; y en medio de esta oscuridad el hombre se aprovecha de la debilidad de las mujeres y los niños y los fuerza a la ignominia. Luego de esto cabe todo el horror. La desesperación encerrada entre unas endeble paredes da cabida al vicio y al crimen... Parecen totalmente depravados, corruptos, viles y odiosos; pero es muy raro que aquellos que hayan llegado tan bajo no hayan sido degradados en el proceso, además, llega un punto en que los desafortunados y los infames son agrupados, fusionados en un único mundo fatídico. Ellos son “Los miserables”, los parias, los desamparados.” En el volumen 1 de “Los Miserables”: Fantine, en la cual trata de una madre soltera y repudiación social por tal status, fue demitida y sin dinero para mantener su hija Cossette tuvo que vender su pelo y los dos dientes de delante, y prostituirse.

⁶³¹ En este sentido véase CARZOLA GONZÁLEZ, María José & CARZOLA GONZÁLEZ, Lourdes Yolanda, Mujer y Código Civil, en A.A. V.V., Derecho y Mujer, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2009.

A nivel internacional, hay que mencionar algunas normas de gran importancia para el tema: la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 que fue marco para el reconocimiento de los derechos humanos y por la igualdad del ser humano como un todo⁶³². La Convención de 1983 que trataba sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención n. 100 OIT relativa a la igualdad de remuneración; el Convenio n. 103 OIT que estipula la protección de la maternidad; el Convenio n. 111 OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación; el Convenio n. 156 OIT sobre la igualdad de oportunidades y trato.

La OIT menciona que el trato diferente no significa necesariamente que sea un acto discriminatorio, desde que sea hecho para equiparar una situación, que al fin y al cabo, no deja de ser el concepto de justicia. Como también se puede decir que las acciones positivas son formas de discriminación, al revés, son medidas para evitar que tal discriminación exista o que permanezca en una determinada sociedad. Todavía hace una distinción la OIT entre discriminación directa y discriminación indirecta. La primera ocurre cuando las regulaciones excluyen explícitamente o ponen en desventaja a trabajadores en base a características como el estado civil o el sexo; mientras que las indirectas serían al detectar que las normas y

⁶³²Al respecto, algunas consideraciones deben ser tenidas en cuenta: no se puede negar que hay una socialización por separado de uno y otro sexo: azul y rosa, juguetes, etc. En España, como en la gran mayoría de las sociedades, las mujeres tenían las tareas de cuidado, como ejemplo: maestras y enfermeras, entre otros. Según la Ley de 1911 estaba vetado a las mujeres el acceso a los estudios superiores, solamente se permitía los estudios de primaria, que eran para cuidar de los niños. Otro caso pertinente a ser citado es el del Decreto-Resolución del Claustro de la Universidad de Bolonia en 1377, el cual prohibía llevar una mujer a la universidad sobre pena de castigo por parte del Rector. También podría ver el reflejo de la sociedad en el código napoleónico que decía que la fidelidad de la mujer a cambio de la protección del marido, y de donde también viene las reglas del adulterio. Desde finales del siglo XIX, primer movimiento feminista de las Suffragettes, y la segunda mitad de los años 60 del siglo XX. En la primera se reivindicaba el derecho al voto que no entraba en el pacto de los Derechos del hombre y del ciudadano, nacido con la Revolución Francesa, en el que el lema de la "igualdad" no ha llegado a las mujeres. Inclusive se debe mencionar la dificultad de incorporar a un mercado económico y laboral creado y condicionado para el hombre. Tampoco se puede dejar de mencionar la problemática del techo de cristal que ocurre en varios países, donde las mujeres no consiguen seguir ascendiendo en el trabajo. Los altos cargos son masculinos, pues estos, debido a la división social general y cuestiones culturales y biológicas, pueden renunciar a más aspectos de la vida por el trabajo, mientras que la mujer está más arraigada a las cuestiones de la maternidad. En este sentido, reflejado en libros, películas y series televisivas, se percibe el trato de este tema en varios aspectos. Como por ejemplo, "Lipstick jungle", escrito por Candace Bushnell en 2005, donde uno de los asuntos que trata es sobre la mujer trabajadora, que llega a ganar más que su marido y las discriminaciones en el mercado laboral por ser mujer, inclusive para conseguir ascender en el puesto de trabajo. Igualmente se puede ver aspectos de la liberación sexual de la mujer y su relación con el trabajo en otra de sus obras nombrada "Sex and the city", escrita en 1996, que es la obra precursora de Candace Bushnell, como también la serie televisiva de la ABC "Cashmere mafia", creada en 2008 por Kevin Wade, que aporta una visión de la mujer trabajadora bien sucedida y su relación en la sociedad en que viven. Otro punto a ser citado es la creación de la "Wonder woman", personaje de súper héroe femenino creada en 1941 por William Moulton Marston. Su creación fue en la segunda Guerra Mundial, momento histórico donde la mayoría de los hombres norteamericanos fueron a luchar y las mujeres se quedaron en los Estados Unidos trabajando en las fábricas, reemplazando los trabajos que hasta entonces eran hechos por hombres. Desde allí, empieza el mito de la mujer maravilla, la que ejerce el doble trabajo: fuera y dentro de casa. Y para finalizar es válido pensar acerca del texto clásico de Simone de Beauvoir, una parte del libro "El segundo sexo", escrito en 1949: "Económicamente, hombres y mujeres constituyen casi dos castas; en igualdad de condiciones, los primeros tienen situaciones más ventajosas, salarios más elevados, más oportunidades de triunfar que sus competidoras recientes; los hombres ocupan en la industria, la política, etc., mayor número de puestos y siempre son los más importantes. Además de los poderes concretos con los que cuentan, llevan un halo de prestigio cuya tradición se mantiene en toda la educación del niño: el presente envuelve al pasado, y en el pasado, toda la historia ha sido realizada por los varones".

prácticas aparentemente neutrales produzcan efectos negativos en un determinado colectivo, independiente si se cumple los requisitos para ejercer una labor o no.

En el ámbito de la Comunidad Europea⁶³³ se encuentran, dentro de otras: el Tratado de Roma que garantizaba la igualdad y no discriminación a mujeres y hombres. La Directiva 75/117 CEE sobre la retribución entre trabajadoras y trabajadores; la Directiva 76/207 CEE que regulaba la aplicación de trato entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, formación y promoción profesional; la Directiva 97/80 CEE que trataba de la carga de prueba en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria; y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁶³⁴ - que redunde las Directivas anteriores acerca del tema - que trató sobre la igualdad de oportunidades laborales y en el trato entre hombres y mujeres en ámbito del empleo y ocupación, asegura como un principio fundamental del Derecho comunitario el incentivo y las propuestas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres trabajadores, conforme dispuesto en el art. 2⁶³⁵ y 3.2⁶³⁶ TCE. Como también es válido citar el Tratado de Lisboa, que trata del tema en su art. 23, ratificado por España a través de la Ley Orgánica 1/2008, en el cual determina: “La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo,

⁶³³ No se puede olvidar que: “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo, constituyen “derechos fundamentales”, que han sido objeto de una importante labor tanto normativa como jurisprudencial en el ámbito comunitario, y cuyas importantes implicaciones tanto jurídicas como económicas resultan indudables”. PÉREZ DEL RIO, Teresa, *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Instituto andaluz de la mujer, Sevilla, 1999, pág. 07.

⁶³⁴ La consideración 1 de la Directiva referida menciona que: “La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (3), y la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (4), han sido modificadas de forma sustancial (5). La Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (6), y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (7), contienen también disposiciones cuya finalidad es la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Dado que en dichas Directivas se han hecho modificaciones, conviene, en aras de la claridad, refundir las disposiciones correspondientes, reuniendo en un único texto las principales disposiciones existentes en este ámbito, así como ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo denominado «el Tribunal de Justicia»)”.

⁶³⁵ El art. 2 TCE expone: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

⁶³⁶ El art. 3.2 TCE afirma: “En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

El art. 5º CF/88 expresa los derechos básicos de los ciudadanos brasileños, siendo garantizados la igualdad entre hombres y mujeres, más específicamente en el art. 5º, I⁶³⁷ CF/88; como también se encuentra en el art. 10, II, b ADCT⁶³⁸, CF/88 la garantía provisional del empleo de la trabajadora embarazada desde la confirmación del embarazo hasta los cinco meses después del parto.

Las medidas de protección al mercado laboral femenino fue mencionado por primera vez en la legislación brasileña por la Constitución Federal de 1988, como se puede percibir en su art. 7º, XX⁶³⁹ CF/88, correspondiente a la protección ora mencionada que sea lograda a través de incentivos específicos. Como es una norma programática, depende de reglamentación por ley, que significa decir, que es de eficacia limitada y no inmediata. Inclusive la Ley 5.473/68 trata de la prohibición de discriminación en la contratación laboral entre trabajadores de ambos sexos.

Diversas garantías a las mujeres fueron dadas por la CF/88: como la permisión de trabajo en actividades insalubres; licencia a la embarazada sin que haya perjuicio de perder el empleo y garantía del salario percibido por la trabajadora con una duración de 120 días, conforme se encuentra dispuesto en el art. 7º, XVIII⁶⁴⁰ CF/88; y ha prohibido la diferencia de salarios, de función o de admisión por motivo de sexo, como se encuentra en el art. 7º, XXX⁶⁴¹ CF/88.

⁶³⁷ El art. 5º I CF/88 expone: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”.

⁶³⁸ El art. 10, II, b ADCT, CF/88 expresa: “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...) II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

⁶³⁹ El art. 7º X CF/88 declara: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (...)”.

⁶⁴⁰ El art. 7º XVIII CF/88 afirma: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (...)”.

⁶⁴¹ El art. 7º XXX CF/88 especifica: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (...)”.

En relación a la legislación constitucional española propiamente dicha, es pertinente empezar por el texto constitucional, en el cual expresa la prohibición general de toda y cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, conforme el art. 9.2⁶⁴², 14⁶⁴³ y 16.2⁶⁴⁴ CE. Igualmente es pertinente mencionar el art. 1.1⁶⁴⁵ CE que a pesar de no reconocer derechos ni establecer reglas concretas, establece objetivos generales a ser seguidos por los entes públicos para la efectivación de la igualdad entre todos los ciudadanos españoles. Discriminación esta que agrede directamente al precepto constitucional español siendo un caso incluso de utilización de un recurso de amparo para analizar tal problema, conforme expresa el art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)” y el art. 41.1 LOTC: “Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia”. También se considera en Brasil como un caso de violación a los derechos y libertades fundamentales, como se puede percibir en el art. 5º XLI CF/88 expresa que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

En Brasil la Ley 7.855/89 ha derogado los arts. 374 y 375 CLT, que reglamentaban la prórroga y compensación del trabajo de la mujer, los arts. 379 y 380 CLT, que vetaban la prohibición del trabajo nocturno de la mujer con algunas excepciones, y ha revocado el art. 387 CLT, que prohibía el trabajo de la mujer en subterráneos, en minas de suelo, en pedreras,

⁶⁴² El art. 9.2 CE expresa: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁶⁴³ El art. 14 CE define: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶⁴⁴ El art. 16.2 CE contiene: “Ingreso al trabajo. (...) 2. Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

⁶⁴⁵ El Artículo 1.1 CE orienta: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

en obras de construcción civil, pública o particular, y en actividades insalubres o peligrosas. En España, todas estas prohibiciones de trabajo femenino de la legislación laboral española antigua fueron extinguidas, siendo interesante mencionar la decisión RTC\1992\229, en la cual se discutía si era un caso de tutela hacia la mujer o discriminación desde el punto de vista de la salud y sanidad en el trabajo. En otras palabras, se trataba de que fuera aplicado el art. 14 CE que prohíbe la discriminación entre hombres y mujeres, en este caso por cuestión de acceso al empleo, donde una candidata al cargo de ayudante de minero ha interpuesto una demanda por solamente haber sido seleccionados hombres para trabajar en las minas. La decisión fue procedente, siendo considerada apenas como excepción a la que ponga en riesgo la salud de la embarazada.

En lo que se refiere a la legislación laboral, téngase en cuenta que el ET es explícitamente contra la discriminación entre trabajadoras y trabajadores, conforme se expone el art. 4.2.c⁶⁴⁶ y 17.1⁶⁴⁷ ET. En lo relativo al salario el art. 28 ET determina que la empresa debe pagar el mismo salario por la prestación de un trabajo de igual valor, conforme SSTC147/1995 y SSTC 250/2000.

En este sentido: “Reskin & Padavic (1994) argumentan que, en ocasiones, los trabajadores tradicionalmente masculinos y los tradicionalmente femeninos tienden a concentrarse en deferentes departamentos, empresas o industrias, por lo que resulta difícil comparar los trabajos, el esfuerzo o dedicación y los salarios pagan menos a las trabajadoras que realizan trabajos que no son predominantemente masculinos pero que tienen un valor similar. Este es un doble proceso. En primer lugar, los empresarios discriminan según el sexo ofreciendo diferentes trabajos a hombres y mujeres, y después pagan menos a los trabajadores que desempeñan trabajos donde hay una mayoría de mujeres (o personas de grupos minoritarios). Las consecuencias es que cuanto más “femenina” sea la ocupación,

⁶⁴⁶ El art. 4.2. c ET menciona: “Derechos laborales.(...) 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”.

⁶⁴⁷ El art. 17.1 ET expresa: “No discriminación en las relaciones laborales. 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

menor es el salario para hombres y mujeres, incluso teniendo en cuenta factores como la educación y la experiencia”⁶⁴⁸.

Siendo complementario los 22.4⁶⁴⁹ y 24.2⁶⁵⁰ ET que tratan de las categorías y grupos profesionales y de los ascensos respectivamente⁶⁵¹. Como también es compatible a las acciones positivas, conforme expresa el art. 11⁶⁵² LOI, como medida antidiscriminatoria del colectivo femenino.

La Ley 45/1999 que regula el desplazamiento de los trabajadores en los casos de un servicio transnacional, debiendo el empresario ofrecer, independiente de la legislación del país que esté su trabajador, las mismas condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral

⁶⁴⁸ Y sigue explicando: “Las diferencias salariales entre hombres y mujeres son un hecho generalizado constatable a lo largo de todo el mundo, obteniéndose datos bastante similares en los países de la OCDE y en los países en desarrollo. Como media, se observa que la relación entre los salarios femeninos y masculinos serían del 60 a 70 por ciento si el período de referencia es el mes, del 70 al 75 por ciento si se trata del día o la semana, y del 75 al 80 por ciento al tomar como base la hora (...). En España el 70 por ciento de las asalariadas trabajo en empresas, donde su salario medio es el 60 por ciento del de los varones del mismo sector. En la Administración Pública, el salario medio de las mujeres es el 88 por ciento del de los varones del mismo sector y el 142 por ciento del salario medio de todas las mujeres. La mayor disparidad entre salarios medios se observa en las actividades agrarias, ganaderas y pesqueras (44 por ciento de lo que ganan los varones)”. RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social*, Conejo Económico y Social, Madrid, 2005, pág. 16.

⁶⁴⁹ El art. 22.4 ET afirma: “Sistema de clasificación profesional. (...) 4. Los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”.

⁶⁵⁰ El art. 24.2 ET especifica: “Ascensos. (...) 2. Los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”.

⁶⁵¹ En relación a la jurisprudencia del STC 3/1983 - como cita Palomeque López, sirviendo como un resumen y algo más de lo que se ha expuesto de legislación a cerca de este tema: “hubo un desarrollo normativo “(profuso y disperso, necesitado por ello de integración legislativa) provisto las siguientes expresiones: 1) El derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo en el trabajo (art. 35.1 CE). 2) El derecho de los trabajadores a no ser discriminado en el empleo y las relaciones laborales por cualesquiera razones o motivos (art. 4.2 c) y 17 LET). 3) El derecho a la igualdad de remuneración por razón de sexo en la relación de trabajo (art. 28 LET). 4) Los derechos de conciliación del trabajo y la familia, cuyo ejercicio principalmente por las mujeres (la incorporación generalizada de la mujer al trabajo fuera del hogar es un hecho contemporáneo de trascendentales consecuencias sociales) se propone alcanzar un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres, además de un reparto equilibrado de responsabilidades entre ambos en su vida profesional y privada (Ley 39/1999, de 5-11, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, LCVFL). 5) Las medidas legislativas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, en particular razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 27 a 43 Ley 62/2003, de 30-12, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). 6) Los derechos laborales y prestaciones sociales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género, entendida legalmente como “el símbolo más brutal de la desigualdad existente en esta sociedad”, que se dirige sobre las mujeres “por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, repleto y capacidad de decisión” (art. 21 a 23 y disp. ad. 7ª, relativa a la modificación de la LET, LO 1/2004, de 28-12, de medidas de protección integral contra la violencia de género, LOVG, STC 59/2008). 7) La garantía legislativa de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de una acción normativa encaminada a la “eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanza una sociedad más democrática, más justa y más solidaria” (dimensión transversal de la igualdad) (art. 1.1 LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, LOIM”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 114-115.

⁶⁵² El art. 11 LOI determina: “Acciones positivas. 1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”.

española, y eso significa decir igualdad en todos los sentidos entre ambos sexos. Por último, el Real Decreto Legislativo 5/2000, por ejemplo, trata del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que dispone de la tipificación de las conductas constitutivas de ilícitos administrativos y las sanciones necesarias para tal.

Es importante seguir citando a la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su art. 1⁶⁵³ LOI especifica la igualdad de trato y oportunidad para ambos los sexos. En relación al principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres es sugerente citar los art. 3⁶⁵⁴ y 5⁶⁵⁵ LOI, porque no se puede discriminar a la mujer por su derecho a maternidad – en este sentido es válido citar también al art. 8⁶⁵⁶ LOI también-, obligaciones familiares ni tampoco por su estado civil, y la igualdad entre ambos en relación al trabajo respectivamente, en este sentido, es válido mencionar a la SSTC 28/1992 y SSTC 233/2007. La LOI también expresa, conforme se encuentra en el art. 6⁶⁵⁷ LOI, los casos de discriminación directa e indirecta, y en los casos de que no sean cumplidas las normas de antidiscriminación será tal hecho considerado nulo, habiendo responsabilidad acerca de esto

⁶⁵³ El art. 1 LOI pronuncia: “Objeto de la Ley. 1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. 2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo”.

⁶⁵⁴ El art. 3 LOI establece: “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

⁶⁵⁵ El art. 5 LOI se refiere: “Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

⁶⁵⁶ El art. 8 LOI anuncia: “Discriminación por embarazo o maternidad. Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

⁶⁵⁷ El art. 6 LOI distingue entre discriminación directa e indirecta: “(...) 1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

como también sanciones, conforme expresa el art. 10⁶⁵⁸ LOI. Tampoco se puede represaliar al trabajador que denuncie un caso de discriminación por sexo, segundo el art. 9⁶⁵⁹ LOI. Cualquier persona podrá tener la legitimidad de la tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres segundo el art. 12⁶⁶⁰ LOI. Siendo la carga de la prueba invertido, es decir, que deberá al empleador demostrar que su conducta no es discriminatoria, conforme el art. 13⁶⁶¹ LOI.

En Brasil otra práctica de combate a la discriminación entre trabajadores de ambos sexos es la prohibición de anuncios de empleo que caracterizan, directamente o indirectamente, la preferencia sexual, de edad, o cualquier otro tipo de discriminación a los candidatos. Válido es mencionar que tal medida también debe ser vista no solamente como una protección a la mujer sino como al hombre también. Pues estos pueden trabajar en labores que eran históricamente considerados específico de mujeres, como es el caso de empleadas doméstica o de secretarias, etc. En España pasa lo mismo, conforme explica Palomeque López al defender que hay que garantizar del cumplimiento de los derechos fundamentales laborales específicos y no específicos, como también cumplir con el principio de la igualdad en el ámbito laboral en todos sus aspectos.

El art. 390, b⁶⁶² CLT confiere igualdad para trabajadores de ambos sexos en relación a cupos en cursos de formación de mano de obra ofrecidos por instituciones gubernamentales,

⁶⁵⁸ El art. 10 LOI impone: “Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias. Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

⁶⁵⁹ El art. 9 LOI confiere: “Indemnidad frente a represalias. También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”.

⁶⁶⁰ El art. 12 LOI trata de la tutela judicial efectiva: “1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. 2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos. 3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

⁶⁶¹ El art. 13 LOI define que: “Prueba. 1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales”.

⁶⁶² El art. 390, b CLT determina: “As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos”.

por la propia empresa o por cualquier órgano de enseñanza profesional. Importante también es mencionar el art. 390, c⁶⁶³ CLT que expresa que las empresas brasileñas con más de 100 empleados deben mantener programas especiales de incentivos y de desarrollo profesional de mano de obra. Infelizmente se percibe en la práctica que muchas empresas no cumplen esta normativa. Lo que sí debe ser dicho es que esta norma tampoco es específica de la trabajadora, por tanto, no debería estar en el capítulo destinado a la protección de la mujer trabajadora, visto que sirven para ambos sexos. Resaltando que en Brasil no hay cuotas específicas para mujeres en ningún ámbito laboral. También hay en España políticas públicas de incentivo y formación de los colectivos laboralmente específicos.

A pesar de que no haya una cuota obligatoria, exceptuando en los casos de las personas con discapacidad, los demás colectivos, por ejemplo las mujeres, los jóvenes, los mayores o los parados de larga duración, entran en los programas de empleo nacionales a través del mecanismo de subvencionar a las empresas que los contraten, en lo que respecta a los pagos de la seguridad social o a ayudas económicas directas a estas empresas. Además cada Comunidad Autónoma española desarrolla programas de promoción del empleo en ciertos sectores de actividad, como por ejemplo los nuevos yacimientos de empleo, y apunta más hacia las mujeres en aquellos sectores o puestos de trabajo donde están infrarrepresentadas.

En relación con la discriminación laboral femenina, es importante citar al Tribunal Constitucional español, que ha afirmado, como recuerda Jimena Quejada: “la necesidad de acabar con medidas paternalistas y de introducir acciones positivas compensatorias en contra de la discriminación sexual (p. ej., igualdad de oportunidades de la mujer para acceder al mercado de trabajo), incluida la perspectiva de género y la dimensión transversal de la igualdad para propiciar la participación plena de la mujer en la vida política y en el terreno socio-laboral”⁶⁶⁴.

Lo que se refiere a la protección a la maternidad en la legislación brasileña, se encontraba anteriormente a cargo de la empresa, pasando con el Decreto 51.627/62 (ratificación de la Convención n. 3 OIT) a la responsabilidad de la Seguridad Social brasileña.

⁶⁶³ El art. 390, c CLT expresa: “As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra”.

⁶⁶⁴ JIMENA QUESADA, Luis, Vigencia de los derechos humanos en España, en AA.VV., Derecho Internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos, Anthropos Editorial, Madrid, 2009, pág. 45.

Algunos años más tarde, fue promulgado el Decreto 58.020/66 (revisión del Decreto anterior y ratificación de la Convención 103 OIT), fundamentalmente importante para la no discriminación del trabajo de la mujer, visto que la empresa no tendrá más como encargo financiero el tiempo que la empleada embarazada se encuentre de baja por maternidad, que es, por cierto, de 120 días⁶⁶⁵, conforme se encuentra dispuesto en el art. 7º, XVIII, CF/88, también pasando a ser responsabilidad y obligación de la Seguridad Social.

La Ley 6.136/74 trata del “salario maternidad”, la cual también traslada la a la responsabilidad de la Seguridad Social, pasando a ser entonces un beneficio/prestación y no un salario propiamente dicho. De esta forma intenta el gobierno brasileño erradicar la discriminación de la contratación de hombres sobre las mujeres. A partir de septiembre de 2003, el pago del “salario maternidad”⁶⁶⁶ pasa a ser efectuado directamente por las empresas, que posteriormente son reembolsadas por la Seguridad Social. En relación a las madres adoptivas, contribuyentes individuales, facultativas y empleadas domésticas tendrán que solicitar tal beneficio en las Agencias de la Seguridad Social. En los casos comprobados por justificación médica, el período de la licencia podrá ser prorrogado por dos semanas antes del parto y no al fin de los 120 días de la licencia. En casos excepcionales, la mujer puede rescindir el contrato de trabajo, por ser un trabajo perjudicial o un riesgo a su propia salud o a de su bebé, conforme prescripción médica, no siendo necesario el preaviso a la empresa.

En España, en materia de Seguridad Social, la LGSS – con algunas alteraciones debido a la LOI - también protege la trabajadora que está embarazada. En que en el pasado el embarazo era tipificado como incapacidad temporal, y posteriormente fueron añadidos mas 13 artículos por la igualdad entre genero y las debidas medidas de protección necesaria, ahora titulados debidamente y no mas con la terminología ora mencionada. Por ejemplo, el art. 133 bis LGSS trata de las situaciones protegidas en los casos de maternidad. Como también del art. 133 quárter, quinquies, sexies, septies LGSS regulan los casos de la prestación económica, en que comparado con Brasil, podría ser un similar al llamado “salario-maternidad”. Incluso una

⁶⁶⁵ Hay un Proyecto 281/05 propuesto por la Senadora Patrícia Saboya (PSB-CE) para ampliar la licencia maternidad de 120 días para 180 días. El “Programa Empresa Cidadã” propone la cesión de beneficios fiscales a las empresas que adoptaren tal programa. Segundo este proyecto la empleada embarazada recibirá su salario integralmente, mientras que la empresa puede deducir los 100% de este gasto extra del Impuesto de la renda. Aunque se debe aclarar que no es obligatorio, y si, voluntario, tanto para las empresas como para las trabajadoras, pedir la extensión del beneficio hasta un mes después de tener el hijo. La propuesta fue aprobada el 18/10/2007 en carácter terminativo, por la Comisión de Derechos Humanos y Legislación Participativa del Senado Federal. Lo que significa que no es más necesario que sea votada en el Plenario de la Casa. Siguiendo directamente para la Cámara de los Diputados. Todavía se discute si tal novedad podría ser beneficiosa o no para la no discriminación de la contratación de la mujer. Visto que muchas empresas, principalmente as de pequeño porte, preferirán contratar hombres para no quedar, a lo mejor, aproximadamente 7 meses (180 días de licencia embarazo mas las vacaciones que suelen ser común en Brasil pedir las juntas) sin las trabajadoras, teniendo que contratar a nuevos empleados para sustituirlas, o a recurrir a una ETT.

⁶⁶⁶ El “salario maternidad” y la licencia serán iguales si los bebés fueren gemelos o parto múltiplo.

innovación fue el Capítulo IV ter LGSS que trata de la paternidad, en el cual, como se puede percibir en su texto, hace con que sea más una forma de erradicación de la desigualdad de género. Mientras que el Capítulo IV quáter y el IV quinquies LGSS, tratan respectivamente del riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural.

Más específicamente en relación a la maternidad la LOI, - uno de los temas más polémicos de ocurrencia de discriminación entre mujeres y hombres en el ambiente laboral español - claramente en el art. 44 LOI, ya responsabiliza a los padres, no solamente a la madre, por la crianza del hijo, al tratar del derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral⁶⁶⁷. Como se puede percibir en su redacción, el art. 44 LOI “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. 2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. 3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”.

El art. 45.1.d ET menciona los casos tanto de maternidad y paternidad que puedan ser caso de suspensión del contrato, a pesar de ser interesante porque trata de cuestiones como riesgos durante el embarazo o lactancia, que dice respecto solamente a la madre y no al padre; de alguna forma el encargo pesa más para la trabajadora. Como se puede observar en su texto legal: Art. 45.1.d ET “Causas y efectos de la suspensión. 1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: (...) d. Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o

⁶⁶⁷ Este era uno de los agravantes que inducía a la preferencia de contratación de trabajadores que de trabajadoras, conforme explica Sanguinetti: “Otro tanto ocurre con el cuidado de los hijos y familiares. Desde la aprobación de la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, se ha dado un gran impulso a los mecanismos dirigidos a hacer posible una mejor compatibilización de ambas esferas de la existencia de las personas. La política de conciliación impulsada por esta ley, sin embargo, no ha estado dirigida a suplir las carencias existentes en materia de servicios e infraestructura de apoyo para el cuidado de niños y personas dependientes. Antes bien, se ha centrado en contractuales y excedencias, que deben conceder los empresarios a sus trabajadores con el fin de permitirles atender dichas situaciones”. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Mecanismos legales de lucha contra la discriminación en el trabajo, en AA.VV., Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 36.

que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”. Y segundo el art. 48.5⁶⁶⁸ ET, tiene garantizado el puesto de trabajo en los casos de suspensión laboral debido a los riesgos ora mencionados.

Las medidas de protecciones en relación al embarazo son art. 53.4 b y 55.5 b ET⁶⁶⁹. El art. 53.4 b ET establece que, podrá ser caso de extinción por causas objetivas cuando el empresario no cumpla los requisitos establecidos en esta legislación, o en los casos que si el empresario ha despedido al trabajador por algún tipo de discriminación prohibida en la Constitución española en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Siendo considerada tal despido nulo, desde que sea pronunciado por declaración de oficio. El empresario está obligado a restituir el valor pecuniario correspondiente a los salarios que no fueron percibidos en tal periodo de paro por motivo discriminatorio.

También se considera caso de nulidad la decisión extintiva en los siguientes supuestos: “(...) b- La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley”.

Mientras que el art. 55.5 b ET trata del despido disciplinario, considerando nulo el despido que tenga por motivo alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución española o en la Ley. Como también en los casos que ocurra una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Otra hipótesis de nulidad del despido en los siguientes supuestos: “(...) b- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a,

⁶⁶⁸ El art. 48.5 ET determina: “Suspensión con reserva de puesto de trabajo. (...) 5. En el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado”.

⁶⁶⁹ Véase también SSTC 136/1996, 20/2001; 41/2002; 161/2004, 175/2005; 17/2007 233/2007; y 74/2008.

y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley”.

Otro artículo importante es el art. 188.2 b LPL, que expresa que será considerado nulo el despido que esté basado en algún tipo de discriminación prevista en la Constitución española o en la Ley, o también en los casos que ocurra una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Igualmente será considerado como un despido nulo en los casos estipulados por este artículo “(...) b - El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a, y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.” También se encuentra respaldado tal derecho en el 122.2.2 b⁶⁷⁰ LPL.

El art. 8 LOI trata de la discriminación por embarazo o maternidad y determina que será caso de “discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”. En relación a la maternidad y a la lactancia resulta necesario analizar dos artículos del ET: Primeramente el art. 53.4 a y c ET en el cual trata sobre forma y efectos de la extinción por causas objetivas. En su apartado 4.a ET expresa que en los casos en que empresario no cumpla los requisitos establecidos por ley, o si el despido sea basado por algún tipo de discriminación prohibidas en la Constitución española o legislación pertinente. Produciendo entonces una violación de derechos fundamentales y

⁶⁷⁰ El art. 122.2.2 b LPL menciona: “Artículo 122. (...) 2. La decisión extintiva será nula cuando: (...) Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: (...) b - La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores”.

libertades públicas del trabajador. Será tal despido considerado nulo, desde y cuando siempre sea a través de declaración de oficio.

También menciona tal precepto que es de responsabilidad de la empresa a pagar lo correspondiente al que la trabajadora ha quedado sin trabajar por culpa de eso. Incluso menciona este artículo que “(...) será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: a- La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo”.

El 53.4 c ET prevé que también es considerado un despido objetivo en los casos en los que “los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”. Desde y siempre que haya una relación causal del despido del trabajador con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia debidos a él.

El art. 108.2 a) y c) LPL afirma que será nulo el despido que tenga como pretexto un hecho discriminatorio conforme previsto en la Constitución española o en la Ley. También se considera nulo el despido ocurrido debido a una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Igualmente será considerado nulo en los siguientes supuestos: “a - El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d del apartado 1 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. (...) c - El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde

la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.” También complementa tal precepto el art. 122.2.2 a) y c)⁶⁷¹ LPL.

Con la edición en Brasil de la Ley 9.029/95 -que trata sobre la discriminación de la mujer- está prohibida terminantemente la exigencia de análisis de embarazo y de esterilización de cualquier tipo. Como también cualquier otro método de prácticas discriminatorias para efecto de admisión de empleo, permanencia en él o de dispensa de la trabajadora por tales circunstancias⁶⁷². También se encuentra prohibida la adopción por parte de la empresa de utilizarse de medidas de inducción, o de instigación a la esterilización o para promover el control de la natalidad. La trabajadora no puede tener su contrato rescindido so la argumentación de encontrarse embarazada o por contraer matrimonio, en el cual se cree que corre riesgos de que se quede embarazada. Existen empresas en Brasil, cometiendo infracciones constitucionales. Estos piden a la trabajadora que hagan análisis de sangre para saber si está embarazada o no, como también averiguan su estado civil, si tiene niños o si pretende tenerlos. Siendo admitido únicamente el análisis de sangre en los casos de rescisión

⁶⁷¹ El art. 122.2.2 a) y c) LPL estipula: “Artículo 122. (...) 2. La decisión extintiva será nula cuando: (...) Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: a - La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d del apartado 1 de artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. (...) c - La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”.

⁶⁷² Al respecto, véase: “TRT3 - JT aplica justa causa à empresa que puniu trabalhadora por ter engravidado. Recentemente, a 5ª Turma do TRT-MG analisou um caso que, nas palavras do próprio relator, o juiz convocado Hélder Vasconcelos Guimarães, beira as raias do absurdo. Uma empregada, sem problemas médicos, foi deslocada do seu antigo local de trabalho para a recepção, onde foi proibida de executar qualquer tarefa. O motivo? Simplesmente porque, sendo solteira, engravidou de um colega de trabalho, seu namorado. E foi, ainda, taxada como sem vergonha, pela proprietária da empresa. Os julgadores consideraram a conduta da reclamada como preconceituosa e fruto de uma inadmissível maledicência, o que enseja, além do deferimento do pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Segundo o juiz convocado, as testemunhas ouvidas no processo deixaram claro que a reclamante trabalhava no departamento pessoal e, como forma de castigo pelo namoro com um colega e pela gravidez sem casamento, foi deslocada para a recepção da empresa, onde passava todo o tempo sem nada fazer. O magistrado lembrou que uma das primeiras obrigações do empregador é fornecer ao empregado tarefas e meios para exercê-la. A Constituição da República consagrou a valorização do trabalho humano e o respeito à honra e à dignidade do trabalhador, o que foi violado pelo procedimento adotado pela reclamada. A conduta da empregadora, além de ilícita, extrapolou o seu poder disciplinar, já que nem mesmo existe em nosso ordenamento jurídico a punição imposta pela empresa à empregada. Por essa razão, o relator julgou desfavoravelmente o recurso interposto pela reclamada, mantendo a rescisão indireta do contrato de trabalho, declarada em 1º Grau, que, em outras palavras, nada mais é do que o término da relação de emprego por culpa do empregador. O magistrado também negou o pedido, feito pela ré, de exclusão da indenização por danos morais. Isso porque a proprietária da empresa, esquecendo-se da beleza da gravidez, em momento de ira, discriminou a empregada, exatamente pelo seu estado gravídico, tratando-a como criminoso. O relator destacou que não existe norma proibindo relacionamento íntimo no ambiente de trabalho. O que não se aceita é que a ligação afetiva entre colegas traga prejuízos para o cumprimento das tarefas. Mas, nem de leve, houve prova desse acontecimento no processo. Mesmo porque a reclamante e o seu namorado trabalhavam em setores distintos da empresa. O namorado, após o ocorrido, foi dispensado. Já a trabalhadora, por estar grávida e não poder ser dispensada, passou pela situação humilhante e vexatória de ser deslocada de setor, para ficar no ócio, sendo tratada como portadora da pior doença infecto-contagiosa existente. Como se não bastasse, a autora foi xingada pela dona do estabelecimento. Não há justificativa lógica, jurídica, ou mesmo cristã, para a atitude tomada pela empregadora. A grávida merece carinho e proteção, inclusive do legislador constitucional que lhe deu a estabilidade provisória, tudo para que tenha paz de espírito, não atraindo males para o período da gestação. Entretanto, a empresa não respeitou nada disso. Tê-la e acusá-la de sem vergonha é o maior disparate. Por tudo isso, o julgador deu provimento ao recurso da trabalhadora, para aumentar o valor da indenização por danos morais para R\$10.000,00. (RO 0001815-74.2010.5.03.0001). Publicado em 29 de Julho de 2011 às 10h08”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

de contrato de trabajo de la empleada, para saber si está embarazada o no, es una medida de protección legal conferida a la empresa.

También se encuentra prohibida, conforme la Ley 9.029/95, el despido improcedente por motivo de embarazo, siendo una opción de la trabajadora si prefiere la reintegración de su puesto de trabajo, segundo el enunciado 244 TST. Recibiendo la remuneración debida en el período correspondiente de alejamiento hasta su retorno con los debidos intereses que la justicia garantice, desde que sea tal derecho autorizado por el juez competente. O puede elegir también, la indemnización integral del doble de lo que le sería debido por encontrarse en un período de estabilidad provisional, con los debidos intereses, conforme se encuentra expuesto en el art. 39, par. 1º Ley 8.177/91.

Las infracciones especificadas por la Ley 9.029/95 pueden ser desde una multa administrativa hasta prohibiciones de obtención de préstamos o financiamientos de instituciones financieras oficiales. Es decir, esta regla se aplica no solo para los bancos del Gobierno como también para las entidades financieras privadas, que no dejan de ser oficiales por funcionar solamente por medio de la autorización del Banco Central, segundo establece el art. 18 Ley 4.595/64. Otra protección referente al trabajo de la mujer es que las empresas con más de 30 empleadas, deben mantener una guardería; o la empresa puede mantener un acuerdo con una guardería externa, o también pagar el valor correspondiente al reembolso-guardería, conforme la Portaria del Ministerio del Trabajo 3.296/86.

La CLT también garantiza la licencia de la trabajadora embarazada en el horario de labor, el tiempo necesario para citas médicas prenatales y demás exámenes complementares; con el mínimo de seis citas (análisis de sangre, orina, ultra-sonido, etc.). Otras garantías pertenecientes a las trabajadoras embarazadas son en los casos en que la labor realizada pueda poner en riesgo de salud a la madre o a su bebé. Siendo transferida temporalmente de función – movilidad funcional - y asegurarla posteriormente su retorno a su antiguo puesto de trabajo, después que termine su licencia maternidad.

Se ha generado una polémica en Brasil en relación al contenido textual del art. 373, a⁶⁷³ CLT, que menciona las disposiciones legales destinadas a la corrección de las distorsiones

⁶⁷³ El art. 373, a CLT expresa: “Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar

que afectan el mercado de trabajo y otras especificaciones previstas en los convenios colectivos que son prohibidos por alguna situación no conforme. Debería el texto ser más explicativo para saber realmente cuál es el objetivo del legislador, visto que difícilmente en la práctica una empresa haga un acuerdo individual con una trabajadora relativa a alguna cuestión específica de su trabajo.

Siguiendo la normativa del art. 390 CLT, se encuentra el art. 390, e⁶⁷⁴ CLT que determina que la persona jurídica podrá asociarse a una entidad de formación profesional, sociedades civiles, sociedades cooperativas, órganos y entidades públicas o entidades sindicales. Como también firmar convenios para el desarrollo de operaciones conjuntas, objetivando la ejecución de proyectos relacionados al incentivo de contratación de mujeres. A pesar de que no haya ninguna obligación, y si, la facultad del empleador. Infelizmente no se percibe esta voluntad de concienciación de las empresas para la contratación de la mujer, ya que no se trata de una obligación. Tales reglas deberían ser solamente en consideración a la maternidad y lactancia, debiendo las demás reglas ser para trabajadores en general, sin ninguna discriminación.

En relación al acceso al empleo, el art. 16.2⁶⁷⁵ ET garantiza la igualdad de ambos sexos. Igual garantía sucede al respecto de los convenios colectivos, conforme expresa el art. 17.1⁶⁷⁶

anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher”.

⁶⁷⁴ El art. 390, e CLT afirma: “A pessoa jurídica poderá associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher”.

⁶⁷⁵ El art. 16.2 ET explica que: “Ingreso al trabajo. (...) 2. Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

⁶⁷⁶ El art. 17.1 ET declara: “No discriminación en las relaciones laborales. 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el

ET, en el cual las cláusulas de ellos, los pactos individuales o las decisiones unilaterales del empresario que contengan algún tipo de discriminación directa o indirecta es considerado tal acto como nulo y sin efecto.

Todavía existen en Brasil normas que han de ser derogadas en relación a la protección de la mujer, pues de alguna manera hace que haya discriminación principalmente a la hora de contratar a un trabajador, la preferencia se concede al sexo masculino. El art. 389⁶⁷⁷ CLT, por ejemplo, no debería existir más en el capítulo referente al trabajo de la mujer, pues también puede ser aplicada al trabajador masculino. De esta forma, debería ser trasladada al art. 200 CLT, visto que se trata de las medidas especiales de protección. Una de las normas discriminatorias es la encontrada en el art. 390⁶⁷⁸ CLT, en el cual estipula un peso máximo que pueda cargar en su labor una trabajadora. En España, El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo está encargado de elaborar y actualizar una Guía Técnica en la cual estipulara riesgos y prevención de cargas manuales a ser manipuladas.

También en España los principales preceptos que tratan sobre la maternidad y lactancia, que todavía no se han mencionado, son los siguientes: artículo 37.3 f ET: Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto, como se puede percibir: “Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y

empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

⁶⁷⁷ El art. 389 CLT menciona: “Toda empresa é obrigada: I - a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente; II - a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico; III - a instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences; IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho. § 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. § 2º - A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais”.

⁶⁷⁸ El art. 390 CLT estipula: “Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos”.

técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo”. El art. 37.4 ET: Permiso por lactancia en el cual expresa que “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

El art. 37.4 bis⁶⁷⁹ ET trata del permiso por mantenimiento de la hospitalización de los hijos con posterioridad al parto. Como también el art. 37.5 y 6 ET⁶⁸⁰, que reduce la jornada en los casos de guarda de menores de seis años o minusválidos y la reducción de jornada por cuidados familiares. Y por último el art. 46.3⁶⁸¹ ET, que trata de la excedencia por cuidado de hijos naturales, adoptivos o menores acogidos y excedencia por cuidado de familiares.

⁶⁷⁹ El art. 37.4 bis ET expresa: “En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo”.

⁶⁸⁰ El art. 37.5 y 6 ET declara: “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. 6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”.

⁶⁸¹ El art. 46.3 ET expone: “Excedencia. (...)3. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida. La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando. El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo

Lo relativo a los costes laborales de la mano de obra femenina versus a la masculina existen dos planteamientos contradictorios, tanto en Brasil como en España. Por un lado se cree que las mujeres trabajadoras ofrecen más costes a la empresa debido a la maternidad y a la posición patriarcal de la mujer en el seno de su familia. Y lo que eso conlleva a mayores dificultades de entrar en el mercado laboral, de obtener iguales remuneraciones, iguales puestos de trabajo, alcanzar puestos de responsabilidad mayor o de directoras. En otras palabras, tiene mayores dificultades de acceder al mercado laboral, debido a las barreras que les dificultan la promoción y el acceso a cargos de nivel superior. Mientras que el otro pensamiento es que el coste de la trabajadora es menor que la del hombre, y por tal motivo se prefiere contratar mujeres por tener que pagar menores salarios, y que los costes en general son inferiores.

Otro factor interesante es lo relacionado con las condiciones de salud de la trabajadora. Se percibe que las situaciones de precariedad laboral afectan más a las trabajadoras mujeres que a los hombres. Como se puede percibir en las palabras de Ribas Bonet: “Además, las mujeres representan un porcentaje importante del trabajo no regularizado o de economía sumergida, lo cual hace difícil la defensa de la salud, la implantación de sistemas de control y las medidas preventivas. Los riesgos a los que están expuestos hombres y mujeres son distintos: los hombres se enfrentan a riesgos relacionados con la seguridad y la higiene y las mujeres se ven afectadas por riesgos relacionados con la organización del trabajo (que generan estrés y ansiedad) y la ergonomía. Además las mujeres se enfrentan a riesgos en el proceso reproductivo y a otros riesgos específicos vinculados al género que influyen en su salud: acoso sexual, la doble presencia (atender a las demandas del trabajo doméstico y del trabajo asalariado), situaciones de discriminación, etc”⁶⁸². Es decir, la mujer tiende a tener una carga laboral junta con otras que pueden generar riesgos a su salud.

se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial”.

⁶⁸² Y sigue explicando la autora: “Torada analiza, además, si las técnicas preventivas son diferentes en hombres y mujeres. En primer lugar, la autora señala que, en ocasiones, las mujeres a la hora de reclamar asistencia sanitaria reciben la respuesta de que su caso no se ajusta a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ya que no se relaciona directamente el daño con las condiciones del trabajo que realizan estas mujeres, sino que se justifican por la biología específica de las mujeres o por las tareas que realizan en el ámbito privado. Por otro lado, los esfuerzos preventivos suelen dirigirse específicamente sobre los riesgos relativos a la seguridad, es decir, a actuar sobre las lesiones más visibles que son los accidentes de trabajo, muchos más frecuentes en los hombres que las mujeres (según el INSTH la tasa de incidencia de accidentes en los hombres en 1997 fue de 69,5 por cada 1.000 ocupados, frente al 22,8 observado en el caso de las mujeres), por tanto, las actuaciones preventivas se realizan en los puestos de trabajo ocupados mayoritariamente por hombres donde se concentran este tipo de riesgos, mientras que se infravaloran otros elementos importantes y apenas se actúa sobre los riesgos que se manifiestan en los sectores feminizados. Además, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales no se contemplan los riesgos que afectan específicamente a las mujeres antes mencionados (doble presencia, intimidación, trato vejatorio y acoso sexual, etc.), y que afectan a su derecho individual al trabajo y a su salud”. RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social*, Conejo Económico y Social, Madrid, 2005, págs. 18-19.

Pero que infelizmente, no es percibido como enfermedades laborales tan fácilmente detectables como las que se presentan visiblemente tipificadas como tal.

Lo que se puede deducir es que a pesar de ambos países tener varias normas para proteger la discriminación del género, todavía se perciba tal discriminación. En España la preocupación acerca del tema se refleja de una manera en general, es decir en todos los ámbitos sociales en que participa las mujeres. En Brasil, también sucede lo mismo, pero se percibirá que muchos autores han detectado - y en este caso discutido obviamente por ser el tema de la subcontratación - la discriminación al momento de acceso al empleo en contrata y subcontratas.

Más específicamente en relación al trabajo femenino y su histórico, como se pudo percibir siempre, ha existido una relación entre la trabajadora y la precariedad del trabajo, en el cual fue siendo superada, pero no erradicada, debido a un conjunto de conquistas del movimiento obrero y a la regulación normativa hecha por el Estado, prohibiendo la explotación y garantizando alguna protección social a los trabajadores. A pesar de que se detecta la retomada del trabajo semi-esclavo de mujeres y niños, principalmente en países no desarrollados de Asia, África, América Latina e India, y mucho de esto procede de la subcontratación y otras formas de descentralización productiva.

Se percibe que todavía hay una dificultad a las mujeres llegaren a puestos altos de trabajo, como se puede constatar en palabras de Ribas Bonet: “La proporción de mujeres disminuye a medida que se asciende en la jerarquía piramidal, de modo que su presencia en posiciones de poder y asumiendo responsabilidades laborales es mínima. Barberá y otros (2002: 56) comentan que “esta discriminación vertical se observa tanto si comparamos los porcentajes de varones y mujeres por categoría laboral en un determinado sector, como si se toma en consideración la cantidad de mujeres que, hoy en día, figura entre la población activa, teniendo en cuenta, además su nivel de formación y preparación profesional. Según datos recientes, el porcentaje de mujeres que desempeñan actividades laborales situadas en la cúspide de la pirámide organizacional se sitúa en torno a un 2 por ciento, cifra que presenta pocas variaciones en países como España, Gran Bretaña, Italia, Canadá y EE.UU.”⁶⁸³.

⁶⁸³ Y sigue explicando la autora: “Reskin & Padavic (1994) exponen que los hombres son capaces de ocupar cargos en los niveles jerárquicos superiores incluso en un ambiente feminizado, mientras que las mujeres tienen dificultades para llegar a ocupar puestos de responsabilidad no sólo en áreas donde predominan los hombres, sino incluso en trabajos en los que existe una mayoría de mujeres. El denominado “techo de cristal” existe para las mujeres de todas las clases, así como para las minorías de ambos sexos y mucha gente asume que las minorías (y especialmente las mujeres en minoría) son contratadas o ascendidas únicamente para cumplir con determinadas cuotas. Además, las autoras remarcan que, aún en el caso de lograr ser

No solamente se detecta la precariedad respecto de la salud en el trabajo, siendo importante una vez más subrayar que fuera del ámbito laboral también se encuentra la precariedad, consecuencia o no de éste. En las tasas de desempleo son mayores que la masculina, tasas de temporalidad y parcialidad también mayores que las de los hombres; menores salarios; mayor dificultad en la promoción laboral, entre otros temas representando al final una mayor pobreza tanto en las edades activas como, consecuentemente, en la fase de jubilación por siempre haber recibido menores salarios⁶⁸⁴.

La profesora Arriagada considera que “la débil relación de las mujeres con el empleo, que está en la raíz de su exclusión social, se debe a cuatro causas: los mecanismos precarios de inserción laboral, el desempleo, el trabajo no remunerado y la falta de oportunidades para desarrollar sus potencialidades”⁶⁸⁵. En fin, la mayoría de los autores reivindican lo mismo, como es el caso de Comas d’Árgemir: “En el ámbito laboral: derecho a las mismas oportunidades en el empleo, derecho a la promoción, formación, igual remuneración, prestaciones sociales, igualdad de trato, y derecho a la protección de la seguridad y salud, con especial incidencia en la protección por las funciones reproductivas, prohibición de despido, implantación de la licencia por maternidad”⁶⁸⁶.

Para finalizar el tema de la discriminación hacia la mujer trabajadora, es importante hacer una breve reflexión en relación a los trabajos históricamente tipificados como femeninos. Como fue dicho anteriormente en los casos de las empresas contratistas de servicios de limpieza y conservación, pues básicamente se busca a trabajadores del sexo femenino para tal puesto, basándose culturalmente en las creencias de que las mujeres están

promocionadas, a las mujeres se les permite ejercer menos autoridad que a los hombres en puestos similares. A pesar de que parece que las mujeres están en mejores condiciones en el sector público que en el privado, dentro de los gobiernos los hombres tienen tendencia a ocupar los puestos de mayor rango”. RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, pág. 15.

⁶⁸⁴ Es válido analizar las tasas siguientes: “Empleo: En el 2005 las mujeres constituían el 40% de la población económicamente activa, aunque las tasas de empleo varían de forma muy significativa según el grado de desarrollo de los países: en los países árabes sólo un tercio de las mujeres son económicamente activas y en América Latina y Asia meridional menos de la mitad. (...) Retribución: El salario mínimo de la mujer es inferior en un 20% al del hombre en varios países. En Europa el salario de las mujeres supone un 80% del que perciben los hombres por igual trabajo. Ámbito social: el riesgo de pobreza de las mujeres mayores de 65 años es del 20% en Europa, 5 puntos más que en los hombres, mientras que el de las familias monoparentales (la gran mayoría mujeres) es del 34%”. COMAS D’ÁRGEMIR I CENDRA, Montserrat, *Discriminación contra la mujer*, en AA.VV., *Derecho Internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, Anthropos Editorial, Madrid, 2009, pág. 78.

⁶⁸⁵ GARCÍA SAINZ, Cristina, *Trabajo para el desarrollo. Aproximación a las características actuales en las regiones latinoamericanas y europeas*, en AA.VV., *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Instituto de la Mujer, Lavel S.A., Madrid, 2006, pág. 171.

⁶⁸⁶ COMAS D’ÁRGEMIR I CENDRA, Montserrat, *Discriminación contra la mujer*, en AA.VV., *Derecho Internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, Anthropos Editorial, Madrid, 2009, pág. 81.

más capacitadas para tales labores por siempre hacer estos servicios en el ámbito doméstico. Forma clara de discriminación, una vez que el trabajador hombre puede perfectamente hacer las mismas tareas. La cuestión también se refiere a los trabajos catalogados como masculinos, como es el caso de empresas contratistas que prestan servicios de vigilancia y transporte de valores, en el cual poco se percibe el empleo de trabajadoras mujeres para tales puestos de trabajo.

En relación con la preferencia de contratar a hombres en determinados trabajos, es pertinente citar las palabras de Palomeque López: “La aptitud profesional derivada de la inferioridad física comparativa de la mujer, ya que es doctrina constitucional la prevalencia a este propósito de la “naturaleza y características” del trabajo efectivamente prestado y la exigencia de las “cualificaciones estrictamente necesarias” para realizarlo con eficacia (SSTC 145/1991, 58/1994, 286/1994, 147/1995, 198/1996 y 250/2000). Es evidente por ello el “carácter sospechoso” del esfuerzo físico como criterio único de valoración (“ni el mayor esfuerzo físico requiere, de suyo, una fuerza física “masculina”, ni la penosidad del trabajo ha de ser, en principio, mejor tolerada por los hombres que por las mujeres”), por lo que tiene de cualidad predominante masculina. Pues “no se trat(a) de un criterio de valoración sexualmente neutral, sino que implica una ventaja injustificada para los varones”, admitiendo, no obstante, aunque con carácter muy restrictivo, su posible utilización, supeditada a la “doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutrales en cuanto al impacto en casa uno de los sexos”⁶⁸⁷.

Desde otra perspectiva también es oportuno citar a Poggio y su análisis con las comparaciones de ascensión laboral de trabajadores de ambos sexos en trabajos tipificados como neutrales, feminizados y masculinizados: ““estudios sobre la composición por sexo de los mercados de trabajo occidentales han mostrado un crecimiento constante de la participación femenina. Como resultado, algunos sectores – la banca, por ejemplo – en los cuales existía predominancia masculina hace tan sólo unos años se han visto ampliamente “feminizados” (...) Sin embargo, la presencia de las mujeres en otros sectores tradicionalmente masculinos, y especialmente en las posiciones de poder y responsabilidad históricamente asignadas a los

⁶⁸⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 121-122.

hombres, no se ha incrementado al mismo ritmo". (...) queda definida tanto la segregación ocupacional horizontal (sectores feminizados o masculinizados), como la segregación ocupacional vertical, que se refiere a la escasa representación de las mujeres en los niveles jerárquicos superiores"⁶⁸⁸.

No se discuten las características de tal trabajo ser peligroso o necesitar de mayor fuerza física – y en este sentido se encuentra SSTC 198/1996 y SSTC 250/2000, o también las diferencias fisiológicas que tienen hombres y mujeres. No es objeto de este estudio hacer un análisis acerca de las protecciones y garantías constitucionales o legales del trabajo femenino, ni tampoco sobre las acciones positiva. Sino que sean llenos los requisitos necesarios para asumir, por ejemplo, un puesto de trabajo en una empresa de vigilancia. Acaso el requisito sea utilizar con destreza armas o tener preparo físico para carga peso o para moverse con destreza y agilidad, y que fisiológicamente, en este aspecto, los hombres están más capacitados que las mujeres, eso no impide de que hayan mujeres con capacidades perfectas para tal puesto de trabajo, y que otros hombres no estarían.

En otras palabras, se puede decir que hombres y mujeres podrán estar preparados para todos los tipos de trabajos. Eso dependerá solamente de las características particulares de cada uno. Solo así – no apenas llevando en consideración la cuestión biológica/fisiológica del trabajador, y sí todas las demás - se podría hablar de una contratación obedeciendo al principio de la igualdad y de la no discriminación en el trabajo. Siendo en este caso, contrataciones típicas o subcontrataciones, pues la regla general, como su propio nombre ya expresa, sirve para ambos.

⁶⁸⁸ RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social*, Conejo Económico y Social, Madrid, 2005, pág. 14. En relación a la segregación horizontal y vertical: "Según el Informe de UNIFEM (Elson, 2000) en todos los sectores trabajan hombres y mujeres, sin embargo, ambos sexos se encuentran desigualmente distribuidos en unas y otras áreas de actividad. Determinados trabajos son mayoritariamente realizados por mujeres: el trabajo de cuidado no remunerado, el trabajo voluntario, así como el trabajo informal (tanto remunerado como no remunerado). Por el contrario, quienes realizan el trabajo formal remunerado en los sectores privado, público y de ONG son mayoritariamente hombres. El único sector en el que existe una amplia mayoría de mujeres es del de servicios personales, mientras en otros como la construcción y la producción y distribución de energía representan una pequeña minoría. Paradójicamente las mujeres que trabajan en sectores y empleos ocupados mayoritariamente por hombres perciben remuneraciones más elevadas y más próximas a las percibidas por los varones que las percibidas por mujeres que trabajan en áreas feminizadas (...). Según un análisis descriptivo de los aspectos relativos a la ocupación en el mercado laboral español entre 1994-1999 (Maté, Nava y Rodríguez, 2002) se ha constatado que las ocupaciones calificadas como femeninas los son cada vez en mayor grado, al igual que ocurre con las ocupaciones masculinas, destacando la relevancia que los contratos a tiempo parcial tienen en el empleo femenino. La incorporación creciente de mujeres al mercado laboral ha implicado mayor grado de segregación ocupacional ya que las mujeres se han incorporado fundamentalmente en ocupaciones calificadas como femeninas. Las ocupaciones que han registrado un mayor grado de segregación han sido los grupos de no cualificados, cualificados de los servicios y cualificados de la industria y la construcción". RIBAS BONET, María Antonia, *Mujer y trabajo en la Economía Social*, Conejo Económico y Social, Madrid, 2005, pág. 14.

Pues bien, después de un minucioso estudio evolutivo de los derechos a la igualdad entre mujeres en hombre, no hay ningún sentido más que exista cualquier tipo discriminación laboral; pero que infelizmente se percibe tal preocupación en la doctrina brasileña en lo que se discierne sobre la subcontratación. Así que más específicamente tratando del tema de la subcontratación y de la discriminación de la mujer trabajadora, se percibe una relevante conexión entre ambas. Diferentemente de España, como ya dicho anteriormente, que todavía no han detectado ninguna relación entre las dos, o al menos, no tanto para que sea un tema de debate jurídico/doctrinal en España.

Como se puede percibir tal preocupación por los autores y juristas brasileños: “Entre os terceirizados, o sindicato esbarra com um obstáculo a mais. É que boa parte da mão-de-obra é formada por mulheres e jovens, bem mais refratários à luta coletiva que os trabalhadores adultos do sexo feminino. Os jovens, porque nasceram num mundo que respira o individualismo e outros valores da ideologia neoliberal. As mulheres, porque com frequência são mais submissas, reencontrando no patrio uma réplica do marido. Como já notou mais de um autor, o ingresso de mulheres no mercado de trabalho tanto pode indicar libertação como opressão. Em geral, no trabalho terceirizado, significa mais precariedade. Os seus salários servem apenas para completar os do marido, já agora insuficientes para manter a família. No Brasil, elas recebem cerca de 30% a menos do que é pago aos homens”⁶⁸⁹.

La tendencia vista en la entrada de la mujer en el mercado laboral, refiriéndose a la subcontratación, está relacionada también, de alguna forma, a la precariedad laboral⁶⁹⁰. Pues, infelizmente, todavía se percibe la mentalidad de que sus salarios son para complementar el de sus maridos (y esto no pasa solamente en Brasil, sino en muchos otros países todavía), y muchas veces reciben valor menor al comparar con el sueldo de un trabajador. Aunque contradictorio porque también se percibe que hay muchos casos de familias mononucleares, en la cual la mujer tiene la responsabilidad de cuidar del sostenimiento de ella propia y de sus hijos, sin ayuda del progenitor.

⁶⁸⁹ VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato, en AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 349.

⁶⁹⁰ En este sentido: “Um indicador extremamente importante, pois ressalta a discriminação com que os trabalhadores terceirizados - mesmo formais - são tratados, já que "valem" menos dos que os outros empregados formais, situação que se agrava para o segmento feminino, pois "valem" duplamente menos, como terceirizadas e como mulheres” ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 50-51.

Téngase presente que “Outra tendência de enorme significado no mundo do trabalho contemporâneo é dada pelo aumento significativo do trabalho feminino que atinge mais de 40% da força de trabalho ou mais em diversos países avançados e também na América Latina, onde também foi expressivo o processo de feminização do trabalho. Esta expansão do trabalho feminino tem, entretanto, um movimento inverso quando se trata da temática salarial, onde os níveis de remuneração das mulheres são em média inferiores àqueles recebidos pelos trabalhadores, o mesmo ocorrendo em relação aos direitos sociais e do trabalho, que também são desiguais. No Brasil, o salário médio das mulheres está em torno de 60% do salário dos trabalhadores”⁶⁹¹.

Antunes hace un estudio en Brasil del perfil presentado por el segmento formal de los trabajadores subcontratados, y según su encuesta: 68% son hombres y 32% mujeres, cuando en 1995, eran 60% hombres y 40% mujeres. Tal disminución entre las mujeres puede ser explicada por el grado de informalización que afectó más el género femenino. En relación a la escolaridad apunta el autor que 44% tiene la enseñanza básica, 45% la enseñanza media y 11% la enseñanza superior. Mientras que la composición por edad es de 53% constituida por trabajadores que tiene entre 25 y 39 años, 21% tienen hasta 24 años y los demás se encuentran arriba de los 40 años. Se puede percibir que el perfil de los trabajadores subcontratados formales no se distingue muchos del perfil del conjunto de los trabajadores formales, aunque la remuneración de los subcontratados es significativamente inferior: un tercio en relación a la remuneración media de los empleados de plantilla del año de 2005. Diferencias que aumentan cuando se analiza el trabajo femenino en la subcontratación, visto que las trabajadoras subcontratadas ganan 60,4% del rendimiento medio de las mujeres con empleo formal, mientras que los hombres subcontratados ganan 65% de los rendimientos medios de los empleados masculinos formales⁶⁹².

⁶⁹¹ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 19. Otra forma de explotación del trabajo femenino citada por Antunes es la telemática o teleinformática, vista con el surgimiento entre los sistemas de telecomunicaciones por satélite y a cable, juntamente con las nuevas tecnologías de la información, microelectrónica y las redes informacionales, posibilitando enorme expansión y agilización de las actividades de las transnacionales. “Essa modalidade de trabalho tem se ampliado em grande escala, de que são exemplos a Benetton, a Nike, dentre as inúmeras empresas que vêm aumentando as atividades de trabalho produtivo, realizado no espaço domiciliar ou em pequenas unidades produtivas, conectadas ou integradas às empresas. Desse modo, o trabalho produtivo em domicílio mescla-se com o trabalho reprodutivo doméstico, aumentando as formas de exploração do contingente feminino”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 20-21.

⁶⁹²Es válido complementar con el pensamiento de Borges, principalmente en relación al crecimiento del trabajo doméstico, que en la mayoría son mujeres, y los trabajos de plantilla, pero que eso no indica una mejoría en la precariedad laboral existente en Brasil, como se puede denotar en sus palabras: “Apesar da expansão recente do emprego com carteira assinada, aumentou, inclusive nos anos de recuperação pós-2002, o contingente de trabalhadores em empregos precários (16,3% em 2005 contra 12,4% em 1992) e foi reforçado o peso – absoluto e relativo - do contingente de ocupados no trabalho doméstico (passou de 9,1% para 10,5 % dos ocupados), um dado revelador da precariedade da estrutura ocupacional metropolitana no início do século XXI, sobretudo quando se observa que esta última categoria respondeu por 156 de cada mil novas ocupações geradas no mercado de trabalho da RMS,

Es pertinente citar a Hirata que defiende el posicionamiento de que el fenómeno de la descentralización productiva es uno más de los que distancian la igualdad en la obtención de empleos, visto que la flexibilidad externa o subcontratación utilizan gran cantidad de mano de obra femenina. Es decir, que la descentralización productiva, tratando más específicamente de la subcontratación, también tiene sus repercusiones en la cuestión de discriminación de género, una vez que la diferenciación de los servicios especializados – tendencia exigida por el modelo globalizado del mercado de trabajo – y las tareas consideradas no cualificadas hacen con que ocurran más subcontrataciones de éste último en Brasil. Se percibió que hubo un crecimiento del trabajo femenino en este sector, conforme expresa la autora: “a reestruturação produtiva é a bipolarização da inserção profissional feminina: um dos pólos constituído por profissionais altamente qualificadas e bem remuneradas (como as que ocupam cargos de gerência e coordenação) e outro, de trabalhadoras consideradas não qualificadas, ocupando empregos mal remunerados e não valorizados socialmente (como ocupantes no chão de fábrica). De todo modo, estudos demonstram que a flexibilização dos mercados de trabalho é sexuada, pois afeta diferentemente”⁶⁹³. En el cual se puede percibir, una vez más, que existe la disminución en la calidad de empleo del trabajador de la contratista, y consecuentemente la no existencia de un “trabajo decente”⁶⁹⁴.

entre 2002 e 2005. Essas alterações nas formas de inserção dos ocupados da RMS refletem o impacto do processo de flexibilização/precarização das relações de trabalho e dos postos de trabalho e evidenciam que, por trás do discurso que coloca a flexibilidade como elemento positivo, esconde-se um intenso processo de destruição de direitos, conquistas e modos de vida já estabelecidos”. BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 88.

⁶⁹³Hirata, citado por Pasello Valente Novais, apunta que “a descentralização produtiva como mais um distanciador de igualdade na obtenção de empregos uma vez que a flexibilidade externa, ou terceirização, são utilizadas um grande contingente de mão de obra feminina, e que também são classificados, ao comparar com os de contratação por tempo indeterminado, como empregos precários, igualmente se verifica um maior uso da mão-de-obra feminina nos contratos a tempo parcial, enquanto que a flexibilização interna, que em outras palavras são as polivalências, rotação, integração de tarefas, qualificação profissional e trabalho em equipe, se denota uma maior utilização de empregados do sexo masculino. ‘A reestruturação produtiva atualmente vivenciada caracteriza-se, segundo Hirata, pela passagem de uma produção de massa padronizada para uma produção em pequena escala, mais flexível, com preeminência de critérios de qualidade dos processos e dos produtos; introdução de novas tecnologias de base microeletrônicas; uma organização produtiva com a preocupação de aperfeiçoar a gestão dos fluxos, com divisão menos acentuada do trabalho, integração mais pronunciada de funções, maior impulso para a formação e reprofissionalização da mão-de-obra direta (formação que continua envolvendo mais os trabalhadores do sexo masculino que os do sexo feminino); uma organização de trabalho substituindo a noção de posto pelo conceito de trabalho em equipe; passagem do modelo de qualificação para o de competência; passagem da idéia do trabalhador-objeto para a de sujeito do processo de trabalho; do isolamento e da não comunicação a um modelo em que são fundamentais a idéia de cooperação e intercooperação”. PASELLO VALENTE NOVAIS, Denise, Discriminação, Op. Cit., págs.54-55.

⁶⁹⁴Una primera noción de “trabajo decente” es la que plantea la OIT en 1999, definiéndolo como “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social” (OIT, 1999a). En esta se señala que éste debe orientarse hacia los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad, y d) el fomento del diálogo social (OIT, 1999a, págs. 4-5) (...)Una segunda noción de “trabajo decente” (OIT, 1999a) lo define: “como un empleo de calidad que respete los derechos de los trabajadores y a cuyo respeto se desarrollen formas de protección social”. En relación a la primera noción se sustituye la idea de trabajo productivo por la de empleo de calidad; no aparece la referencia a los ingresos adecuados, que se puede considerar subsumida en la de calidad de empleo. Tampoco figura la referencia al tripartismo y el diálogo social, aunque ésta podría considerarse incluida en el respeto a los derechos de los trabajadores. En documentos posteriores se incluye la formación profesional, tema que en la sociedad contemporánea deviene de un componente fundamental del “trabajo decente”, toda vez que se relaciona de manera indirecta

De esta manera se puede decir que la descentralización productiva en general también acentuó las diferencias de las divisiones en el trabajo: entre los estables y los precarios, de género, los generacionales entre jóvenes y ancianos, entre nacionales e inmigrantes, de color racial de piel, cualificados y sin formación profesional o poca formación profesional, entre empleados y en el paro. A pesar de no poder afirmar que la culpa es solamente de la nueva forma de organización laboral debido a las necesidades del mercado económico actual, pues los gobiernos también tienen su parcela por no administrar, como debido, para corregir los déficits que pueden ocurrir entre los intereses de los trabajadores y de las empresas.

Autores como Le Doaré⁶⁹⁵ y Pasello Valente Novais creen que en países tercermundistas se percibe que la subcontratación, como el empleo atípico, los trabajos informales, y los precarios o vulnerables, crecen en las categorías más desprotegidas de derechos y de menores recursos económicos. Tanto que afirman ser el sector menor remunerado en Brasil, como por ejemplo las empresas de limpieza y conservación, uno de los más afectados. Inclusive también las autoras tratan de la cuestión de la discriminación de género que impulsa al aumento de la contratación de mujeres en las empresas de contratas y subcontratas; una forma más que trae serias repercusiones en la calidad de empleo.

En este sentido, también debe citarse a Birgin: “a subcontratação desinteressa os trabalhadores por uma relação direta com a empresa, tornando ainda mais difícil o ideal da integração e participação. Daí resulta a contratação de maior número de mulheres, com salários inferiores, as quais freqüentemente aceitam o trabalho intermitente ou a tempo parcial, o que redundará em maior flexibilidade. Acentua que “la contratación y la subcontratación es una gran creadora de empleos precários y ocasionales, pues las firmas que se

con la no-discriminación, la igualdad de oportunidades, la empleabilidad y otras exigencias del contexto socioeconómico, para no caer en situaciones de exclusión de los mercados de trabajo”. Trabajo decente y protección social, disponible en: <http://www.oitchile.cl/pdf/publicaciones/ser/ser007.pdf>

⁶⁹⁵Interesante es el posicionamiento de la autora Le Doaré que expresa: “O caso das fábricas de montagem, com elevado contingente de mão-de-obra feminina, é um exemplo particularmente esclarecedor da articulação entre este princípio – primordial – de organização social e exigências do capital, que se manifesta aqui, a través da nova divisão internacional do trabalho. [...] A divisão internacional do trabalho, com seus objetivos econômicos, e a divisão sexual baseada na desvalorização do trabalho das mulheres se integram eficazmente para explorar, em condições particulares, a força de trabalho das mulheres dos países em vias de desenvolvimento. Aponta a autora ainda que a escolha para a contratação das mulheres em empresas de subcontratação, analisando mais a fundo o caso de México e do Haiti, é a falta de uma organização coletiva destas para reivindicar seus direitos. Outra vantagem especificada pela autora é ‘dócil e barata, a força de trabalho das fábricas de montagem deve responder, com sua mobilidade, às exigências de flexibilidade do capital’. Com efeito, não basta produzir a um menor custo; é necessário ainda adaptar-se às flutuações do mercado internacional, dispondo de uma mão-de-obra que se pode facilmente fazer entrar e sair da espera produtiva”. DOARÉ, Hélène Le, *Divisão sexual e divisão internacional do trabalho: reflexões a partir das fábricas subcontratadas de montagem*, em AA.VV., *O sexo do trabalho*, Paz e Terra, São Paulo, 1987, págs. 45-61.

dedican a la misma tienen necesidad de un personal extremadamente flexible, que puedan contratar o despedir de acuerdo a sus necesidades”⁶⁹⁶.

Sin contar cuando ocurre en Brasil una discriminación sumada a otra: primero por ser mujer en el momento de contratar y todos los acuerdos pactados entre ésta y la empresa. Y en segundo, cuando la mujer es de origen negra o indígena, en el cual se percibe otra forma de discriminación a más, la de raza. De esta manera se percibe una doble ofensa al principio de la no discriminación laboral⁶⁹⁷.

Resulta inaceptable que hasta en los días actuales las mujeres se puedan considerar un “colectivo minoritario/específico” cuando supone un colectivo que conforma alrededor de la mitad de la población mundial.

7.3 La formación profesional como derecho y su relación con la subcontratación en el contexto de las exigencias del mercado globalizado

“O importante da educação não é apenas formar um mercado de trabalho, mas formar uma nação, com gente capaz de pensar.”

José Arthur Giannotti

Este apartado se dedica a la formación profesional como una de las formas fundamentales de capacitación profesional, necesaria para las exigencias del mercado actual. La enseñanza tiene que adecuarse a los avances sociales de cada época para que se pueda decir que logra su objetivo real. No se puede comparar la metodología, recursos y modos de

⁶⁹⁶ Maurício Birgin citado por AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994, pág. 245.

⁶⁹⁷ En relación a la discriminación en la legislación española, es válido citar a Palomeque López que hace un listado de la legislación que trata sobre discriminación: “- El nacimiento (art. 14 CE). - La raza y el origen racial o étnico (arts. 14 CE, 4.2 c) y 17.1 LET y 27.1 Ley 62/2003, de 30-12). - El sexo o género (arts. 14 y 35.1 CE, 4.2 c), 16.2, 17.1, 24.3 y 28 LET, LOVG y LOIM). - La lengua dentro del Estado español (arts. 4.2 c) y 17.1 LET). - La edad (arts. 4.2 c) “dentro de los límites marcados por esta Ley”, y 17.1 LET y 27.1 Ley 62/2003, de 30-12). - El estado civil (arts. 4.2 c) y 17.1 LET). - La condición social (arts. 4.2 c) y 17.1 LET). - La discapacidad, siempre que los trabajadores “se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (arts. 4.2 c) y 17.1 LET y 27.1 Ley 62/2003, de 30-12). - Los vínculos de parentescos con otros trabajadores en la empresa (art. 17.1 LET). - La opinión, las ideas políticas y la religión o convicciones (arts. 14 CE, 4.2 c) y 17.1 LET, y 27.1 Ley 63/2003, de 30-12, STC 49/2003). - La orientación sexual (arts. 4.2 c) y 17.1 LET y 27.1 Ley 62/2003, de 30-12, STC 41/2006). - La afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos (arts. 4.2 c) y 17.1 LET). - Y, en general, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE)”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 120.

enseñanza de formación profesional del siglo pasado con los actuales, estarían desfasados en relación a lo que se pide para los avances en la nueva era tecnológica y de telecomunicaciones. Por otro lado, el trabajo, según Salgado, es una acción consciente de la persona, por la cual ésta realiza un fin doble: el que resulta en la transformación de la naturaleza y el que resulta en su propia formación⁶⁹⁸.

La capacitación profesional es esencial en este mundo donde los cambios en la forma y los tipos del trabajo son bastantes perceptibles, tales cambios provenientes de la globalización. Se busca el mayor grado de innovación y creatividad que se pueda expresar en los medios electrónicos y virtuales en el ambiente de trabajo, que consecuentemente influye en el ámbito jurídico laboral⁶⁹⁹, conforme explica Valdés Dal Ré. Este es el perfil de la sociedad actual, pues de otra forma no podría ser otro el objetivo de la enseñanza que formar para la nueva era a los profesionales, es decir, frente a la complejidad puesta por los nuevos cambios hay que preparar un nuevo modelo de ciudadano y de trabajador.

Además la internet pasa a ser una herramienta y un mecanismo alternativo para la búsqueda de trabajo diferente al tradicional. El profesor tiene que enseñar a los trabajadores o futuros trabajadores a acceder a los portales de búsqueda de empleo, entrar en las centrales y oficinas de empleo, poner sus currículos en páginas web para mostrarlos al mundo. Ésta es la nueva visión de la tecnología con relación al mundo laboral, en que ya se percibe que muchas empresas recurren a la internet como primera etapa para conocer el perfil de los candidatos a un puesto de trabajo en su propia empresa.

La robótica podrá cambiar - de hecho como se ha percibido en los últimos años, y como ya se observa con las nuevas tecnologías⁷⁰⁰ - el enfoque del trabajo. Es decir, probablemente un 40% de las profesiones actuales serán en las próximas décadas sustituidas por otras distintas. Como sería el caso, por ejemplo, de trabajadores especialistas en chips de

⁶⁹⁸ Mayores informaciones, véase SALGADO, Joaquim Carlos, A idéia de justiça em Hegel, São Paulo, Loyola, 1996, pág. 453.

⁶⁹⁹ Es válido mencionar que: "De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, la laboral es, sin duda alguna, la más expuesta a la acción de factores exteriores". VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, N 3, Año XXV, La Ley, Madrid, 2009, pág.03.

⁷⁰⁰ En este sentido: "las nuevas tecnologías no sólo han provocado la supresión de ciertas actividades profesionales - reemplazadas por la máquina - y el surgimiento de otras nuevas vinculadas a su manipulación, sino que también está incidiendo sobre la forma misma de estructurarse las empresas y organizar el trabajo". FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca & CRUZ VILLALÓN, Jesús, Presentación - La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, Temas Laborales, Sevilla, 2000, pág. 04.

algún aparato robótico, aumento de trabajadores temporales⁷⁰¹, entre otras cosas. Inclusive ya se percibe actualmente que muchos trabajos ya practican sus labores fuera del espacio físico de la empresa, sea en su propio hogar o en cualquier otro sitio. En este sentido es válido citar a Child, que cree que el nuevo modelo de mercado consiste en que las estrategias empresariales buscan la eliminación de la mano de obra. Lo que significa decir, la despersonalización jurídica del empresario, la subcontratación, la polivalencia y la precarización del trabajo⁷⁰².

Tampoco se puede dejar de mencionar que con la globalización, como se ha explicado en el primer capítulo, las empresas están invirtiendo en las ventas virtuales, y las que no empiecen a tener esta visión emprendedora probablemente no encajarán en lo que aspira el mundo económico actual. Igualmente es válido mencionar que la internet en los días actuales favorece la creación de nuevos tipos de empleos. ¿Quién podría imaginar algunas décadas atrás un trabajador cuya única función era construir páginas web? No se podía concebir una idea de trabajo que no fuera con una programación secuenciada en la cual un determinado empleado permanecía ejecutándola, y que su puesto de trabajo estaba garantizado por varios años de su vida. Diferentemente de los días actuales, en los cuales los trabajos parecen ser más de contratación a corto plazo que podrán ser o no renovados, no deja de ser una forma de inestabilidad e inseguridad que el trabajador no estaba acostumbrado a tenerla, y que, a primera vista, se puede decir que el trabajador que esté mejor capacitado tiene mayores oportunidades de conseguir mejores empleos⁷⁰³. Mientras los de menor cualificación

⁷⁰¹ Importante es mencionar que: “la temporalidad ha crecido en la UE (del 9 al 14% - en España estamos en el 31% - (INE, 2008). La temporalidad involuntaria ha pasado del 50,5 al 60,9%. El riesgo de in-working poverty (aquellas familias que son pobres a pesar de que alguno o todos sus miembros activos tienen empleo) afecta más a los trabajadores temporales (12%) que a los permanentes (4%). El sueldo medio de un trabajador temporal es de 1.750 euros, mientras que el sueldo medio de un trabajador fijo es de 2.500 (Eurostat, 2008)”. RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 80.

⁷⁰² Otros autores tienen diversos pensamientos, como por ejemplo, Bell y Touraine, dos de los precursores del estudio científico social de la era pos industrial, han analizado que la organización del trabajo en un mercado se encuentra fundamentado en el dinamismo y la flexibilidad. Mientras que Kern y Schuman afirman que la inserción de las nuevas tecnologías en el sistema productivo induce a un mayor aprovechamiento de la capacidad de los trabajadores, en el cual se exige de los trabajadores una mayor adquisición de conocimientos, habilidades y creatividad para ejecutar las tareas y buscar las soluciones para los problemas presentadas en el trabajo, es decir, se exige una mayor potencialización y polivalencia de la mano de obra. Braverman, que tiene sus argumentos basados en la teoría marxista, afirma que hay una mayor descalificación de los trabajadores ante las nuevas exigencias y que ocasiona la degradación de los puestos de trabajo, aunque muchos autores le critican por su determinismo. Para finalizar el pensamiento, que de alguna forma todos se complementan y se complementan, dependiendo más bien de la forma de se puede analizar una cuestión, es válido citar al autor jurídico Cantard: “Capacitación profesional, con esto el trabajador será más polifuncional, más adaptable y no necesariamente sustituido por otro trabajador. En este sentido el informe de Supiot habla de un futuro de trabajo y formación, y el informe Boissonnat, considera los períodos de formación como de trabajo efectivo”. CANTARD, Albor Ángel, Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros, en AA.VV. Documentación Laboral, Madrid, 2007, pág. 141.

⁷⁰³ Para Rifkin, había una división de quien poseía y los que no el conocimiento de la información y tecnología, y que los trabajadores mejor preparados tenían los mejores puestos de trabajo, en el cual refleja una situación obvia de desigualdad entre los que tenían recursos cognitivos y materiales producidos socialmente y los que no tenían acceso a ello. Es también un autor criticado por su visión pesimista. Beck, también a favor de la teoría del fin de la sociedad del pleno empleo y su visión pesimista, ha analizado el modelo económico actual con el anterior. Según su percepción, no hay que detenerse entre la diferenciación entre el modelo económico industrial o posindustrial, fordista o postfordista, y si en la económica de la seguridad y de la inseguridad. El riesgo está en las actitudes individualizadas para sobrevivir en la incertidumbre. Brasil, para Beck, es un ejemplo de

profesional estarán sometidos a la demanda laboral sea en subcontrataciones, en temporalidad, o empleados recibiendo bajos salarios.

En este sentido expresa Ramos Díaz que “Otro de los problemas de la Estrategia es su confianza, posiblemente excesiva, en la Economía del Conocimiento. Hasta ahora todas las evidencias apuntan a que son los trabajadores cualificados en las economías más desarrolladas los que se benefician de la globalización y, por el contrario, los menos cualificados los que salen perjudicados. Pero como plantea Baldwin (2006), en la medida en que las tareas de los calificados se pueden deslocalizar gracias a las TIC (Tecnología de la Información y Comunicación⁷⁰⁴), tareas de alta cualificación vinculada al diseño, consultorías, investigación, etc. pueden fácilmente hacerse por trabajadores cualificados en economías emergentes. Por el contrario ciertos trabajos de baja cualificación en el sector servicios (panaderos) no se pueden deslocalizar con o que su exposición a la competición internacional disminuye y sus apariciones de mayores rentas aumentan”⁷⁰⁵.

Hay problemáticas que son provenientes de internet, y específicamente del área laboral. Es importante que los gobiernos tomen medidas en este caso, como por ejemplo que

los países de tercer mundo que tiene pésimas condiciones de trabajo, tal proceso de precariedad visto en los días de hoy es catalogado por el autor como “brasilenización” del trabajo, que refleja las condiciones de subempleo que Brasil y demás países latinoamericanos, entre otros del hemisferio sur, presentan. Mientras que Carnoy, otro autor de la teoría pesimista, afirma que el crecimiento del empleo depende sobre todo de las decisiones socialmente determinadas sobre la forma del uso de la tecnología, de la política de inmigración, de la evolución de la familia y de la distribución institucional de la vida laboral en el ciclo de la vida, y del nuevo sistema de relaciones industriales y de las políticas económicas, y cada sociedad tiene una trayectoria histórica peculiar y están sometidas a distintas formas de intervención estatal. Lo que significa decir que la información y la tecnología, y principalmente el uso de estas, es diferente en cada coyuntura económica de cada país. La automatización, y en este sentido es válido citar a Navarro, juega un papel fundamental y que solamente la intensidad de sus efectos dependerá solamente de las políticas sociales del gobierno para la integración social de los ciudadanos y entre ellos, los trabajadores. Diferentemente de los anteriores, Castells tiene una visión optimista, para él habrá una sustitución de los trabajos no especializados por los trabajos cualificados y que la tecnología no es la causante del desempleo. Solamente ésta hace con que se transforme la naturaleza del trabajo y la organización de la producción, siendo su impacto producido no sea visto solamente en el campo productivo sino también dentro del contexto de la complejidad de las redes económicas y sociales, en las que se encuentran vinculado. En otras palabras, el conocimiento informacional es esencial para la adquisición y conservación de sus puesto de trabajo. Mayores informaciones véase: BECK, Ulrich, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Paidós, Barcelona, 2002; y CASTELIS, Manuel, A era da informação: economia, sociedade e cultura, Volume I, A sociedade em rede, Fundação Calouste Gulbenskian, Lisboa, 2002.

⁷⁰⁴En este sentido véase JACQUES DE ALBUQUERQUE, Marluce, Abordagem 'caleidoscópica' das tecnologias no processo pedagógico integrativo de formação de professores, en III COLÓQUIO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS E PRÁTICAS CURRICULARES, Paraíba: Editora Universitária, Paraíba, 2007. También es válido ver: JACQUES DE ALBUQUERQUE, Marluce, JACQUES FREIRE DE ALBUQUERQUE, Bruna Maria & PEREIRA BEZERRA RODRIGUES, Risocleide, A importância da História Ecológica para a educação dos cidadãos e cidadãs e futuros trabalhadores, en VI Congresso Internacional de Tecnologia na Educação, medio digital, Olinda, 2008.

⁷⁰⁵ Y sigue explicando el autor: “Esto no significa que el “viejo” paradigma de la globalización haya desaparecido y que no vaya a haber movimientos de deslocalización de empresas en el futuro. Lo que es posible que ocurra es que esta nueva etapa de “la globalización de las tareas” tenga importantes implicaciones para la estrategia competitiva de la UE, así como para otras estrategias vinculadas a las políticas del bienestar y las políticas industriales. Muchos empleos relacionados con la “sociedad de la información” podrán deslocalizarse de ahí que el esfuerzo en favorecer estos sectores en Europa puede ser un fracaso”. RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 82.

se apruebe una legislación penal, para punir las formas de subastas “on line” de mano de obra en internet. Se han dado casos en los que se ofrecían puestos de trabajo y se veían currículos de trabajadores y quién aceptara el trabajo por menor cantidad de salario. Éste es un caso en que ningún gobierno deba permitir. Éste no solamente tiene que cuidar en hacer políticas educacionales para preparar el ciudadano trabajador para las nuevas exigencias del mercado, pero también tratar de esta problemática de la precariedad laboral que el desarrollo globalizado puede ofrecer. Y por más que muchos autores afirmen que el liberalismo total sea la tendencia del futuro y forma de organización social, esto podría ser claramente un caso de deterioro de la figura del trabajador.

En tal caso se encontraría una hipótesis de precarización tajante del trabajo además de un retroceso al concepto de trabajador. Muchos autores ya no hablan de empleo y sí de empleabilidad, principalmente porque se percibe que actualmente la tendencia es el mundo de los servicios, contraponiéndose a la agricultura y pecuaria. Más específicamente en relación a la precarización laboral y la subcontratación es oportuno citar a Cavalcante: “No tocante à assertiva de precarização do emprego com o consequente rebaixamento de salários em face da realocação do trabalhador em empresas de porte menor, embora respeitamos essa defesa que se faz contra o instituto, acreditamos que por estar a terceirização inserida no contexto da flexibilização das estruturas jurídicas como forma de proteger a ocupação do trabalhador e não o emprego típico, não haverá precarização com diminuição de salários e sim a adequação do trabalhador em atividades compatíveis com suas especializações”⁷⁰⁶. Acordándose siempre que los autores mencionan tercerización al fenómeno de la subcontratación.

Otra cuestión que también ha de ser mencionada es que muchas empresas no capacitan a sus trabajadores y tampoco quieren gastar dinero en esto, prefiriendo contratar a los trabajadores ya capacitados. Esta es una de las razones principales para que el gobierno deba asegurar e invertir en capacitación profesional, no solamente en Brasil o España, sino en todos los países desarrollados o en vías de desarrollo, puesto que el grado de instrucción y formación profesional es un medidor del grado de desarrollo de una sociedad. Incluso la capacitación es un tema constitucional en ambos países como se puede percibir en artículos como el 205 CF/88, que expresa que la educación es un derecho de todos y un deber del Estado y de la familia: “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua

⁷⁰⁶Cavalcante Júnior, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, págs. 81-82.

qualificação para o trabalho”. En esta línea el 40.2⁷⁰⁷ CE determina que: “(...) 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

Autores, como es el caso de Ramos Díaz, creen que “Además los sectores de vanguardia que no se marchen no pueden absorber grandes porcentajes de fuerza laboral, y por tanto, el objetivo del pleno empleo debe incluir también sectores intensivos en mano de obra y baja cualificación profesional, principalmente en el sector servicios. Sería verdaderamente difícil recualificar a toda la fuerza laboral, máxime cuando tenemos evidencias de que en la actualidad las políticas de formación continua no son precisamente un éxito porque son muy pocos los trabajadores inscritos (16,8%) y porque benefician más a los trabajadores más cualificados (la participación de trabajadores no cualificados es del 6,5% mientras que la de cualificados alcanza el 30,9%) con lo que aumenta el riesgo de desigualdad entre ambos grupos (Souto & McCoshan, 2005)⁷⁰⁸”.

El autor expresa que los trabajadores menos cualificados necesitan medidas adicionales, que podrían adoptarse a través de políticas redistributivas, que les ayudasen no solamente a mejorar su formación sino también a tener una renta percapita suficiente para participar del bienestar social tan esperado por las sociedades en general. De esta forma,

⁷⁰⁷ En este sentido: “Esta norma compromete a los poderes públicos en primer lugar a procurar que los ciudadanos tengan un bagaje de conocimientos teóricos y prácticos para el desarrollo de actividades productivas adecuadas al estado de la técnica; a ello apunta el objetivo de la formación profesional. La mención de la readaptación profesional prolonga y completa el compromiso anterior, obligando a promover el ajuste o adaptación de las cualificaciones profesionales ya adquiridas a nuevos requerimientos del sistema productivo. En una visión integral del funcionamiento del mercado de trabajo, la formación y la readaptación profesionales constituyen un complemento, e incluso en ciertas medidas un ingrediente, de la política de pleno empleo. Desde esta perspectiva la preparación profesional adecuada de la fuerza del trabajo puede contemplarse como el elemento cualitativo de la política de pleno empleo, la cual ha de procurar no sólo la ocupación para todos, sino también un aprovechamiento eficiente de los recursos humanos, con la consiguiente eliminación del lastre del subempleo en sus distintas formas”. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, págs. 153-154.

⁷⁰⁸ RAMOS DÍAZ, Javier, *Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 83. Y sigue el autor en su teoría: “¿Debemos renunciar a nuestros servicios del bienestar a favor de la creación de empleo o mantener los servicios del bienestar a riesgos de mayor desempleo? ¿Hay algún modelo capaz de garantizar a la vez más empleo y más política social al mismo tiempo? Este es el anhelo de la Flexiguridad. Para los creadores de este concepto “La Flexiguridad es una estrategia que busca aumentar, por un lado, los niveles de flexibilidad del mercado de trabajo y de las organizaciones laborales; y por otro lado mayor seguridad en las rentas y el empleo de los trabajadores, sobre todo – y esto es importante – de aquellos con más problemas de integración laboral”. “Es un cierto grado de seguridad en el lugar de trabajo, y en los ingresos de los trabajadores con un posición más débil en el mercado de trabajo que facilita su inserción y el desarrollo de su carrera profesional; mientras que, al mismo tiempo, es un cierto grado de flexibilidad numérica, funcional y salarial que permite una adecuada adaptación a las condiciones cambiantes (del mercado) con el fin de mantener y aumentar la competitividad y la productividad”. RAMOS DÍAZ, Javier, *Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, págs. 80-81.

explica el autor, que se puede conseguir tal objetivo con el nuevo instituto de la “flexeguridad”, solo así los trabajadores con problemas de integración laboral podrían no hacer parte de la conocida dualización social y del riesgo de exclusión.

Aunque haya autores, como es el caso de Borges que afirma que en los días actuales la escolarización no garantiza empleo caso no haya desarrollo económico, la única ventaja es para el empresario que tiene la oportunidad de usar trabajadores más calificados pagando menos por ellos, como se puede percibir en sus palabras: “Finalmente, contrariando o mito amplamente disseminado nos anos 1990 de que o desemprego decorreria da baixa escolaridade dos trabalhadores, ele se expandiu, apesar da rápida elevação da escolaridade da população, e cresceu mais exatamente entre os trabalhadores com número de anos de estudos maior do que a média da população. Assim, a taxa de desemprego dos que tinham segundo grau completo/ superior incompleto saltou de 10,2% em 1992 para 17,1 % em 2005 e a minoria que tem educação superior passou do quase pleno emprego (taxa de 2,3%) para uma taxa de desemprego de 7,3%, no mesmo período. Ou seja, no atual modelo de crescimento, a elevação da escolaridade não assegura ao trabalhador a inserção no mercado de trabalho, mas propicia aos empresários a oportunidade de usar trabalhadores mais qualificados para postos de trabalho mais simples, porque, como afirma Dedecca, a escolaridade não garante emprego onde não há desenvolvimento”⁷⁰⁹.

Refiriéndose a los períodos considerados entre 2002 y 2005, según el texto de Borges, es oportuno citar lo que menciona la autora acerca de la escolaridad de los trabajadores subcontratados y de los de plantilla fija. Se constata que ambos tienen el nivel de escolaridad similares, siendo que la diferencia es que los subcontratados ganan menores sueldos, lo que se comprueba una precariedad laboral vista la tasa de desempleo y la sumisión a baja remuneración para no quedarse en el paro, como se puede percibir: “(...) a escolaridade dos ocupados nos serviços terceirizados é superior à média dos ocupados, isto é, nesse segmento são mais elevados do que na média os percentuais de trabalhadores com nível médio completo e daqueles com nível superior. Este dado, coerente com o grau de especialização de

⁷⁰⁹BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 87. Igualmente es pertinente seguir el raciocinio de la autora: “Outro elemento novo no atual processo de precarização das relações e das condições de trabalho está em que ele atinge segmentos até então pouco expostos às formas precárias e inseguras de trabalho, como é o caso dos trabalhadores mais escolarizados, que tinham no emprego formal sua principal forma de inserção. A partir dos anos 1990, entre os ocupados com ensino médio completo, a proporção de “empregados com carteira assinada” caiu de 61% em 1992 para 58,3% em 2005 e aumentou de 6,3% para 14,9% o percentual dos “sem carteira assinada”. No mesmo período, aqueles que tinham formação universitária também sofreram queda na proporção de “empregados com carteira assinada” (de 76,5% para 68,2%) e aumento de 5,3% para 11,1 % do contingente em empregos precários”. BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 89.

vários dos serviços aí incluídos, revela que os trabalhadores terceirizados, embora ganhem menos do que os contratados das tomadoras de serviços, não são menos qualificados. Mas, por outro lado, mostra também que a terceirização tem se constituído num poderoso mecanismo de precarização dos segmentos mais escolarizados da força de trabalho. Ou seja, em um contexto de desemprego elevado e escolaridade crescente, a externalização de atividades parece não representar, para as empresas, riscos elevados de perda da qualidade da mão-de-obra utilizada nos processos produtivos, oferecendo, pelo contrário, a oportunidade de redução de custos”⁷¹⁰.

Resulta un tema controvertido el grado de escolaridad y de capacitación profesional como forma de desarrollo económico y alternativa para disminución del desempleo, pues aunque se considere que haya una gran mejoría en la economía nacional y mundial a la vez, todavía existirán desafíos para combatir las tasas de desempleo. Hasta mismo porque muchos autores consideran que hay en Brasil – como también en España pero en ésta como en un menor grado - una baja cualificación de los trabajadores que no solamente los margina de los buenos empleos como también se les quitan oportunidades. Y es como un círculo vicioso que influye directamente en el desarrollo económico y en los salarios de los trabajadores que a la vez son los consumidores de la sociedad.

Los trabajadores que han perdido sus empleos debido no solamente a las subcontrataciones sino a las tercerizaciones de una manera en general, se encuentran con situaciones de difícil superación, que según Pereira da Silva son la “falta desfeita de emprego; concorrência de candidatos mais preparados em termos de escolaridade, mesmo para postos similares àqueles que perderam; e, nas empresas, principalmente de serviços — limpeza, por exemplo —, menos exigentes quanto à escolaridade, vão encontrar ofertas de salário muito inferiores ao padrão anterior. Portanto, nem mesmo maciços investimentos e superaquecimento da economia resolverão o problema se não forem respaldados por uma

⁷¹⁰ Y sigue la autora expresando: “Pela classificação de atividades de 2002, esse segmento dos serviços, que concentra grande parte das atividades terceirizadas, representava 7,2% do total de ocupados em 2002 e registrou um incremento da ocupação de 36,8% muito superior ao incremento do conjunto das atividades, que não ultrapassou os 10,6%. Com este desempenho, esses serviços concentraram 25% do incremento da ocupação do período 2002-2005, elevando a sua participação para 8,9% do total de ocupados. Além disso, coerente com o movimento geral de recuperação do emprego formal 86% dos novos postos de trabalho corresponderam a empregos com carteira de trabalho assinada. Por um lado, esses números sugerem a continuidade do processo de terceirização e indicam também que, na recuperação, a expansão da ocupação é mais intensa nas empresas prestadoras de serviços do que nas tomadoras, indicando a flexibilidade alcançada pelas empresas com a terceirização: a redução e a expansão do quadro próprio são substituídas pelo aumento ou redução dos contratos de prestação de serviços, eliminando assim os custos de contratação e de demissão e repassando para a cascata de terceirização os riscos gerados pelas oscilações do mercado”. BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 93.

formidável estrutura de requalificação dos desempregados, porque a sofisticação de todos os setores alterou profundamente o perfil profissional”⁷¹¹.

En relación a las exigencias del mercado económico actual, algunas características son esenciales para que las empresas, y en esta se incluyen las contratistas, contraten a un trabajador y que éste supla las necesidades exigidas por éstas en este mundo globalizado, como por ejemplo: saber trabajar en equipo, las empresas buscan a los “jóvenes Web” y bilingüe, se puede decir también que se busca un perfil camaleónico o multifacetario. Por este motivo que se dice que el trabajador debe estar siempre capacitándose y haciendo cursos en variedad de temas. O como nombran algunos autores “polivalente funcional”, en el cual se observe que tal trabajador tenga una visión diversificada y enriquecida, a pesar de que otros sostienen la especialización al contrario de la generalidad.

En este sentido Antunes afirma que “Ele deve ser mais "polivalente", "multifuncional", diverso do trabalhador que se desenvolveu na empresa taylorista e fordista. O trabalho que cada vez mais as empresas buscam não é mais aquele fundamentado na especialização taylorista e fordista, mas o que se gestou na fase da "desespecialização multifuncional", do "trabalho multifuncional", que em verdade expressa a enorme intensificação dos ritmos, tempos e processos de trabalho. E isso ocorre tanto no mundo industrial como nos serviços, para não falar do agronegócios. Além de operar através de várias máquinas, no mundo do trabalho hoje presenciamos também a ampliação do que Marx chamou de trabalho imaterial, realizado nas esferas da comunicação, publicidade e marketing, próprias da sociedade do logos, da marca, do simbólico, do involucral e do supérfluo”⁷¹².

Hay que ver que la especialización y la multifuncionalidad son cosas distintas, pero se percibe claramente que uno no excluye el otro, es decir, el trabajador puede ser especializado y multifuncional, como lo es esperado en el mercado económico actual. Es necesaria, entonces, la especialización⁷¹³ pero también se espera una gran capacidad de adaptación del

⁷¹¹ PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 37.

⁷¹² Sigue el autor explicando: “É o que o discurso empresarial chama de "sociedade do conhecimento", presente no design da Nike, na concepção de um novo software da Microsoft, no modelo novo da Benetton, e que são resultado do labor (imaterial) que, articulado e inserido no trabalho material, expressam as formas contemporâneas do valor”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 16-17.

⁷¹³ En este sentido es válido complementar con el texto de Pereira da Silva: “O desemprego somente poderá diminuir por meio do crescimento econômico e de investimentos maciços, principalmente nos setores com maior capacidade de absorção de mão-de-obra. A construção civil é seguramente o setor que, por duas razões, carrega a maior possibilidade de empregar: a mão-de-obra deste setor não pode ser afetada por automações, e o perfil do empregado não requer qualidades especiais. Enquanto a

trabajador a las nuevas exigencias tecnológicas que el mercado de trabajo y económico puedan necesitar. Inclusive al percibir la movilidad geográfica con que las empresas se encuentran últimamente, o también con los cambios empresariales a nivel de cierres y apertura de nuevas empresas denota en los últimos tiempos. Hay una situación fluctuante en el cual el empresario que no entre en las reglas del juego de la economía global tendrá grandes probabilidades de no lograr éxito con su empresa.

Se puede hacer una lista de lo que espera una empresa de un trabajador, en relación a sus características: comunicador, negociador, flexibilidad en el trabajo, autosuficiencia, innovación, formación constante, sentido ético, identificación con la empresa, laboriosidad, calidad, creatividad, saber tomar decisiones coherentes y ajustadas a las necesidades de la empresa, saber resolver problemas presentados a este, adaptación (en todos los aspectos, inclusive de movilidad funcional o geográfica), tomar iniciativas, actitud positiva y abierta (favorable a la empresa), espíritu emprendedor, visión integrada y global, entre otras características⁷¹⁴. Y en este caso no va específicamente a las empresas de subcontratación sino para todas en general, pues como se ha dicho, son las exigencias laborales para acomodación a las expectativas del mercado económico actual⁷¹⁵, según explica Navarro.

s sofisticado dos processos produtivos exige cada vez mais empregados com qualificação especializada e alto nível de escolaridade, a construção civil pede apenas habilidade e força física, podendo absorver mão-de-obra sem escolaridade. Vale lembrar que a média de tempo em sala de aulas do brasileiro gira em torno de 3,5 anos, quando hoje grande parte dos setores industriais já começa a exigir, para contratação, o segundo grau completo". PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 34.

⁷¹⁴ Segundo Ramos Soares de Queiroz: "Nível de formação e atividade. A livre iniciativa requer informação variada e habilidades variadas. O indivíduo precisa ser multifuncional e ter flexibilidade para lidar com questões variadas. Entre os pontos que me recem consideração estão: conhecimento mínimo de administração; informação adequada sobre a operação de uma empresa; habilidades múltiplas: lidar com pessoas, negociar, criar, comunicar etc". RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 110-111.

⁷¹⁵ Como afirma Navarro, es obvia la importancia de la educación en el desarrollo de las competencias humanas para la eficacia en el mundo del trabajo. Pero el nivel superior de educación y el dominio de las capacidades requerida en la actualidad por sí solo no garantiza la ocupación de un buen puesto de trabajo y buen sueldo, dependerá mucho de la influencia también de las políticas sociales que integrarán a los ciudadanos de una determinada sociedad. También es indiscutible que la modernización en el ámbito técnico ha exigido una modernización en el ámbito educacional. Los requerimientos en el campo del trabajo se traducen en demandas en el campo de la formación profesional, y eso incluye desde los primeros años de la enseñanza hasta la formación continua. La educación universitaria, y en ésta también se incluyen todos los cursos de postgrado, se ha transformado en papeles decisivos para la preparación de la capacidad humana profesional. A pesar de que muchos empresarios afirman que hay una mayor profundización teórica que practica, que en estos casos son más eficaces los cursos técnicos. La preparación educacional en los días actuales requiere una preparación profesional, no mas como antes que era una preparación del ciudadano siendo la profesión uno de sus aspectos complementarios, así que sin entrar en el análisis cualitativo de cual es mejor de las dos (formación humanista o formación técnica), es necesario que la formación técnica sea razonablemente aplicable a las nuevas exigencias tecnológicas actuales. Antiguamente, la formación profesional era dada mediante aprendizaje y la experiencia laboral en el propio ambiente de trabajo o cursos dado por el Estado, o entes sindicales que eran dados fuera del ámbito territorial del trabajo. En los días actuales la empresa busca profesionales ya con experiencias profesionales, y preferencialmente los que se actualizan con mayor frecuencia, y más, las carreras son estimuladas por el medio económico a medida en que éste expone su demanda laboral. Así que, se puede también decir que: "Las políticas de formación continua y recualificación profesional suelen presentarse como el remedio a esta situación. Sin embargo hay estudios que indican que los planes de formación continua no son muy utilizados, y lo que es peor, están beneficiando más a los trabajadores cualificados que a los sin cualificar (Souto & McCoshan, 2005) aumentando así el riesgo de desigualdad entre ambos grupos". RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 80.

Después de un breve y sucinto análisis se puede llegar a la conclusión de que los estudios de especialización, profesionalización, perfeccionamiento y formación continua todavía siguen siendo uno de los mejores métodos de preparación para el profesional. No solamente por la búsqueda de mejores puestos de trabajo en la empresa – como empleado fijo o trabajador de una contratista -, sino que sea también un ejercicio de ciudadanía puesto en práctica.

Será visto a partir de ahora el lado de la empresa y su libertad de subcontratar, para después de haber vistos ambos lados se pueda analizar la debilidad sindical y la prevención de riesgos laborales.

8. El principio de libertad de empresa y la subcontratación

"La perfección de la propia conducta consiste en mantener cada uno su dignidad sin perjudicar la libertad ajena."

Voltaire

Se analiza seguidamente uno de los pilares de la organización empresarial en varios aspectos, esto es el principio de libertad de empresa, fundamental para el estudio de la precarización puesto que, de alguna manera, este principio fue llamado a estar del otro lado de la balanza. A pesar de que si bien aplicado, y conforme con las teorías de la flexseguridad, no habría de haber problemas entre los derechos de los trabajadores y las necesidades de adecuación de la empresa en el mercado económico actual. Este punto, a nivel de aclaración, solamente tratará de los aspectos de la libertad de empresa que sean relevantes al estudio de la subcontratación, no pretendiendo en ningún momento agotar todas las implicaciones y cuestionamientos actuales sobre el principio de la libertad de empresa.

La dignificación y la valoración del trabajo en Brasil, como determinado en el art. 1º IV⁷¹⁶ y 170⁷¹⁷ CF/88, también comparten escena con el régimen de la libre iniciativa –

⁷¹⁶ El art. 1º CF/88 expresa: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político".

íntimamente relacionada con la libertad económica y la libertad de competencia - que se trata de que toda persona física o jurídica puede montar un negocio en el desarrollo de actividad económica libremente elegida y con ánimo de lucro. Conforme el texto constitucional brasileño la atribución de la búsqueda de empleo, de reducir las desigualdades regionales y sociales, como también propiciar la defensa del consumidor con la libre concurrencia, entre otros aspectos corresponde a la iniciativa privada.

De esta manera se puede decir que el principio de la libre iniciativa - éste como desdoblamiento de un principio mayor que es el de la libertad - se caracteriza por un dogma fundamental del Estado Liberal y del modo de producción capitalista que consiste en la libertad de emprendimientos o de empresas, basándose en el principio de la libertad de contratar, en la propiedad privada y la libertad de lucro; siendo el Estado, conforme el art. 174⁷¹⁸ CF/88, un agente normativo y regulador de la actividad económica explorada por los particulares, debiendo fiscalizar, incentivar y planear conforme se encuentra dispuesto en el texto constitucional. Pues uno de los objetivos, y que es el mencionado en este momento, es sintetizar el bien común garantizando un buen cumplimiento de la función social⁷¹⁹. Incluso se incentiva el cooperativismo, y como se verá en otro capítulo, es una de las formas que en Brasil utiliza de las cooperativas como subcontratadas. También puede decirse que la libertad de iniciativa implica la libertad de industria y comercio o libertad de empresa y la libertad de contrato; y se percibe en la doctrina brasileña que generalmente se habla de libertad de empresa de una forma más amplia, como libertad de iniciativa.

⁷¹⁷El art. 170 CF/88 define: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

⁷¹⁸ El art. 174 CF/88 menciona: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei".

⁷¹⁹Es la conocida libertad dada a todo ciudadano para destinar bienes de cualquier naturaleza, principalmente si es de capital, para la realización de actividades económicas para la producción e intercambios de bienes y servicios con objetivo de lucro. Pero, que esté conforme con los dictámenes económicos sociales, y con las reglas jurídicas de cada país. La libre iniciativa, no solamente está reglamentada por el texto constitucional, como también por el principio de la libertad y en las reglas jurídicas de derecho privado en generales que nadie está obligado a hacer lo que la ley no determina, tampoco impedido de hacer algo que la ley no prohíbe. De igual manera está vinculada al concepto de libertad de competencia, visto que una no podría existir sin la otra, y tampoco haría sentido.

Tampoco se trata de una conceptualización o regreso al liberalismo clásico en el que el Estado se limitaba garantizar el derecho de la propiedad y la paz social. Lo que se busca es una armonización de las relaciones capital-trabajo, entre intereses sociales y económicos, en el cual se observa, segundo el art. 3º⁷²⁰ CF/88 que hay otros principios que de alguna manera se limitan entre sí para conseguir tal equilibrio entre ambos polos. Como es el caso, el principio de la libertad de lucro moderase con el de la represión del poder económico; el de la libertad de contratación se limita con los principios de puesta en valor del trabajo y los de la no discriminación; el principio de la propiedad privada restringiese al principio de la función social de la propiedad; el de la libertad de la empresa se mezcla con el de la función social de la empresa; y por último, el principio de la libre iniciativa se contrapone al de la iniciativa suplementaria del Estado.

En este sentido Fernandes da Silva señala que “Não se pode olvidar que a Carta Maior dispôs que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, o valor social da livre iniciativa (que é temperado com o valor do trabalho), logo toda obra constitucional repousa nesse fundamento, que foi desdobrado pelo constituinte no artigo 5º, inciso XIII, ao compilar como direito fundamental da pessoa a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (como a profissão de empresário ou o trabalho do sócio que contribui para a sociedade com seus serviços, art. 1.007 do Código Civil de 2002) (...) Donde pode-se concluir que a livre iniciativa constitui um direito fundamental da pessoa, dentro do atual regime constitucional brasileiro. Ora, se não existe no ordenamento jurídico pátrio lei vedando a exploração da atividade econômica de fornecimento de mão-de-obra de trabalho humano, esta atividade, em tese, é plenamente lícita e adequada aos parâmetros de sua constitucionalidade. Ademais, como ninguém pode fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CRFB), não resta dúvida da legitimidade desse tipo de empresa”⁷²¹.

De esta forma sigue el autor explicando que cabe al Estado ser el protagonista de las políticas públicas destinadas a intervenir en el dominio económico con el objetivo de reglamentar la explotación de la actividad de subcontrataciones, pues el principio de la

⁷²⁰ El art. 3ºCF/88 define: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁷²¹FERNANDES DA SILVA, Paulo Renato, Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Mão-de Obra e Direito do Trabalho, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pág.107.

ponderación entre los intereses económicos y sociales es la clave de la armonización entre el capital-trabajo.

En relación al entendimiento doctrinal y jurisprudencial, el principio de la libertad de empresa⁷²² en España – que es muy similar al de Brasil - se encuentra o resguardado en el art. 38⁷²³ CE. Los poderes públicos permiten, garantizan y protegen sus ejercicios y también la defensa de la productividad, incluso la jurisprudencia ha reconocido el art. 38 CE como base de estrategias descentralizadoras, que en este estudio se enfocan al caso de la subcontratación. Como por ejemplo la STS de 27/10/1994 (A/8531) y la STS 17/12/2001 (A/3026), recordada la STJ Andalucía 05/12/2002 (AS 2003/1139) y la STJ Andalucía 12/12/2002 (AS 2003/1294).

Conforme al art. 53.1⁷²⁴ CE el principio de la libertad vincula a todos los poderes públicos, incluso en caso de que no sea cumplido cabe recursos de inconstitucionalidad de las leyes, visto que es un derecho fundamental, de cuño subjetivo y patrimonial – en el cual la parte interesada puede inclusive judicialmente hacer valer este derecho a la libertad de empresa, en este caso sería un derecho de defensa -, y al mismo tiempo, conforme explica García Alcorta, un principio o valor objetivo para el ordenamiento, dado que los poderes públicos deben proteger tal principio, siendo entonces un derecho de protección⁷²⁵.

⁷²² Interesante es mencionar el historio de la definición y concepto de la libertad de empresa en otras épocas: “Otro tanto hay que decir de la libertad económica entendida como libertad de contratos, libertad de las transacciones económicas, libertad de acceso a la actividad económica y libertad de ejercicio de ésta. Inicialmente se acuñará bajo la expresión “libertad de comercio e industria” (frente a la vieja organización gremial y colectivista); modernamente se articulará bajo la expresión “libertad de empresa”, en su doble faceta de: a) libre creación de empresas, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes; b) derecho a la empresa, esto es, a la libre dirección de la misma en el marco de una economía de mercado, sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, pág. 23. Importante también mencionar que: “A la hora de dotar de significado a la libertad de empresa como derecho fundamental, lo primero que ha de decirse es que forma parte del concepto libertad de empresa el de libertad de iniciativa económica privada (“la libertad de empresa es la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho”, STS, Sala 4ª, de 21-1-1984), así como el de autonomía negocial (art. 1255 del Código Civil) (...)”. ARAGÓN REYES, Manuel, El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, en AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 25.

⁷²³ El art. 38 CE menciona: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

⁷²⁴ El art. 53.1 CE expresa: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”.

⁷²⁵ En este sentido es pertinente citar: “Supone ello en consecuencia que al derecho reconocido en el art. 38 CE pueden atribuírsele las siguientes características: este derecho atribuye a su titular, en primer lugar, un poder jurídico sobre valores económicos. Se trata además, en segundo lugar, de un derecho susceptible desvaloración pecuniaria, sea un valor de cambio, que se funda en la posibilidad de conseguir dinero y otros derechos por medio de la disposición del derecho mismo, o sea un valor de uso,, que consiste en la posibilidad de prometer a otro el ejercicio del derecho a cambio de una contraprestación o en usar personalmente la coas ahorrándose los gastos que, de no poderlo hacer, el titular debería efectuar con su propio patrimonio. Y finalmente, en tercer y último lugar, al libertad de empresa es un derecho de carácter instrumental, en cuanto que se dirige a

En Brasil una parte de la doctrina considera que el principio de la libre iniciativa no configura precepto fundamental apto a poder utilizarse de la arguición de descumplimiento de precepto fundamental. También es importante subrayar que, llevando en cuenta el control de constitucionalidad de normas encontrado en el art. 60, § 4º⁷²⁶ CF/88, no se permite retirar de la Constitución brasileña derechos fundamentales garantizados por ella, el principio de la libre iniciativa se encuadra en este rol.

Existe una discusión en España relacionada con si la libertad de empresa realmente es un derecho fundamental o una garantía institucional. Baño León afirma que ni todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos, por lo tanto cita que la libertad de empresa es sólo una garantía institucional. Jiménez Campo, diferentemente, sostiene que existe una diferencia entre derecho constitucional y garantía institucional. Aragón Reyes, opuestamente entiende que “los derechos subjetivos no pueden ser limitados por el legislador, cuando resulta que, sin duda, pueden serlo, y se basa también en otra confusión: la de identificar el sentido objetivo que todos los derechos tienen con la garantía institucional, que es cosa bien distinta”⁷²⁷. Aragón Reyes defiende que a veces un derecho fundamental puede estar conectado a una garantía institucional, pero que tampoco significa que se confundan ambas. Pasando entonces a un otra discusión que es la que la libertad de empresa es un derecho fundamental o una garantía institucional, como el Tribunal Constitucional ha declarado en la STC 26/1987 que ambas pueden coexistir sin que sean incompatibles. En el caso de Brasil, igualmente considera que la libertad de empresa es un derecho fundamental y una libertad individual que también es susceptible de defensa contra algún abuso o tentativa de limitación que impida su ejercicio. En Brasil la garantía constitucional es un “remédio

satisfacer intereses, económicos o de otra índole, propios de su titular. (...) la libertad de empresa como derecho fundamental significa también contemplar la misma como un principio o valor objetivo para todo el Ordenamiento, caracterización ésta que puede encontrarse para los derechos fundamentales en la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución y con arreglo a la cual los poderes públicos asume la obligación positiva de contribuir a la efectividad del derecho y de los valores que representa, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”. GARCÍA ALCORTA, José, La limitación de la libertad de empresa en la competencia, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 33.

⁷²⁶ El art. 60 CF/88 expresa: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais”.

⁷²⁷ En el entendimiento de Aragón Reyes: “Mi opinión es bien distinta a la de estos autores. En primer lugar, tampoco es claro que, pese a la STC 26/1987 ya citada, esa sea la doctrina del Tribunal Constitucional, pues en la STC 55/1989 diferenciaba bien una y otra categoría. En segundo lugar, pese a la proximidad entre derecho fundamental y garantía institucional (uno y otra se basan en que hay un reducto infranqueable al legislador, para evitar la desnaturalización), el objeto de ambas figuras es bien distinto: el derecho fundamental protege derechos subjetivos y la garantía institucional protege derechos subjetivos y la garantía institucional protege instituciones; el derecho fundamental garantiza un contenido esencial y a garantía institucional sólo una “imagen maestra” mucho más abierta a la acción del legislador”. ARAGÓN REYES, Manuel, El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, en AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 25.

jurídico”⁷²⁸ y por lo tanto, la libertad de empresa es un derecho, y la garantía nace de la defensa de ese derecho.

Autores, como es el caso de Cidoncha, consideran que es un derecho fundamental⁷²⁹, como los demás del Capítulo II CE, mientras que otros autores la califican como garantía institucional, o principio o garantía constitucional. En relación propiamente dicha a la subcontratación, como será visto más adelante, es que se pueda compaginar tal principio con el de no precarización del trabajo. Así puede afirmarse “dado que la libertad de empresa puede incidir en otras libertades y derechos constitucionalmente protegidos, el derecho constitucional puede encontrar restricciones derivadas de la aplicación de otras normas con rango de Ley. Por esta razón, lo que sí se puede encontrar en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es la ordenación de un conjunto de garantías dirigidas a evitar que de esa opción empresarial por el empleo indirecto se deriven para los trabajadores perjuicios que no tendrían lugar si la opción hubiese sido la contraria. Sin embargo, nótese que se trata de normas que solamente tratan de paliar los posibles efectos perjudiciales que puedan derivarse del empleo de la contrata pero, en ningún modo, de disuadir a los empresarios de su utilización”⁷³⁰.

⁷²⁸ En Brasil un “remédio jurídico” o “remédio constitucional”, traduciendo al español significa decir “medicina jurídica” no está especificado en la CF/88, es una denominación doctrinal que se considera como medios puestos a disposición de los ciudadanos para solicitar de las autoridades públicas competentes medidas eficaces, objetivando sanar ilegalidades o abuso de poder en perjuicio de derechos e intereses individuales.

⁷²⁹ La teoría que el autor se basa para defender que la libertad de empresa es un derecho fundamental es la siguiente: “La libertad de empresa es un derecho subjetivo fundamental porque es un derecho creado por la Constitución. Esto significa que el derecho preexistente a la intervención del legislador (preexistencia lógica, no temporal), y ello tiene consecuencias: 1ª ante todo, que la libertad de empresa no puede ser desfigurada por la ley sin incurrir en inconstitucionalidad; a esta desfiguración lo llama la Constitución conculcación de su “contenido esencial”; 2ª que la libertad de empresa puede ser alegado ante los tribunales no sólo secundum legem (“de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”) sino también contra legem (en contra de la legalidad) e incluso en ocasiones extra legem (en ausencia de ley de desarrollo). Es la condición de derechos creados por la Constitución lo que permite distinguir los derechos fundamentales de los “principios rectores de la política social y económica”. Esto es, “en tanto los derechos del Capítulo Segundo – derechos fundamentales – existen antes y sin perjuicio de su regulación legislativa, los “principios” del Capítulo Tercero sólo serán “derechos” (...) a partir de “las leyes que los desarrollen”, como dice el artículo 53.3, y conforme a lo dispuesto en ellas”. CIDONCHA, Antonio, la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006, págs. 196-197.

⁷³⁰ MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.51-52. Sigue explicando el autor: “Precisamente la libertad constitucional de la empresa para organizar libremente sus factores productivos, es la que da cobertura jurídica a las nuevas formas de organización del trabajo, especialmente, a las relaciones triangulares de trabajo. Ahora bien, como toda actividad empresarial se despliega en un determinado contexto socioeconómico caracterizado por la confluencia de multitud de relaciones jurídicas y, detrás de ellas, de infinidad de intereses, el ordenamiento jurídico ha de contar con la presencia de esos intereses porque, en buena parte, han de coexistir con los protegidos por la propia libertad de empresa. Todos los derechos, incluidos los constitucionales, son limitados; el derecho de libertad de empresa en su acepción de derecho a la libre organización de los factores productivos no es una excepción precisamente por desplegarse en un contexto de actividad empresarial donde, como se ha apuntado, confluyen otros intereses también susceptibles de protección y, en principio, incompatibles con una defensa a ultranza del presente derecho constitucional”. MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 101.

Antiguamente en España se discutía sobre la naturaleza de la libertad de empresa, en relación a su fundamentalidad o no, y el TC lo ha considerado como un derecho que puede tutelarse mediante el recurso de amparo constitucional⁷³¹. En Brasil hay dos vertientes, en el caso de que la limitación ocurra por parte de un abuso o amenaza a derechos y nazca del Poder Público la demanda es constitucional y se denomina “Mandado de seguridad”⁷³², conforme se encuentra en el art. 5º CF/88. Diferentemente, si la medida nace de un sujeto privado se trata de una medida de orden generalmente patrimonial, en la defensa de un derecho protegido por la CF/88, pero que hiere a la libertad de competencia, o de consumo o de libertad económica, que el Estado brasileño protege. Cabe una demanda patrimonial, ordinaria, de reparación de daño, cautelar, dependiendo de la naturaleza de la demanda.

En Brasil los perjuicios a la libre iniciativa se encuentran en el art. 20, I⁷³³ de la Ley 8.884/94, que considera como infracción cualquier acción que afecte negativamente la libre iniciativa. Mientras que el art. 173, § 4º CF/88 define que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. En este sentido la desición del STF, en MS n. 22323-5/SP, expresa que “Observada a regra de hermenêutica, segundo a qual a norma expressa prevalece sobre a norma implícita,.. .”, força é convir que a livre concorrência é um postulado que exclui qualquer outro (exceto nas situações predeterminadas pela própria Carta, como é o caso do petróleo e dos minerais nucleares e radioativos, conforme previsão do art. 177) não afeito com este paradigma. Assim, em face ao § 4º, do art. 173, a legislação infraconstitucional deve não apenas reprimir o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, como, o que é a melhor constatação, deve estimular a livre concorrência (...). También es pertinente citar el art. 173 § 5º CF/88, que afirma que la ley, “sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

⁷³¹ ARAGÓN REYES, Manuel, El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 23.

⁷³² El art. 5º LXIX y LXX CF/88 expresa: “(...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...)”.

⁷³³ El art. 20, I Ley 8.884/94 determina: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (...)”.

Los titulares del derecho a la libertad de empresa en España, igualmente en Brasil – como se ha dicho anteriormente - pueden ser tanto una persona física o una persona jurídico-privada, es decir, que la Administración Pública no puede ser titular de tal derecho. Los casos en que el Poder Público participa como persona de derecho privado junto a otras empresas privadas deben ser analizados casuísticamente y analizar si se refiere a empresas mixtas o sociedades de economía mixta. Si la participación estatal es mayoritaria que la privada en el capital social de la empresa entonces será considerada como ente público en estos casos, y consecuentemente, no puede ser titular del derecho a libertad de empresa.

En lo que se refiere a la Administración Pública en Brasil, el art. 173⁷³⁴ CF/88 determina que la explotación directa de la actividad económica por el Estado solamente es permitida si es fundamental para la seguridad nacional o de relevante interés colectivo, en los términos definidos en ley, la cual establecerá el estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias, y que sigan los requisitos exigidos por este artículo constitucional. También es válido resaltar que las empresas públicas y las sociedades de economía mixta no tienen derecho a privilegios fiscales que no sean extensivos a los del sector privado. Igualmente la ley regulará las relaciones de la empresa pública con el Estado y la sociedad.

En Brasil la libertad de empresa es extensible a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta porque ellas son regidas por normas de derecho público (para licitar, para contratar funcionarios, para efectos de bienes públicos, etc.) y también derecho privado (régimen de contratación de los empleados, contabilidad, lucros, estatutos, etc.). Por lo tanto, solamente la administración indirecta, si existe, puede sustentarse en la libertad de empresa, porque es el propio Estado quien realiza la actividad económica (es excepción dentro de la Administración Pública).

⁷³⁴ El art. 173 CF/88 afirma: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.(...) § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

La libertad de empresa dispone de dos vertientes: la primera es la decisión de creación de una empresa, y la segunda es la de disponer de su autoorganización interna como más le convenga, desde y siempre que no produzca incompatibilidad con otros derechos fundamentales garantizados por el gobierno brasileño y español. Tampoco significa decir que una empresa puede crear sus instalaciones sin seguir las normas que el Estado ha puesto, hay que someterse a los requisitos y condiciones que éste determina.

La sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional español ha sido importante para delimitar positivamente el contenido esencial de la libertad de empresa, al mencionar que el art. 38 CE “no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener el libertad la actividad empresarial”⁷³⁵. El ciudadano, basado en el art. 1.1 CE, está autorizado a “llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos y condiciones determinadas y el principio de la legalidad (arts. 9.3 y 103.1)”. En otras palabras, el legislador es el responsable de delimitar la libertad por ser ésta un derecho sujeto a permiso legal⁷³⁶. Por ejemplo, el empleador no puede decidir los días y horario de apertura y cierre de la empresa, teniendo que seguir la libertad de fijación del horario comercial.

Los casos que comprende la libertad de empresa según la sentencia 225/1993 del Tribunal Constitucional español son “libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”. Resulta útil también citar el resumen de García Alcorta sobre lo que consiste la libertad de empresa: “a) la libertad de crear una empresa; b) la libertad de organizar la empresa, que incluye la libertad para fijar su nombre y emplazamiento, para determinar su estructura y régimen internos y para seleccionar y contratar libremente a los trabajadores; c) la libertad de dirigir al empresa, que incluye la facultad de disponer de ella y de determinar sus

⁷³⁵ Mayores informaciones véase CIDONCHA, Antonio, la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006.

⁷³⁶ En este sentido es válido citar a Cidoncha: “En consecuencia, la libertad del legislador para prohibir una actividad económica no es total. Éste no puede prohibir ninguna actividad empresarial de forma genérica y absoluta (sea lo que sea esto). La libertad de empresa no comprende la libertad de acceso a toda actividad económica, pero sí al menos la garantía constitucional de la no prohibición genérica y absoluta de acceso a toda actividad económica. Garantía que tiene una doble excepción: la primera, la que resulta de la habilitación constitucional a la ley para reservar “recursos o servicios esenciales” por razones de interés general; la segunda, la que resulta de la calificación como ilícito de la actividad en cuestión. El Tribunal Constitucional parece situar en el plano de la garantía institucional la protección de la libertad de empresa frente a la prohibición legislativa de la actividad económica privada, en definitiva, frente a la prohibición legislativa del mercado”. CIDONCHA, Antonio, la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006, pág. 266.

inversiones y el crecimiento de la misma y el volumen de producción; d) la libertad de acceder al mercado que se desee, de actuar y de competir en él, determinando las formas de distribución y venta de los productos y decidiendo sobre la publicidad de los mismos; y finalmente, e) la libertad de contratación, que incluye la facultad de determinar los precios de los bienes y servicios que son ofrecidos”⁷³⁷.

Acordándose siempre de que, en ambos países, la libertad de selección y contratación de trabajadores no puede estar basada en ninguna forma de discriminación, por no ser tal libertad de contratación absoluta, igualmente se puede decir de la libertad de despido, hay que seguir el principio de la no discriminación entre los trabajadores.

En este sentido, debe tenerse en cuenta a la hora de contratar que “el empresario tiene concedido por la ley el derecho a elegir libremente al trabajador con el que haya de celebrar un contrato de trabajo. No obstante, esta libertad contractual se encuentra limitada a través de tres clases de normas: a) Las normas sobre colocación. b) Las normas antidiscriminatorias. c) Las normas sectoriales exigiendo para contratar la superación de determinadas pruebas de aptitud o la realización de determinados cursos de capacitación”⁷³⁸. Lo que sí forma parte de la libertad de la empresa es disponer libremente, dentro del respecto a la ley y a los convenios colectivos, de la retribución del trabajador y el poder de dirección⁷³⁹ y dentro de éste el poder disciplinario.

Más específicamente relacionado con las limitaciones⁷⁴⁰ constitucionales de la libertad de empresa, téngase en cuenta que estas pueden ser tanto limitadas al terminar su alcance material, o delimitadas por otras normas jurídicas, y en este caso puede ser tanto la

⁷³⁷ GARCÍA ALCORTA, José, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 46-47.

⁷³⁸ AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez), *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 281.

⁷³⁹ En este sentido: “(...) el poder de dirección del empresario. Dentro del contenido esencial de la libertad de empresa se incluyen las facultades del empresario de seleccionar el personal (TC 147/1986, de 25 de noviembre) y de organizar el trabajo”. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 147.

⁷⁴⁰ También es válido mencionar: “la libertad de empresa es compatible con la presencia de restricciones de ejercicio de la misma, que pueden ser numerosas y de cierta intensidad. Pero tales restricciones encuentran a su vez limitaciones de procedimientos y de contenido (“límites de los límites”). En cuanto al procedimiento, las limitaciones de la libertad de empresa deben ser establecidas por normas con rango suficiente (TC 83/1984, de 24 de julio); en cuanto al contenido, tales restricciones deben ser razonables, y no desvirtuar los intereses empresariales típicos por la eficiencia, la productividad y la rentabilidad de la organización productiva (TC 83/1984, de 24 de julio; TC 37/1987, de 26 de marzo). En particular la “defensa de la productividad” o rendimiento de los factores de producción se establece como deber de los poderes públicos en el artículo 38 de la Constitución”. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, págs. 147-148.

Constitución como leyes específicas en ambos países. Debe haber una armonización de todas las normas constitucionales y de las infraconstitucionales – desde y siempre que estas no vayan de encuentro con las normas constitucionales -, y en este caso se utiliza del principio de la proporcionalidad y del principio de la concordancia práctica.

A nivel constitucional español, y similar en Brasil, se pueden mencionar “las exigencias de la economía general y en su caso de planificación”⁷⁴¹. Sería lo referente a las exigencias de la economía general, conforme a la mención jurisprudencial, la forma más genérica del interés general. Mientras que la planificación, sería más bien, la conciliación que hace el ente público entre los intereses privados y públicos, y con el menor perjuicio posible a la libertad económica, según se encuentra expresado en el art. 131.1 CE: “El Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

García Alcorta, basándose en las decisiones del Tribunal Constitucional español, afirma que la defensa de la productividad expresada en el art. 38 CE puede representar un límite al ejercicio de la libertad de empresa: “En particular, la atribución del legislador a la Administración con la potestad de adoptar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo constituye un límite del poder de dirección del empresario que puede encontrar su justificación precisamente en la defensa de la productividad”. El autor sigue explicando que la libertad de empresa y la defensa de la productividad pueden ser compatibles, visto que la cualidad de ser productiva y obtener un resultado positivo en relación a precios y costes, hace parte del propio interés de la empresa. Y está dentro del mercado económico, participando de él e interactuando con las demás favorece a la productividad, obligando que ella, y todas a la vez, mejoren la calidad de sus productos para permanecer activa y competitiva dentro de tal mercado⁷⁴².

⁷⁴¹ En este sentido, véase GARCÍA ALCORTA, José, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier, Barcelona, 2008.

⁷⁴² García Alcorta resumidamente expresa: “En consecuencia, la garantía del derecho a la libertad de empresa y, como facultad derivada de él, de competir en libertad en el mercado sirve a la defensa de la productividad”. GARCÍA ALCORTA, José, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 58. Mayores informaciones, véase CIDONCHA, Antonio, *la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas)*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2006. También es válido mencionar: “Si bien no hay economía de mercado sin libertad de empresa, la misma defensa de la economía de mercado (en cuyo “marco” se reconoce esa libertad) puede imponer límites a su ejercicio (impidiendo las prácticas atentatorias a la libre competencia, por ejemplo) (SSTC 88/1986, FJ 4; 64/1991 FJ 6; 127/1994, FJ6; 208/1999, FJ6), como también pueden imponer límites “las exigencias de la economía general” (SSTC 88/1986, 135/1992, 225/1993, 227/1993, 284/1993) “y, en su caso, de la planificación” (SSTC 37/1981, 29/1986), así como “la defensa de la productividad” (SSTC 37/1987, 92/1992)”. ARAGÓN

En España también existen límites a la libertad de empresa que no están previstos en el art. 38 CE, como es el caso de la defensa de los consumidores y usuarios encontrados en el art. 51.1⁷⁴³ CE; de la utilización racional de todos los recursos naturales y la protección al medio ambiente, encontradas en el art. 45.3⁷⁴⁴ CE; de la promoción por los poderes públicos de las diversas formas de participación en la empresa, expresada en el art. 129.2⁷⁴⁵ CE; la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos conforme dispuesto en el art. 130.1⁷⁴⁶ CE; y por último – no pudiendo ser considerado un como límites directos ni indirectos, sino como una auténtica exclusión de la libertad de empresa - la iniciativa pública en la actividad económica y la subordinación de la riqueza al interés general, según el art. 128.2⁷⁴⁷ CE.

Igualmente en Brasil hay una doctrina que adecuan la libre iniciativa con los valores de “justicia social y bienestar colectivo”, que considera jurídicamente ilegítima la explotación de la actividad económica solamente con el objetivo de lucro y de satisfacción personal de la empresa empresario. Debiendo, como ya se ha mencionado, respetar la defensa del consumidor, la protección del medio ambiente, la función social de la propiedad, entre otros mencionados en el art. 170 CF/88. Siendo la función del Estado, dentro del modelo liberal actual, actuar con subsidiariedad en lo que se discierne a la libertad de empresa, interviniendo solamente en los casos arribas expuestos, en otras palabras, este debe utilizarse de la concepción de actuación ponderada.

También es importante mencionar que el Tribunal Constitucional español, ha resuelto la problemática de la libertad de empresa al mencionar la “teoría relativa” de los derechos

REYES, Manuel, El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 40.

⁷⁴³ El art. 51.1 CE menciona: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

⁷⁴⁴ EL art. 45.3 CE expresa: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

⁷⁴⁵ El art. 129.2 CE define: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

⁷⁴⁶ El art. 130.1 CE conceptúa: “Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”.

⁷⁴⁷ El art. 128.2 CE determina: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

fundamentales como se puede percibir que en Brasil también se utiliza teoría parecida -, en el cual la libertad de empresa siempre será respetada desde que sea proporcionada⁷⁴⁸ a la realidad, como se puede percibir en la STC 66/1991, la cual resuelve el caso sobre una medida limitativa contenida en una reglamentaria (en Castilla y León, que la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes en 01/88 prohíbe la venta de cangrejos de río vivos de cualquier especie en el ámbito de la Comunidad autónoma). Como también la STC 109/2003 que trata sobre el control de constitucionalidad de las leyes desde la perspectiva del principio de la libertad de empresa, entre otras decisiones jurisprudenciales venidas posteriormente.

En este sentido Cidoncha afirma que “La teoría “relativa” hace que el contenido esencial de un derecho fundamental sea operativo para su titular sólo cuando no pueda justificarse una limitación legal de ese contenido, con arreglo al principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, la constitucionalidad de una limitación no se juzga tomando como base el contenido del derecho fundamental, sino la limitación en sí y la finalidad perseguida con dicha limitación. Esto significa que la libertad de empresa como derecho subjetivo solo existe allí donde acaba la posibilidad de limitarla, y las posibilidades de limitación son infinitas. A la postre, para el Tribunal Constitucional, el problema de la libertad de empresa no es también un problema de constitucionalidad de los límites que he han sido impuestos, como dice la STC 147/86 (F.4.b)), sino sólo un problema de constitucionalidad de estos límites”⁷⁴⁹.

En España hay una limitación específica que se refiere a la contratación de personas con discapacidad⁷⁵⁰, debiendo citarse el art. 38.1⁷⁵¹ Ley 13/1982, el cual determina que las

⁷⁴⁸ En este sentido: “Es la proporcionalidad la que resuelve el problema de la compatibilidad del contenido de la libertad de empresa con las limitaciones que le imponen las leyes que regulan su ejercicio. Pero, ¿cuándo es proporcionada la ley? Desde que incorpora el test alemán de proporcionalidad en la STC 66/1995 (F.5), para el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios, cada uno de los cuales implica una exigencia que toda intervención pública en los derechos fundamentales (legislativa y no legislativa), debe cumplir: según el primer subprincipio (idoneidad o adecuación), toda intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”; según el segundo subprincipio (necesidad o indispensabilidad) toda intervención en los derechos fundamentales debe ser “la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”; según el tercer subprincipio (proporcionalidad en sentido estricto), “las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”. Si cumple estas tres exigencias, toda regulación del ejercicio de un derecho fundamental que suponga una limitación de éste respetará su contenido esencial”. CIDONCHA, Antonio, la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006, pág. 278.

⁷⁴⁹ CIDONCHA, Antonio, la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas), Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006, pág. 279.

⁷⁵⁰ En este sentido: “Las limitaciones, que son consistentes, no afectan directamente al hecho de seleccionar y/o elegir. Lo único que se establece en nuestra legislación se refiere a la contratación de minusválidos, puesto que las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que excedan de 50 vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos (hoy, legalmente, trabajadores con capacidad física o psíquica disminuida) no inferior al 2 por 100 de la plantilla (art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración de minusválidos). No obstante, la prohibición de discriminaciones pesa también sobre la selección y contratación de los trabajadores. En efecto, el proceso, como tal, acceso al empleo, se contempla en los arts. 4.2,c del Estatuto de los Trabajadores y 28.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social. El primero de estos preceptos establece como derecho básico de los trabajadores a no ser discriminados para el empleo por razones de sexo, estado civil, por la edad (dentro de los límites enmarcados en el propio Estatuto de los Trabajadores), raza, condición social, ideas

empresas con más de cincuenta trabajadores fijos deberán emplear al menos un 2% de personas con discapacidad demandantes de empleo. La Disposición Adicional de la Ley 66/1997 que introdujo algunas modificaciones: los cupos referentes a este 2% siempre mantendrá la proporción 1/50 trabajadores fijos, entre otras exigencias. Inclusive la LISOS trata como infracción grave el no cumplimiento de tales cupos para minusválidos. Igualmente en Brasil, en las empresas privadas existen leyes federales que estipulan el régimen de cuotas para portadores de necesidades especiales y generalmente los acuerdos colectivos definen nuevos parámetros entre categorías de empresas y empresarios.

En relación a la subcontratación, tanto en Brasil como en España, la libertad de organizar sus recursos productivos que se encuentra dentro de la libertad de empresa permite la utilización de recursos ajenos que no solamente el típico trabajador de plantilla. De esta forma entra el enfoque a las contrataciones y subcontratas⁷⁵², desde que no sea una forma de enmascarar una cesión ilegal de trabajadores. Ni que tampoco entre en conflicto con otro derecho fundamental que es el de no discriminación de contratación de un empleado, como ya dicho anteriormente. Otra cuestión a ser analizada es que también puede ser motivo de impedimento la subcontratación si así ha sido acordado entre la empresa y la negociación colectiva⁷⁵³.

religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español. El segundo de los preceptos legales citados se refiere al establecimiento de condiciones, mediante la publicidad, difusión de ofertas de trabajo o por cualquier otro medio que constituyan discriminaciones por las causas antes descritas, salvo la lengua, y, además, la ascendencia, parentesco u origen social, establecimiento que, en su caso, se considera infracción muy grave". GARCIA FERNANDEZ, Manuel, Libertad empresarial de organización y exigencias del principio de igualdad, en AA.VV., La reforma del mercado de trabajo, Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1993, pág. 1.011.

⁷⁵¹El art. 38.1 Ley 13/1982 determina: "Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 % sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal. (...)".

⁷⁵² Refiriéndose a la libertad de organización ésta "constituye, precisamente, el amparo formal que ofrece cobertura constitucional a los fenómenos descentralizadores. Del derecho constitucional nace el derecho del empresario a optar por una estructura empresarial concentrada o, en cambio, desconcentrada. De esta forma, es libre también la opción del empresario de utilizar el empleo directo contratando la prestación de trabajo de los trabajadores que necesite o de recurrir al empleo indirecto de manera que la realización de esos mismos trabajos sea acometida por mano de obra perteneciente a una empresa contratista. La elección, en definitiva, entre empleo directo o indirecto se configura como una opción funcional del empleador". MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contrataciones y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 51.

⁷⁵³ En este sentido Durán López cree que el compromiso asumido directamente por la empresa con sus trabajadores, en relación al respeto de una determinada estructura de la plantilla, como también de no recurrir a contrataciones externas, puede considerarse válido; e inclusive, admisible desde el punto de vista de la libertad de empresa. Diferente sería, por ejemplo, al ocurrir con un convenio sectorial, negociado por asociaciones empresariales y no directamente por las empresas donde se iría aplicar. Utilizándose del principio de que "lo que uno puede hacer por sí mismo lo puede hacer también por representante", en estos supuestos, el autor opina, que sería un caso de violación de la libertad de empresa la imposición en este ámbito sectorial de limitaciones a la libertad de actuación de las empresas individualmente consideradas; no considerando él que sea admisible este tipo de cláusulas en los convenios sectoriales". Mayores informaciones véase DURÁN LÓPEZ, Federico, Contenidos laborales del

En este sentido Pérez de los Cobos Orihuel señala que “La contrata y subcontrata de obras y servicios de la propia actividad – concluye el Supremo Tribunal – no es una actuación tolerada, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de empresa. La subcontratación – ha dicho más rotundamente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 8 de Octubre de 1996 – es, en principio, una opción perfectamente lícita, ya que en virtud de la libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la Constitución Española, el empresario puede elegir entre la realización del total del ciclo productivo o desplazar hacia otra empresa determinadas partes del mismo. En similares términos se ha pronunciado, en fin, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en su sentencia de 10 de julio del 2001 afirma que “nuestro sistema económico y jurídico garantiza en todo caso la libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución y se concreta en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la que se deriva que corresponde al empresario la dirección y control de la actividad de la empresa, para determinar cuál ha de ser la estrategia a seguir en su gestión y decidir qué mecanismos productivos hace servir en la búsqueda de la mayor rentabilidad y rendimiento económico de la misma”... “como puede ser la subcontratación de obras y servicios a que se refiere el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores”⁷⁵⁴.

En relación a la negociación colectiva española, hay casos en que se ponen barreras a la subcontratación por la empresa, como es el caso del “art. 15.4 del Convenio Colectivo vigente en la empresa “Alstom T&D”, que previene que la contratación quedará limitada a “trabajos auxiliares, no programados con antelación, entendiéndose por tales aquellas actividades que no guardan relación directa con la actividad de la unidad (jardinería, seguridad, telefonía y limpieza)”, excluyendo por tanto la posibilidad de contratar obras o servicios correspondientes a la propia actividad empresarial”⁷⁵⁵. Otras cláusulas, según Pérez de los Cobos, son las que obligan a las empresas negociar una subcontratación con los representantes de los trabajadores, o cláusulas que avisen antes de hacer uso de la

derecho constitucional a la libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

⁷⁵⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, Descentralización productiva y libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, págs. 202-203.

⁷⁵⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, Descentralización productiva y libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 203. También en este sentido: “En los convenios colectivos es jurídicamente posible establecer cláusulas en las que el empresario se comprometa a mantener el nivel de empleo durante la vigencia del convenio o a cubrir las vacantes de personal fijo con trabajadores de igual carácter o a contratar un determinado número de trabajadores, (las llamadas “cláusulas convencionales de empleo”). En caso de incumplimiento empresarial cabe reclamar su obligatoriedad mediante la acción de conflicto colectivo o de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales si el incumplimiento implica discriminación, con obligación de indemnizar a los concretos perjudicados”. AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez) Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 280-281.

subcontratación avisar previamente al Comité de empresa; en el cual obliga a cuestionarse si tales cláusulas son realmente constitucionales o no. Es decir, si el convenio colectivo es una limitación al ejercicio de la libertad de empresa; pero que tampoco sea fundamento suficiente para que ocurra la precarización del trabajo humano.

Si la empresa es privada ella tiene que asumir las consecuencias de sus elecciones de gestión, contabilidad, etc. El Estado no puede interferir, salvo en relación a las reglas generales de contratación y protección de los derechos de los trabajadores. Los convenios colectivos no pueden exigir como debe ser contratados los empleados, pero cuando son contratados son regidos por la CLT, y en este caso todos, empleados y empleadores, se someten al mismo régimen jurídico (CLT). La libertad de empresa, como ya se ha mencionado, solamente puede ser restringida cuando hiere a otro derecho superveniente y superior, un derecho social, principalmente. En este caso, como también en varios otros, debe encontrarse la operatividad, sea de control o de defensa, de los sindicatos a favor de sus afiliados, una vez que es uno de los órganos de mayor representación del colectivo social laboral. En seguida será vista la debilidad sindical que es causada por la subcontratación.

9. Debilidad sindical en las contrataciones y subcontratas

“Cualquier poder, si no se basa en la unión, es débil”

Jean de la Fontaine

El sindicato y su función actual son reflejo de una lucha constante hecha por los trabajadores desde la revolución industrial que fue su fase embrionaria. Debido a las malas condiciones de trabajo y los bajos sueldos, hicieron que generaran entre los trabajadores un proceso de solidaridad de clase en el que hubo reuniones reivindicativas, que al fin y al cabo iban a formando las organizaciones de manifestación, tomando conciencia y consolidando el derecho a resistencia al cotidiano laboral que se presentaba en esta época. Requiriendo sobre todo el respeto y la dignidad del trabajador y por mejores condiciones sociales en el ambiente

laboral⁷⁵⁶. Así empezó la búsqueda por la identidad del valor del sindicalismo en el mundo⁷⁵⁷, aunque con grandes resistencias a su creación. Por muchos años, en varias partes del mundo, fueron considerados como asociaciones ilegales y consecuentemente clandestinas, fue el surgimiento de una institución de hecho y no de ley. Por eso hay que admitir la importancia del sindicalismo en la vida cotidiana, social y laboral del trabajador en el largo de la historia hasta los días actuales⁷⁵⁸.

En Brasil y en España, aproximadamente a finales de los 80 e inicio de la década de los 90, hubo una privatización de las entidades públicas, por un lado y, por otro, la descentralización productiva de las etapas periféricas del proceso de producción de las grandes empresas, y consecuentemente el crecimiento de empresas medianas y pequeñas. Ocurrió lo que se llaman “empleos inducidos”, en los que hubo muchas dimensiones y nuevos empleos en las empresas contratistas. Lo que se puede percibir en el área laboral fue que se dio gran distribución de trabajadores. Los de alta cualificación – considerados del grupo selecto o central de la empresa tuvieron contrataciones que garantizaron cierta estabilidad y buena remuneración. Mientras que la mayoría, de baja o casi ninguna cualificación – considerados del grupo periférico de la empresa, fueron a trabajar en empresas contratistas, y

⁷⁵⁶ En este sentido, véase “Introducción - La razón de ser del Derecho del Trabajo: (...) III. La organización y la acción política y sindical del proletariado”, en PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2002.

⁷⁵⁷ Es interesante mencionar que: “Em pleno século XX, já em seu final, ainda registramos formas de controle profissional que parecem tiradas dos pergaminhos das corporações de ofício da Idade Média... Há uma verdadeira casta, envolvendo e envolvida por não poucos sindicatos, mantendo privilégios e fazendo uma intermediação de mão-de-obra que se mostra contrária à ética, aos princípios de Direito do Trabalho e às conveniências econômicas dos interessados diretos. Contudo, investir contra estas formas de intermediação encontra barreiras intransponíveis: de uma parte a ignorância da existência desses privilégios, adiante a defesa tenaz dos beneficiados e até a convivência dos poderes públicos e dos partidos políticos que não querem ser tachados de impopulares... Nos dias atuais trava-se verdadeira batalha judiciária e também no seio do legislativo, visando atenuar ou fazer findar estes grupos exclusivos. (...) Note-se que muitas vezes a participação destes resulta apenas de imposição legal, pois as cargas são removidas por aparelhagem moderna e automatizada. Ainda, não raro, os aquinhoados com trabalho resultante da existência de carga a ser movimentada, “delegam” o posto e o esforço para terceiros, mas não -por certo - os ganhos avantajados”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, *Contratos triangulares de trabalho*, Juruá, Curitiba, 1993, pág. 169.

⁷⁵⁸ En la actualidad, es válido citar la crítica de Alós-Moner: “mientras el mundo empresarial ha efectuado unos notorios esfuerzos de puesta al día, sobre todo desde la década de los 80, los sindicatos tienden a seguir arraigados en las dinámicas previas a aquellos años. En otras palabras, el empresariado se habría dotado de nuevas ideas y propuestas, entre ellas las que se arrojan bajo el manto de gestión de recursos humanos, mientras los sindicatos seguirían aferrados a viejos idearios y formas de proceder”. ALÓS-MONER, Ramón, *Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva*, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26 n. 1, Madrid, 2008, pág.125. y sigue explicando el autor: “Desde esta manera de entender los cambios, las empresas responderían adoptando estrategias con las que hacer frente al poder adquirido por los trabajadores y sus organizaciones, sobre todo a lo largo de los años sesenta y primeros setenta, en los centros de trabajo. Cabe recordar que en esos años el sindicalismo alcanza sus niveles más elevados de presencia y reconocimiento en las empresas y en sociedad, lo cual se refleja, en su aspecto posiblemente más visible, en la importancia que adquiere el convenio colectivo en la regulación de las condiciones de empleo, junto con un amplio desarrollo de legislación garantista. Es así que la intervención sindical logra, sobre todo en medianas y grandes empresas, condicionar las políticas empresariales en gestión de la mano de obra en aspectos tan fundamentales como salarios y complementos con finalidades de incentivo, horarios, pausas y tiempos de trabajo, ritmos de trabajo, sistemas de promoción, estabilidad y seguridad en el empleo o condiciones de seguridad y prevención de accidentes”. ALÓS-MONER, Ramón, *Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva*, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26 N 1, Madrid, 2008, págs.125-126.

en varios casos hubo la precarización laboral, principalmente comparada con los puestos anteriores que tenían.

El deterioro del trabajo y la debilidad causada a la estructura sindical fueron uno de los motivos por la difícil aceptación de la subcontratación por el sindicalismo. Incluso es importante aclarar que solamente se tratará del sindicalismo de ambos países en lo que sea relevante para la explicación de la debilidad sindical y la subcontratación. El sector sindical, en otras palabras, generalmente, como se puede percibir, se posiciona contra el creciente uso de la subcontratación⁷⁵⁹, como será visto en este apartado. Se fragmenta la clase obrera, según ellos, y eso afecta a los trabajadores de la subcontratada, pues esos se comparan a los de plantilla y también entre ellos mismos por continuar en el trabajo precario⁷⁶⁰ y cada vez más escaso.

El uso de la subcontratación, y no de la forma clásica fordista, hace que el Derecho del Trabajo tenga que adecuarse a la nueva tendencia, incluso Alós-Moner menciona una tendencia planteada en el mundo económico que es la de la sustitución del colectivismo en general por la concesión empresarial: “Frente al colectivismo de la negociación colectiva, la gestión de recursos humanos enfatiza la relación individualizada; frente a la formalización del convenio colectivo y su detallada regulación de condiciones de empleo, la gestión de recursos humanos plantea su gestión informal, individualizada y variable; frente a la estabilidad en el empleo y los mercados internos de trabajo, la gestión de recursos humanos pregonaba una

⁷⁵⁹En este sentido: “Para o trabalhador, a terceirização não é um assunto novo, pois empreiteiras e sublocação de mão-de-obra sempre existiram. Para analisá-la, é necessário partir das premissas que norteiam o movimento sindical. São elas: distribuição de renda, educação e profissionalização, geração de empregos, estabilidade e produtividade. É com base nesses conceitos que se avalia a terceirização existente hoje como degenerada, doentia. (...) Além de mais, não há a alegada melhoria de serviço, já que ele continua sendo feito pelo mesmo trabalhador. (...) Para superar esse quadro, a terceirização deve ser utilizada pelas empresas na busca de melhorias, em momentos de crescimento anormal de demanda, para a obtenção de um salto tecnológico ou num contrato eventual. Ela deve, ainda, excluir a perda de produtividade, ser ética e legal e, por fim, garantir os direitos trabalhistas. (Marta Arnold, diretora do Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul, no debate promovido em 9 de abril de 1992, pela Associação Brasileira de Recursos Humanos – ABRH/RS, em Porto Alegre)”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton. Terceirização passo a passo, O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Sagra-DC Luzzatto, Porto Alegre, 1993, págs. 95-96.

⁷⁶⁰Es válido mencionar a um sindicalista brasileiro: “Edilson, dirigente do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil, Montagem e Manutenção Industrial de Candeias, Simões Filho, São Sebastião do Passe, São Francisco do Conde e Madre de Deus (Siticcan), expressa a sua prática com a terceirização: Nós fazemos um trabalho nessa área de contratação de terceirizados e questionamos os empresários porque ficamos o ano todo fiscalizando o cumprimento do acordo coletivo de trabalho entre o sindicato patronal e o laboral. Para fazer cumprir aquilo que eles assinaram, somos obrigados a gerar uma série de paralisações. É uma luta contínua. Além disso, a luta é também para melhorar as condições de trabalho, porque, a cada dia que passa, as condições de trabalho estão ficando mais precarizadas. A terceirização vai aumentando de uma forma muito séria e perigosa. As empresas [contratantes] com essa questão de contrato pelo preço mais baixo, não fazem uma avaliação do perfil da empresa, das condições da empresa [contratada]. (...) A questão acaba parando na Justiça e leva muito tempo para os trabalhadores receberem. (...) O terceirizado está submetido a outra convenção coletiva, que é inferiorizada. (...). Para a jornada de trabalho, a nossa é menor, a deles é maior. Se ele for fazer hora extra, a nossa é 100%, a deles é menor, em alguns casos não difere muito da CLT. Banco de horas? Muitas vezes a empresa dele tem, nós não temos, não aceitamos por princípio”. BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 112-113.

relación contractual contingente; en definitiva, se persigue que los derechos laborales en la empresa sean sustituidos por la concesión o decisión empresarial. No cabe duda que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) surgen como un recurso valioso para dichas formulaciones empresariales, pues facilitan el control centralizado de la actividad laboral en sus más mínimos detalles, y además permiten hacerlo a distancia”⁷⁶¹.

En este sentido, destaca un caso práctico apuntado por Robson, dirigente sindical brasileño, sobre la diferencia de trato de un trabajador de plantilla de un subcontratado que comparten el mismo lugar de trabajo: “Por exemplo, a terceirizada, seja qual fosse - diarista, pessoal de manutenção, pessoal de limpeza, pessoal de vigilância - a gente chegava de manhã, batia o cartão, ia pro refeitório tomar um cafezinho e eles não tinham café. Eles não tomavam cafezinho. A gente entrava no refeitório todo bonitinho, com ar-condicionado, com cafezinho, água, pão com queijo, café com leite. A gente tinha e eles não tinham direito. Eles iam direto para o vestiário. E o vestiário deles era um galpão lá fora. O banheiro era uns tubos de água, só tubo, com torneira - válvula - industrial. Nem torneira de chuveiro era. O piso era uma tábua, por causa da lama embaixo. E, geralmente, ficava visível a tubulação. Uma coisa bem improvisada. Uma condição reforçada pelo quadro de discriminação criado entre os próprios trabalhadores - permanentes e terceirizados -, pois os primeiros tinham as condições oferecidas pelas empresas, como o refeitório, vestiários, banheiros etc. e resistiam em compartilhar esses espaços. Enquanto os terceirizados não podiam usar as dependências da empresa. Segundo Robson, havia uma relação de desconfiança dos trabalhadores permanentes com os terceirizados, já que estes estavam "de passagem" sem sequer ter tempo para conhecê-los e confiar neles”⁷⁶².

Lo ideal sería que los trabajadores subcontratados – como forma de nivelarlos económicamente a los de plantilla de la contratante, y como forma de minimizar la precariedad laboral que pueda existir – deberían tener niveles de salarios iguales a los empleados de la empresa principal. Más específicamente en relación a los convenios colectivos

⁷⁶¹y sigue explicando el autor: “En otras palabras, las TIC abren camino a que la gestión empresarial asuma como uno de sus objetivos la externalización de actividades y con ella de plantillas, adoptando la empresa formas más 'ligeras', que consiguen transferir costes, riesgo e incertidumbre a terceros, a otras empresas, al sector público o a la sociedad y muy en particular a trabajadores, sin que ello, en principio, vaya en detrimento del control del proceso productivo”. ALÓS-MONER, Ramón, Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26, N 1, Madrid, 2008, págs. 126-127.

⁷⁶²BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 117.

en España, conforme el art. 49.1 c)⁷⁶³ y 56.1⁷⁶⁴ ET, ha de decirse que los convenios colectivos de las contratantes que son más sustanciosos o beneficiosos que los convenios colectivos de las contratistas. Por ejemplo, en relación a una hipótesis de antigüedad, en la cual se puede obtener un complemento salarial importante en caso de un trabajador con contrato indefinido⁷⁶⁵. Sería lo que Cruz Villalón llama “segregación negocial”, a pesar de que, como será visto posteriormente, se percibe la preocupación de igualar derechos tanto de los trabajadores de plantilla cuanto de los subcontratados en relación a la seguridad y salud laboral, inclusive motivo tal debido a la alta siniestralidad laboral causada por la subcontratación.

⁷⁶³ El art. 49.1 c) ET expresa: “1. El contrato de trabajo se extinguirá: (...) c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días”.

⁷⁶⁴ El art. 56.1 ET declara: “Despido improcedente. 1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla: a. Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. b. Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

⁷⁶⁵ En este sentido, Montoya Medina explica: “En segundo lugar, si no para conseguir una paridad en los niveles salariales, dada la dificultad práctica que ello conlleva, la negociación colectiva, sobre todo la de empresa, posiblemente pudiera resultar útil como reacción frente a la denunciada “explosión” desmesurada de la descentralización productiva, con el fin de controlarla y reducir el empleo de la contrata a la cobertura de necesidades coyunturales y específicas de la empresa evitando así posibles cesiones ilegales de trabajadores y que el recurso a la subcontratación repercuta negativamente en el nivel de empleo que exista en la empresa. El único problema que, desde mi punto de vista, se podría plantear es si en nuestro Derecho sería posible introducir en Convenio Colectivo, cláusulas del tipo, dirigidas a limitar la facultad libre del empresario de exteriorizar parcelas de actividad, y, de contemplar esta posibilidad, se suscitara la duda de cuál sería la eficacia de estas cláusulas limitadoras. Como se sabe, el art. 85.1 del ET, acorde con el espacio constitucional de libertad de los interlocutores sociales para el ejercicio de su autonomía colectiva, parte de una libertad de fijación del contenido negocial con el único límite del respeto a las leyes, límite que hay que entender referido a los mínimos de Derecho necesario. Asimismo el precepto faculta a los Convenios Colectivos para regular “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo” (...) Por esa razón, en mi opinión, no sólo es conveniente, sino también jurídicamente posible, en primer lugar, regular en los Convenios Colectivos de empresa los supuestos en que se puede recurrir al empleo externo por medio de una contrata y, en segundo lugar, establecer en ellos complementariamente las garantías laborales precisas que rodeen su utilización. El problema de estas cláusulas convencionales es el de su eficacia frente a terceros, concretamente frente a las empresas contratistas, pues podrían resultar de muy dudosa operatividad. Efectivamente, en alguna ocasión la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de una cláusula de este tipo tanto en la relación mercantil entablada entre la empresa principal y la contratista como en las relaciones laborales, y se ha concluido que, dado que la misma forma parte no del contenido normativo del convenio sino del obligacional, sólo podrá afectar a las partes negociadoras del convenio pero no a terceras empresas ni a los trabajadores, por lo que para los casos de incumplimiento de la cláusula convencional, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que puedan ejercitarse entre las partes negociadoras, no podrá declararse la nulidad de la contrata, ni siquiera la existencia de un supuesto de cesión ilegal”. MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 58-60.

También es importante mencionar en España que el problema va más allá del alcance de clasificar el convenio colectivo en un ámbito funcional, sino que cuál - dentro de tantos que son generados por el nuevo modelo de descentralización productiva - de los convenios colectivos pueden ser aplicados a la subcontratación determinada. Inclusive que eso no sea impedimento de utilización de varios convenios, desde que no haya un conflicto de concurrencia⁷⁶⁶.

Tanto en Brasil como en España tales motivos entre otros generados por la descentralización productiva, sean alteraciones estructurales, alteraciones sobre el contenido (menos protector de los derechos laborales) y regulación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva, se comprueba que el sindicato tiene dificultad en recomponer las unidades deshechas de las empresas. Y cada vez que eso ocurre, los sindicatos pierden su referencia en relación a la organización grupal⁷⁶⁷, principalmente lo relacionado a las empresas contratistas de multiservicios. Los trabajadores, en general, están en suspenso, esperando a ser contratados o cuando sean despedidos o pasados a otras empresas subcontratistas. Lo que hace difícil identificar a cuál categoría profesional y consecuentemente qué sindicato pertenece.

⁷⁶⁶ Mayores informaciones véase MENÉNDEZ CALVO, Remedios, Negociación colectiva y descentralización productiva, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009. Conforme Romeral Hernández: "Lo más frecuente es que la contrata quede fuera de la aplicación del convenio aplicable a la principal; sus condiciones de trabajo pasan a ser reguladas por convenios negociados de forma específica para las nuevas empresas, o en sector de actividad distintos. Aunque, no puede decirse que la negociación colectiva haya crecido al mismo ritmo que la descentralización, más bien, se aprecia cierta reticencia a negociar convenios propios de aplicación exclusiva a los ámbitos de las contrata y subcontratas. (...) El resultado es que los trabajadores de la empresa principal normalmente se rigen por convenios colectivos sectoriales o de empresa y la contrata o subcontrata por otros distintos, ya sean de sector o de empresa, según la actividad dominante en cada una de ellas. (...) Lo más normal es que las nuevas empresas, contratistas y subcontratistas, pasen a regularse por un convenio colectivo sectorial, diseñado de forma específica para empresas que realicen una actividad que se encuentra en el radio de acción del convenio; la razón la encontramos en el tamaño de las contrata y subcontratas. En la mayoría de los casos, se trata de empresas de reducidas dimensiones, con trabajadores temporales a las que les resulta difícil crear unidades negociables de ámbito empresarial; por lo que la unidad de negociación idónea para estas empresas es el ámbito sectorial. También encontramos convenios de ámbito empresarial para actividades de nueva creación, cuando las empresas son lo suficientemente grandes para crear unidades de negociación en este ámbito". ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas del trabajo, ETT y contrata, Dykinson: Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006, págs. 110-112. Según este autor, se está produciendo cambios en los ámbitos territoriales, como también en los ámbitos funcionales de algunos convenios de sector, en el cual no dejan solamente de englobar las actividades clásicas, sino que también las actividades similares que fueron surgiendo con el pasar del tiempo.

⁷⁶⁷ Válido es destacar el posicionamiento de Alves Rodrigues, que defiende la teoría de que existe un tratamiento discriminatorio debido a la división de los trabajadores de la propia actividad y los de actividades auxiliares: "(...)decurrente da má-formação de nossa mão-de-obra, associada à idéia de "enxugamento" do quadro pessoal das empresas, que tem estimulado a prática de terceirização, tem levado ao surgimento de categorias de trabalhadores desqualificados, marcadas pelo expressivo exército de desempregados. O surgimento destas "categorias", aliás, representa a perversidade do sistema contra os trabalhadores, em serviços desprovidos de maior profissionalização. Isto porque o grande fomentador do surgimento destas "categorias" é o movimento de terceirização, enquanto o mesmo processou franca dissociação, dentro de uma mesma categoria econômica, de duas classes distintas: de um lado, presentes todos os exercentes de atividades-meio nas empresas; de outro, os empregados exercentes de atividade-fim(...) A criação, dentre os prestadores de serviços, dentro de uma mesma empresa, de categoria profissional diversa da categoria determinada pela atividade econômica da empresa, somada ao fator da desqualificação e despreparo pessoal dos membros desta categoria, bem como o inchaço do exército de desempregados, nesta faixa de trabalhadores, faz com que os mesmos não consigam obter condições de trabalho similares às da outra classe de trabalhadores, eclodindo franco tratamento discriminatório". ALVES RODRIGUES, Bruno, Princípio, Op. Cit., págs.78-80.

En líneas generales, las teorías de la segmentación reconocen la existencia de tres segmentos laborales, que son un reto para la representación sindical realmente efectiva. Existen, según Alós-Moner, los trabajadores primarios independientes, que generalmente son profesionales o técnicos cualificados que destacan, relativamente por salarios y estatus más altos, estabilidad ocupacional y mayor posibilidades de promoción; que son menos protegidos por las leyes laborales a medida que tales normas son sustituidas por códigos internalizados de conducta. Los trabajadores primarios dependientes se caracterizan como un trabajador fordista por su relativamente elevada seguridad en el empleo, y se benefician de las actividades de los sindicatos y de la legislación laboral. En contrapartida con los primeros, estos segundos tienen una autonomía en el trabajo menor y limitada formación profesional dada por la empresa. En relación a los trabajadores secundarios los sueldos y las condiciones de empleo son menores, la inestabilidad laboral y la rotación son elevadas, con pocas posibilidades de promoción, estando sometidos a una disciplina laboral más dura y arbitraria. Como se puede percibir, hay una dualidad entre trabajadores centrales y periféricos, es decir, entre insiders y outsiders⁷⁶⁸.

Es conveniente mencionar de forma amplia y solamente a nivel comparativo la distinción que sea relevante para la explicación relacionada a la subcontratación entre la formación y característica del sindicalismo en ambos países. Empezando por el ordenamiento jurídico brasileño, que adopta la unicidad sindical⁷⁶⁹. Los sindicatos se dividen en tres tipos: la

⁷⁶⁸ Alós-Moner explica : "(...)En efecto, estas últimas tienden a considerar los mercados de trabajo descontextualizados: la dualización laboral se deriva básicamente de los costes de rotación (Friedman y Friedman, 1980; Lindbeck y Snower, 2001), a los cuales contribuyen la legislación laboral, los trabajadores en situaciones laborales privilegiadas (insiders), es decir, los que se benefician de un poder de mercado gracias al contrato fijo, protección legal o negociación colectiva; y se deriva también de la actuación corporativa de los sindicatos, que, según interpretan, en la medida en que actúan en defensa de los afiliados lo hacen en detrimento de los no afiliados, en particular de aquellos sectores más débiles de los mercados de trabajo, los outsiders (así en Polavieja, 2003). Las teorías de la segmentación de los mercados de trabajo, en contraste, se han ido perfeccionando al incorporar aportaciones de los estudios de género, de la producción - reproducción y otros; con ello hoy se entiende que los mercados de trabajo deben explicarse a partir de un análisis interdisciplinar que, como afirman Holgate et al. (2006), debe integrar clase, género y etnia, esfera privada y esfera pública, aspectos materiales y aspectos culturales; a lo cual añadido, un análisis también biográfico. De ahí que las relaciones entre oferta y demanda de trabajo se entiendan como relaciones sociales de empleo (Pahl, 1990; Banyuls et al, 2005) inmersas en tradiciones culturales y contextos económicos, sociales e institucionales que ofrecen determinadas oportunidades, a la vez que limitan el abanico de posibilidades a sus actores (Visser, 2002; Traxler, 2003; Gumbrell-McCormick y Hyman, 2006)". ALÓS-MONER, Ramón, Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26, N 1, Madrid, 2008, págs. 128-129. Mayores informaciones sobre los tipos y características de los trabajadores ora mencionados, véase ALÓS-MONER, Ramón, Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26, N 1, Madrid, 2008. También es válido, a nivel de complementariedad citar, a la Federación Internacional de Sindicatos de la Química, Energía, Minas e Industrias Diversas - ICEM: "Desde luego, muchos trabajadores aceptan trabajos precarios debido a altas tasas de desempleo, donde 'es mejor que nada'. En el pasado, muchos sindicatos han tenido el papel de representar a los trabajadores pobres, no solamente a una parte relativamente 'elitista' de la población activa. Entonces, si bien aceptan una gama más amplia de relaciones de empleo, estos sindicatos han luchado también en favor de convenios con las empresas y de cambios de la legislación laboral para proteger a estos trabajadores". Disponible en: <http://www.icem.org/es/>

⁷⁶⁹ En Brasil, por ejemplo, el derecho laboral colectivo y la labor del sindicato, a nivel de complementariedad comparativa entre los dos países, se encuentran dispuestos en los arts. 8º al 11 CF/88: para que haya validez la fundación de un sindicato deberá no

categoría económica (de los empleadores), conforme al art. 511 §1º CLT, al mencionar que “A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitue o vínculo social básico que se denomina categoria econômica”. El segundo sería la categoría profesional⁷⁷⁰, que son las más utilizados en Brasil, son las que reúnen trabajadores con el vínculo establecido según la actividad económica, similar o conexas del empleador, así expone el art. 511 §2º CLT, que trata del tema: “A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar comprendida como categoria Profissional”. Una parte de la doctrina critica a los sindicatos en relación a los estatutos de los sindicatos profesionales, pues solo protegían a los trabajadores de plantilla, olvidándose de la representación de otros tipos de trabajadores como es el caso de los subcontratados, los de las ETT’s, de los informales, de los autónomos, entre otros⁷⁷¹.

También hay otra división en Brasil de los sindicatos que es por categoría profesional diferenciada, menos representativa comparada con la anterior, conforme al art. 511 §3º CLT,

pedir permiso al Estado, y éste tampoco podrá interferir o intervenir en la organización sindical, pero habrá que ser registrado en el órgano competente, conforme se encuentra expuesto en el art. 8º CF/88. Igualmente tal artículo menciona que habrá unidad sindical, como ya expuesto anteriormente. Dando poder al sindicato de defensa de los derechos colectivos o individuales de sus afiliados, sean en cuestiones judiciales o administrativas. Tal precepto constitucional también regula otros factores: 1. Las cuotas sindicales obligatorias; 2. La libertad de afiliarse o de desistirse a cualquier momento; 3. Es obligatoria la participación del sindicato en los convenios colectivos; 4. El jubilado afiliado tiene derecho a votar y se candidatear en las organizaciones sindicales; 5. Estabilidad provisional en los casos de candidatura, a partir del momento que la hace, a cargo de dirección o representación sindical; siendo elegido, tendrá tal estabilidad garantizada hasta un año después que se termine su mandato, exceptuando, obviamente, los casos en que él cometa algún tipo de falta grave segundo expresa la legislación nacional. Problemas que surgen cuando se trata de un subcontratado, al relacionarse con la empresa contratante, y que también, debido a la rotatividad, no se ubica bien su papel dentro del sindicato brasileño. El art. 9º CF/88 garantiza el derecho a la huelga desde que sea debidamente conforme parámetros legales, mientras que el art. 10 CF/88 determina: “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”. El art. 11 CF/88 determina que en las empresas que tengan mas de 200 empleados, se asegura la elección de un representante para ellos con la finalidad exclusiva de “promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. A nivel constitucional en España, es válido citar el art. 28 CE conjuntamente con el art. 7 CE que tratar respectivamente sobre: 1) de los derechos a la libertad sindical y el derecho a la huelga; 2) los sindicatos y las asociaciones empresariales son las que organizan y proporcionan la defensa y promoción de los intereses de sus representados, respectivamente. Incluso este tema consta de un procedimiento preferente y sumario, y del recurso de amparo ante al Tribunal Constitucional, conforme se encuentra dispuesto en el art. 53.2 CE. Igualmente es importante mencionar el art. 37 CE, en el cual atribuye el derecho a los sindicatos y asociaciones patronales a la negociación colectiva laboral. Y en este caso tendrá la fuerza vinculante tales convenios. También se reconoce el derecho a los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, siguiendo lo establecido por la ley que trata de este tema. Sin perjuicio de las limitaciones que ésta pueda establecer, y también serán garantizados lo necesario para el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

⁷⁷⁰ En este sentido: “Não só as mudanças de base, mas as de categoria, podem também trazer problemas e conflitos. Já em maio de 1993, o DIEESE, na publicação "Os Trabalhadores frente à Terceirização", advertia que a representação sindical pode ser afetada, atingindo trabalhadores que migram para diferentes categorias ainda não organizadas ou retirando-lhes a representatividade. Um exemplo: bancários que trabalham em digitação. Se esta atividade é terceirizada e eles migram para nova empresa, quem os representa? O Sindicato dos Bancários ou o Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados? Nesta situação conflituosa, talvez nenhum deles”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTR, São Paulo, 1997, págs. 95-96.

⁷⁷¹ Véase FERRAZ HAZAN, Ellen Mara, Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente do trabalho e de doenças profissionais?, in AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

que reúne a los trabajadores con la similitud de función o profesión realizada; el ejemplo clásico citado es el de profesor, independientemente si es de enseñanza de nivel medio o avanzado, lo que significa que es de la misma categoría diferenciada. Ésta tiene un estatuto profesional especial resultante de las condiciones de vida singulares. La relación de estas categorías pueden ser encontradas al final de la CLT, y su definición se encuentra en el art. 511 §3º CLT: “Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”.

Diferentemente de España que, en modos generales, el derecho de libertad sindical permite que los trabajadores en activo puedan fundar sindicatos en el nivel que deseen, sin ningún límite, es decir, puede haber sindicatos de empresa y sindicatos que exceden el ámbito empresarial y pueden ser de localidad, provincia, comunidad autónoma o estatal. Y dentro de estos ámbitos geográficos, hay sindicatos de rama de actividad, por ejemplo: FETICO (Federación de trabajadores independientes del comercio), que es un sindicato que agrupa sólo a trabajadores que laboran en el sector comercio, o el SEPLA, sindicato que agrupa sólo a los pilotos de líneas aéreas. Y luego están los sindicatos abiertos a cualquier tipo de trabajadores y sectores, es decir, las centrales sindicales como CC.OO. o UGT, que están compuestas por diversas federaciones.

También existe la representación supraempresarial, desarrollada principalmente por los sindicatos más representativos a nivel estatal, los sindicatos más representativos a nivel de CC.AA. en lo que toca a su región (salvo los convenios colectivos estatales que también les afectan), y los sindicatos simplemente representativos, es decir, los que obtienen en un ámbito funcional y territorial específico el 10% de los representantes en dicho ámbito. Esto significa que no hay un solo representante, sino que todos aquellos que han conseguido un número suficiente de representantes, de acuerdo a los arts. 6⁷⁷² y 7⁷⁷³ LOLS, tienen la capacidad y legitimidad para negociar convenios, representación institucional, etc.

772El art. 6 LOLS determina: “1. La mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical. 2. Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal: a. Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 % o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas. b. Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a). 3. Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para: a. Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista. b. La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los trabajadores. c. Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de

En la empresa, en cambio, residiendo aquí la mayor diferencia entre España y Brasil, estas funciones se realizan a través fundamentalmente de la representación unitaria⁷⁷⁴, es decir, de los delegados de personal (en centros de trabajo de menos de 50 trabajadores) o de los comités de empresa (centros de trabajo de 50 o más trabajadores), quienes son los que negocian los convenios, convocan huelgas, etc. y en el Comité de Empresa, o Delegados de Personal se pueden presentar tanto listas compuestas de afiliados a los sindicatos, a cualquiera de ellos que tenga afiliados en la empresa, o también puede haber listas de trabajadores independientes, pero esto último prácticamente ya no existe. Algunos problemas detectados en la subcontratación es el caso de por ejemplo una empresa subcontratista que presta servicios a una principal con varios centros de trabajo, que no llega a una cuota ni siquiera para formar un Delegado de Personal, y con la rotatividad de los trabajadores dificulta más aún. En este caso se puede recurrir a la figura del comité de empresa conjunto o incluso del Comité

consulta o negociación. d. Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo. e. Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones Públicas. f. Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente. g. Cualquier otra función representativa que se establezca”.

⁷⁷³ El art. 7 LOLS expresa: “1. Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: a. Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 % de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal. b. Los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a). Estas organizaciones gozarán de capacidad representativa para ejercer en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma las funciones y facultades enumeradas en el número 3 del artículo anterior, así como la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal. Las organizaciones sindicales que aún no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 % o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, estarán legitimadas para ejercitar, en dicho ámbito funcional y territorial, las funciones y facultades a que se refieren los apartados b), c), d), e) y g) del número 3 del artículo 6. De acuerdo con la normativa aplicable a cada caso”.

⁷⁷⁴ En el caso español (no existiendo tal instituto en Brasil), es importante mencionar que la representación en el centro de trabajo de empresa, para votar y ser votado estar afiliado no es obligatorio, inclusive puede ser un grupo de trabajadores que se organice y gane la candidatura. Tal representación se divide en dos: la primera, - para todos los trabajadores - que son los órganos de representación unitaria o legal, creada por ley conforme el art. 62 ET. Es electiva y obligatoria, siguiendo un número determinado de trabajadores estipulados por tal ley. Se compondrían los delegados de personal, para las empresas que tengan hasta 49 empleados; son representantes impersonales, en el cual podrá ir de 5 hasta 75 representantes, en un mandato de 4 años, la ley da muchas competencias para estos representantes. Tanto es que el art. 68 ET concede ciertas garantías a estos representantes, pudiendo ser de 1 hasta 3 delegados. Se compone un Comité de Empresa u órgano colegiado en el caso que la empresa tenga 50 o más trabajadores, en el cual el ET establece como mínimo 5 miembros. También se encuentra el Comité conjunto o Intercentro. La segunda forma de representación es la sindical, regulada más específicamente en los arts. 8 y 10 LOLS. Ésta puede existir o no, son trabajadores afiliados al mismo sindicato que trabajan en la misma empresa. Pueden constituir una Sección Sindical. Conforme el art. 10 LOLS la Sección Sindical puede elegir un Delegado Sindical - que es diferente del Delegado Personal - dependiendo del tamaño. Normalmente en una empresa mediana y pequeña subcontratista no tiene Sección Sindical, lo que se nota más común en las grandes. También existen los Delegados de Prevención estipulados por el art. 35 LPRL - que se asemeja a la CIPA en Brasil, tema mejor estudiando al tratar de prevención de riesgos laborales en la subcontratación - que suele ser un Delegado Personal o un miembro del Comité de la empresa, no haciendo falta que esté afiliado a un sindicato. Los sindicatos en sí son personas jurídicas sindicales, conforme se encuentra expuesto en el art. 7 CE. Cada uno tiene su estatuto y cargos de varias formas, pudiendo ser de un sector o total, por ser un modelo flexible. Lo más importante a ser comentado es que los sindicatos actúan a ámbito externo de la empresa y no dentro, es decir a nivel general fuera de la empresa.

Intercentros, pero teniendo en cuenta que será respecto de un empresario concreto, solución mejor analizada posteriormente.

En resumen, no hay representación única, ni unicidad de acción en un solo sindicato. Y dentro de los centros de trabajo lo que hay son Secciones Sindicales que tienen libertad para recaudar cuotas, dar información sindical a sus afiliados o a todos los trabajadores, etc. Pero en caso de negociar convenios también pueden hacerlo si su número es mayoritario entre los miembros de la representación unitaria. Es decir, que si sumados todos los miembros afiliados del comité son mayoría, están habilitados para negociar el convenio de la empresa. Lo importante es mencionar que los sindicatos utilizan de estos institutos para la defensa de la clase trabajadora, y caso esos se debiliten, que es lo más probable con la subcontratación, significa decir que también habrá debilidad sindical. El efecto indirecto también temido por los sindicatos además de la precarización de los subcontratados es la precarización para los de plantilla, visto que la tendencia a la subcontratación es intensa donde se puede aumentar el índice del paro no solamente en Brasil o en España, sino que en muchos países, visto que el fenómeno de las contrataciones es mundial.

Es importante citar tales características, no solamente para hacer una comparativa con Brasil, para decir que generalmente las relaciones colectivas en España se dan a nivel del centro de trabajo, visto que este es al ámbito de actuación de los órganos de representación unitaria de los trabajadores. Percibiendo, por lo tanto, que la subcontratación afecta principalmente en relación a la acción sindical de la empresa.

En relación a la división que hace Brasil entre categoría profesional y la categoría profesional diferenciada, en España no hay una división de ningún tipo, puesto que la libertad sindical es un derecho que puede ser ejercido por cualquier trabajador como mejor le convenga. Es decir, que si se desea hacer un sindicato de empresa, en el cual se afilien tanto administrativos, técnicos, o quien quiera, se puede hacer perfectamente. Si se quiere hacer un sindicato, por ejemplo sólo de la construcción de Madrid, se puede igualmente, y si este sindicato luego desea asociarse a UGT por ejemplo, lo puede hacer sin problemas. Las divisiones son académicas en cualquier caso, porque quien decide eso, al final, son los propios afiliados.

La división sindical en España, como se pudo constatar, es bien más compleja. Después de visto, de forma breve, la diferencia de organización sindical en ambos países, se percibe que aun así la problemática sindical, como será mejor expresada en seguida es bastante similar. Por su parte, España ha potenciado una multiplicidad de órganos de representación colectiva, - conforme ya se ha mencionado -, hay una autonomía representativa en donde los sindicatos son la parte fundamental, pero no única de la representación sindical, así como la preponderancia jerárquica de la negociación colectiva sobre la norma laboral; que convierte a ésta, en una norma de aplicación dispositiva a falta de convenio. En Brasil, como en la mayoría de América latina, la representación colectiva de los trabajadores sólo recae en la representación sindical; esto lleva a reflexionar sobre el ámbito de aplicación de la normativa de subcontratación. Ya que en Brasil, no es factible elaborar una normativa que enlace a diversos grupos de representación para efectos de complementar una norma de trabajo colectivo, como sería el caso de la aplicación de normas de subcontratación. Inclusive pensar en la aplicación de normativas sobre subcontratación para los sindicatos que convergen en una obra de contrata o subcontrata, como es el caso de España, resulta complejo e inviable.

En pocas palabras, significa decir – para mayor relevancia del presente estudio -, que en relación al reflejo que la subcontratación causa en los sindicatos este es preocupante, principalmente en Brasil donde hay un sistema mal formulado en que hay pagos obligatorios⁷⁷⁵ como menciona el art. 8º, IV CF/88, y apenas puede tener un sindicato por cada categoría en una misma base territorial, ni existe el permiso constitucional de pluralidad de sindicatos, mientras, como ya ha mencionado en España, hay la autonomía sindical⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ También es válido complementar, expresando que: “Um fator temido pelos sindicatos, e ao mesmo tempo acalentado pelas centrais de trabalhadores, está na migração de grande número de empresas e da implantação de novas para regiões onde as bases sindicais ainda são frágeis. A globalização atraiu um grande número de novas empresas, que estão se instalando em regiões de pouca tradição sindical, carregando terceirizações e mudanças de categoria e de base sindical. Em um primeiro instante, isso pode significar uma fragmentação das atuais bases, tidas como fortes, e seu esvaziamento. (...) Por outro lado, a formação de novos pólos industriais irá a curto e médio prazos dinamizar a atuação sindical dessas regiões, não apenas pelo crescimento da categoria, mas principalmente pelo novo perfil dos empregados exigido pela cada vez maior sofisticação das empresas. Serão mais especializados e com escolaridade mais apurada. Mesmo os sindicatos que hoje se sentem esvaziados estão investindo muito mais na qualidade de seus associados do que no número de seu quadro associativo. Maior conscientização e melhor preparo escolar podem significar lideranças mais fortes e atuações mais firmes”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 92. En España también hay una cuota sindical mensual, generalmente, que sólo la pagan los trabajadores que libremente se hayan afiliado a algún sindicato. Los no afiliados no pagan nunca una cuota sindical. Ahora bien, existe el canon de negociación colectiva, para compensar los gastos que genera la negociación colectiva - y que beneficia a todos los trabajadores, sean o no afiliados a los sindicatos negociadores -, pero este canon es voluntaria. La paga sólo el que quiere. Aunque no se aplica en la práctica, es decir, prácticamente nadie ha pagado este canon nunca, conforme el art. 11 LOLS. En fin, está prohibido totalmente que un sindicato pueda imponer una cuota a nadie, menos a los no afiliados, pero incluso tampoco a los afiliados, si es que éstos no lo aprueban democráticamente.

⁷⁷⁶ Palomeque, a nivel de complementariedad, menciona: “La libertad sindical, el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que les son atribuidas para la defensa de los intereses del trabajo asalariado, constituye, ciertamente, una de las piezas fundamentales del sistema de relaciones laborales propio del Estado social y democrático de derecho (arts. 1.1 y 9.2 CE). La Constitución configura la libertad sindical como un derecho fundamental [«todos tienen derecho a sindicarse libremente», art. 28.1], merecedor por lo tanto del nivel superior de protección y garantía prevista para los «derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 53.2 CE, cfr 64 y 65). La Ley Orgánica

Sin embargo, respecto a la subcontratación propiamente dicha, los impactos causados a los sindicatos son grandes⁷⁷⁷, pues ésta contribuye para la degradación de la identidad colectiva, debilitándolo y ocasionando la competencia entre los propios empleados⁷⁷⁸. Es pertinente el análisis del texto siguiente, sabiendo que tercerización en este contexto se refiere a las contratas y subcontratas: “No caso da nova (e radical) terceirização surge um novo tipo de controle capitalista de produção, operando pelas subcontratantes inscritas no interior do novo espaço da produção redimensionado. Na nova planta industrial, desapareceu – ou diminuiu sobremaneira – o poder de interferência coletiva dos trabalhadores sobre o espaço da produção. A fragmentação (e pulverização) do coletivo operário prejudicou o contrato, por exemplo, da comissão de fábrica com os trabalhadores transferidos (ou com operários de firmas subcontratadas que operam no mesmo espaço de produção). Assim, a nova (e radical) terceirização possui importante – e estratégica – dimensão política, na medida que tende a fragmentar o coletivo operário, debilitando a organização da classe e, por conseguinte, seu poder de resistência (e de barganha) às usurpações do capital”⁷⁷⁹.

11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), contiene, por su parte, en desarrollo del artículo 28.1 CE, y a raíz de la STC 98/1985 [que resolvía un entonces legalmente posible recurso previo de inconstitucionalidad promovido contra el proyecto legislativo aprobado por las Cortes Generales antes de su sanción real], la regulación legislativa de la libertad sindical, para proceder finalmente a la derogación de la preconstitucional y hasta ese momento vigente Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical, y disposiciones de desarrollo [salvo de sus normas «referidas a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales», disp. der. LOLS, cfr 181]”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, págs. 316-317.

⁷⁷⁷En este sentido: “postura sindical: descartam o conformismo diante da terceirização, mas reconhecem publicamente que não podem colocar-se radicalmente contra o tema, reconhecendo a irreversibilidade desta conjuntura, e buscam assumir sua parcela de responsabilidade em um processo sobre o qual podem exercer influência em favor dos trabalhadores, enxergando que o crescimento da produção, novas tecnologias, competitividade e modernização requerem alternativas, como o outsourcing. (...) Mais significativo é o pensamento sindical diante da competitividade. Entendem a terceirização como parte dos objetivos de redução de custos e aumento de flexibilidade, objetivando melhorar qualidade e produtividade. Enxergam uma associação entre estes objetivos e as mudanças tecnológicas, a especialização, a horizontalização ou o core business, e chegam a discutir naturalmente o just in time, a polivalência, células de produção, globalização e outros assuntos correlatos”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 73.

⁷⁷⁸Para complementar, Dantas de Lima expresa: “Outro aspecto a ser observado, segundo os sindicalistas, é o enfraquecimento econômico do sindicato representante da categoria pela perda de associados, desvinculação motivada pela mudança da categoria profissional do trabalhador. O enfraquecimento sindical é mencionado por Arion Romita, ao asseverar: “É certo que a ampliação do setor terciário debilita o sindicalismo histórico. O sindicalismo clássico é vinculado à grande indústria. Podemos afirmar, sem receio de erro, que o sindicalismo é filho da industrialização. Ora a terceirização afeta as fases do proselitismo sindical, reduz as dimensões do efetivo representado e o desbasta das contribuições arrecadadas (...)”.DANTAS DE LIMA, Rusinete, Aspectos teóricos, Op.Cit., pág. 53.

⁷⁷⁹En el mismo sentido de Giovanni Alves, se encuentra a Druck que afirma: “este processo tem sérias implicações sobre a relação dos trabalhadores entre si e com o trabalho, determinando novas identidades sociais. Em geral, extremadamente frágeis, à medida que a referência deixa de ser coletiva ou sustentada em coletivo de trabalhadores e passa a ser individual, fragmentada, alimentada e incentivada pela solidão do mercado. (...) Essa fragmentação da classe, destruição dos coletivos dos trabalhadores, este crescimento acentuado do trabalhador individual têm levado a uma pulverização dos sindicatos, levando-os a desenvolver uma ação marcada, em primeiro lugar, pela concorrência entre eles mesmos, na disputa pelas bases sindicais e, em segundo lugar, por privilegiar o reforço de laços com os ainda incluídos no emprego formal – “a elite” – incapazes de manter a representação dos excluídos – dos desclassificados”. LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização, Op. Cit., págs.179-180.

Otro problema que ocurre en Brasil y en España es la dificultad de afiliación, organización y militancia de los sindicatos ya que hay dispersión por causa de los trabajos realizados por empleados de la contratista, ocasionando la pérdida de la fuerza que tenía antes un sindicato dentro de una empresa, como se había mencionado al principio. Serán analizados más detenidamente soluciones propuestas por diversos autores acerca de la filiación de los trabajadores de la subcontratista. Como por ejemplo de Olmo Gascón, o Godinho y su teoría de que los trabajadores subcontratados hiciesen parte del sindicato de la empresa contratante. Mientras que otros autores definen que la elección debe ser del trabajador si quiere filiarse al sindicato de la contratista o al contratante. Una tercera corriente acredita que ambas teorías no son de todo operantes debido a la alta rotatividad de la plantilla de la empresa subcontratista. Como también hay una parte de la doctrina que apuesta en la reunión de todos los trabajadores subcontratados en un sindicato propio, evitando, de esta forma, que con la rotatividad los trabajadores subcontratados no haya que irse cambiando de un sindicato a otro, mejor detallado posteriormente.

En España, de forma similar que en Brasil, los derechos colectivos de los trabajadores también se ven afectados. No se trata de una privación formal en el ejercicio de sus prerrogativas que todos los trabajadores tienen garantizados por los arts. 7⁷⁸⁰, 28⁷⁸¹ y 129.2⁷⁸² CE, dentro de tantos otros. Y sí problemas, como por ejemplo de filiación de trabajadores subcontratados, la limitada duración de los contratos, la utilización de los subcontratados en cualquier de las empresas que contrata, entre otros elementos que se percibe que los mecanismos institucionales, que garantizan una no garantía de calidad de trabajo y de vida de los trabajadores subcontratados no sea enteramente efectiva.

Otros derechos, como es el caso de la representación de los trabajadores en las empresas contratadas, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga, se ven

⁷⁸⁰ El art. 7 CE expresa: “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

⁷⁸¹ El art. 28 CE determina: “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

⁷⁸² El art. 129.2 CE define: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

dificultados su organización por parte de los trabajadores subcontratados debido a la propia estructura del fenómeno de las contratas y subcontratas. Relacionado al primero, es importante citar a los arts. 4.1.g)⁷⁸³ y 61⁷⁸⁴ ET y siguientes, pues la representación de los trabajadores en si es la premisa fundamental para la realización de los demás derechos colectivos. Todo y cualquier trabajo se ve necesario la representación, tanto de los trabajadores como de los empleadores, para que se puedan ejercer el derecho laboral en sí como es debido.

Tampoco se puede dejar de mencionar que en Brasil el derecho a huelga⁷⁸⁵, según la Ley 7.783/89 se prohíbe la contratación de trabajadores sustitutos en el período de huelga, con algunas excepciones: en los casos de que la huelga abusiva, art. 14 Ley 7.783/89 que es contraria a la ley; o caso la empresa tenga máquinas o servicios que no puedan parar por suponer un daño irreparable para la empresa, conforme se observa: “Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único - Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II - seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho.”

⁷⁸³ El art. 4.1.g) ET aclara: “Derechos laborales. 1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: (...) g. Información, consulta y participación en la empresa”.

⁷⁸⁴ El art. 61 ET pronuncia: “Participación. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título”.

⁷⁸⁵ A nível de exemplo jurisprudencial es válido citar al TRT10 que decidiu sobre los empleados de la contratista CELTINS en huelga: “O presidente do TRT10, Ricardo Machado, indeferiu, por ora, pedido de liminar do requerente SINDUSCON - TO, para que sejam mantidos nos seus postos de trabalho o equivalente a 60% do total de empregados das prestadoras de serviços da CELTINS, empresa responsável de pela distribuição de energia elétrica no Estado do Tocantins, em greve a partir de hoje (18). De acordo com decisão do presidente do TRT10, a própria lei de greve (nº 7.783/79), determina no seu art. 9º que Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento e no seu art. 11 que Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Logo, concluiu o presidente nos autos da mediana cautelar, que partindo-se da premissa fática da deflagração do movimento paredista a presunção é a da observância pelo suscitado - STEET - dos preceitos legais referidos, já que a ninguém é dado desconhecer texto de lei (art. 3º da LICC). Em tal panorama e sem maiores elementos probatórios, não diviso o desembargador Ricardo Machado, por ora, sem audiência da parte contrária, fundamento suficiente a justificar, no caso, a intervenção do Poder Público para compatibilizar o exercício legítimo do direito de greve e o atendimento das necessidades inadiáveis da população. Após manifestação do sindicato dos trabalhadores, o presidente designará audiência de instrução. (...). Publicado em 19 de Julho de 2011 às 10h27”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

El art. 9º Ley 7.783/89 expresa, admitiendo que la empresa y el sindicato pueden formar equipos de trabajo, si no hay acuerdo entre ambas, la empresa puede contratar empleados por el periodo que dure la huelga⁷⁸⁶, segundo el propio precepto legal: “Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento”.

En relación al trabajador subcontratista se supone que no entraría en huelga en la empresa contratante, pues quien paga sus sueldos es la empresa contratista. Caso haya huelga por reivindicaciones contra ésta, la contratante puede demandar la contratista o aplicar la penalización caso haya algo estipulado en el contrato. En todos los casos la sustitución de los empleados, segundo la ley, solamente durará mientras haya la huelga. No pudiendo reemplazar los huelguistas por los nuevos empleados, desde que la huelga obedezca todos los parámetros legales.

En España no tienen por qué entrar en huelga los trabajadores de plantilla de la contratista, porque la huelga es un derecho que se puede o no realizar, el que no quiere sumarse a la huelga lo puede hacer perfectamente. Suponiendo que en una empresa hay una contrata o subcontratas, los trabajadores de estas empresas pueden ir a trabajar perfectamente sin problemas. Lo que no se puede hacer es que la empresa en huelga pida más trabajadores durante la huelga para reemplazar a sus trabajadores huelguistas.

Volviendo a la cuestión de la debilidad sindical, también hay varios puntos de vista que defienden que la subcontratación es buena para los sindicatos, como los de Cavalcante Junior,

⁷⁸⁶ Problema de la precarización de los sindicatos: dificulta la huelga, confunde las representaciones sindicales en relación a las actuaciones y permite mayor desverticalización en las producciones: “Sobre esse aspecto, cabe destacar ainda que a terceirização acaba neutralizando os instrumentos de luta dos sindicatos, como, por exemplo, a greve. Nesse sentido, para os dirigentes sindicais entrevistados, por conta da terceirização, há um esvaziamento nas greves da categoria estudada: Você consegue parar a planta numa Petrobras, por exemplo, numa petroquímica, porque [...] ainda não tem um número de operadores terceirizados dentro dessas empresas que possa assumir a parte de operação do processo. [...] O patronato não arrisca fazer esta substituição porque eles sabem dos riscos, é o patrimônio deles. (...) E a gente sabe que esse trabalhador vai ser terceirizado ou por contrato temporário. Mas essa é uma situação de risco. [...] Mas o que é que acontece? Cria uma pressão de esvaziamento da greve. O que é que a empresa faz numa planta petroquímica? Ela aproveita que toda a manutenção é terceirizada, todas as outras áreas de serviço são terceirizadas, pra fazer serviços que estão pendentes porque precisariam que a planta estivesse parada para serem feitos. (...) A vulnerabilidade social que se espalha com a terceirização não se limita ao plano social, do coletivo, mas atinge o plano do indivíduo e suas representações e a construção de identidade”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 136-137.

Ferreira de Castro y Arion Romita⁷⁸⁷. A pesar de no ser la doctrina mayoritaria, no creen que la subcontratación debilite o pulverice la estructura sindical, y sí que la disminución del tamaño de las corporaciones de trabajadores es necesaria inclusive para la supervivencia del sindicalismo. Según esa tendencia, los sindicatos, como las empresas, debe tornarse más especializados y dirigidos a los intereses de los trabajadores en el local de trabajo y no solamente limitarse a realizar reivindicaciones.

La doctrina mayoritaria en ambos países, como ya se había mencionado, piensa que con la creación de varias empresas contratistas habrá una mayor dificultad de afiliación y por consecuencia, de control de los sindicatos, en el cual se debilita el poder de reclamación y lucha de los derechos laborales. La clave principal es por qué el sindicato se preparará para la nueva estructura de fragmentación empresarial⁷⁸⁸. La subcontratación como los demás usos de las formas de descentralización productiva son los artifices que la empresa tiene para disminuir la posibilidad de resistencia colectiva. Pues no se puede olvidar que el sindicato es una de las principales formas de fuente del Derecho del Trabajo, creando sus propias normas, presionando al Estado en cumplirlas. Como también de ente, a través de la representación de los trabajadores, que hace con que las normas en general obtengan su efectividad real. En el caso Español, aunque hay posturas de las CC.OO. que dice que el sindicato tendrá que poner en juego otras estrategias para poder ser útil a los trabajadores de estas empresas cada vez más pequeñas, sino lo hace perderá mucha afiliación.

⁷⁸⁷Otros autores que expresan lo mismo: "Georges Spyropoulos resalta que o "sindicalismo conhece uma de suas crises mais profundas e se encontra atualmente numa encruzilhada de caminhos. Pode-se observar uma baixa, quase geral, dos efetivos sindicais e, na maioria dos países, a influência dos sindicatos vai diminuindo. Há, além disso, uma crise de credibilidade sindical e uma notável desmobilização dos trabalhadores, em razão da crise econômica, da ameaça do desemprego e da ofensiva patronal, mas também da evolução das mentalidades." Destaca, ainda, que a mundialização da economia, a flexibilização do direito do trabalho, a mudança de comportamento dos empresários, são fatores que estão obrigando os sindicatos a estudar novas estruturas para que possam sobreviver. Ademais, como refere Larissa Martins da Silva, "...poderão ser criados novos sindicatos, principalmente de categorias diferenciadas, o que contribuirá para o aperfeiçoamento da mão-de-obra. ". Acresça-se a isso que não haverá perda de receita dos sindicatos, mas, sim, redirecionamento dessas receitas às novas entidades criadas. Constata-se, dessa forma, que a criação de novos sindicatos, ao contrário do que defendem alguns, trará maior identidade à categoria, tornando-a mais forte e fechada em suas reivindicações, possibilitando, inclusive, a participação da entidade sindical, através de acordo coletivo, na própria terceirização". CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, págs. 82-83.

⁷⁸⁸A nível de complementariedad: "Produto da fábrica, o sindicato sempre se moldou segundo a sua imagem. No início do século XVIII, ele e ela estavam ainda "se inventando"; eram mais espontâneos e menos organizados. Pouco a pouco, sindicato e fábrica foram se racionalizando. Na II Revolução Industrial, abrigavam as mesmas multidões, tinham a mesma estrutura vertical, eram cada vez mais fortes e includentes. Mais uma vez, um imitava o outro. Mas um também tentava sabotar o outro. Cada vez que se reorganizava, a fábrica reduzia custos, aumentava a eficiência, mas também tentava dobrar a resistência operária. Aliás, uma coisa dependia da outra. Por sua vez, e como não poderia deixar de ser, as próprias lutas sindicais sempre tomaram a fábrica como referência. Por isso, à medida que ela se alterava, mudavam também as estratégias. O melhor exemplo é a greve típica: tal com o os empresários, que às vezes guardam o seu produto à espera de melhor preço, os trabalhadores aprenderam a estocar a sua energia, para pressioná-los a pagar melhor. E com as greves atípicas não é diferente. Elas se utilizam da própria racionalidade do sistema para agredi-lo, como acontece, por exemplo, quando os operários de um setor-chave da empresa deixam de trabalhar, provocando, "por tabela", a paralisação de todos os outros". VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato, en AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 361.

La nueva morfología del trabajo⁷⁸⁹ trae también, en relación al sindicalismo, cuestionamientos. Hay tendencias que creen que será la fase terminal de este organismo de representación de clases, aunque es una corriente minoritaria. Esto sí se dice también en España, pero que no como un final, sino como un problema grave si no se hace algo al respecto. Es decir, más trabajo y orden para poder entrar en las empresas pequeñas.

Una posición diferente ha sido tomada por Godinho Delgado – que denomina como control civilizatorio - entre otros autores, quienes creen que el encuadramiento de los trabajadores de la contratista debe ser con los sindicatos de las empresas contratantes. Con el argumento de que la real categoría profesional del trabajador es la que labora efectivamente todos los días, por tanto debe pertenecer a los sindicatos de las contratantes. Otros autores como es el caso de Neves Delgado defienden que también puede existir la posibilidad que el trabajador elija, basándose en la democracia y el derecho de elección, si prefiere afiliarse en el sindicato de la contratista o de la contratante.

Finalmente, ha de considerarse que las propuestas antes mencionadas no resultan del todo operantes, ya que los sindicatos se constituyen como coaliciones de trabajadores para el estudio y defensa de determinados derechos, que son objetivados por la actividad principal de la empresa y por las características especiales del trabajo - que en todo momento será la contratista. Lo que lleva a razonar, que sólo es posible afiliarse al sindicato de empresa, que representan los derechos personalizados del colectivo empresarial. Además, que sería imposible afiliar a los trabajadores a las empresas contratantes, debido a la alta rotatividad laboral de los empleados de la contratista, como se puede percibir tanto en Brasil como en España, ya que no hay una estabilidad o seguridad como trabajador de plantilla, porque la contratista solo contrata trabajadores, una vez que ha sido acordado un contrato con la contratante.

El control civilizatorio de la subcontratación es una teoría que trata de ser una manera de contener la explotación del trabajo humano, asegurando la dignidad y buena conservación

⁷⁸⁹Segundo Antunes, la nueva morfología del trabajo significa también un nuevo diseño de las formas de representación de las fuerzas sociales del trabajo. Conforme él: “Se a indústria taylorista e fordista é parte mais do passado do que do presente (ao menos enquanto tendência), como imaginar que um sindicalismo verticalizado possa representar esse novo e composto mundo do trabalho? Uma conclusão se impõe, à guisa de provocação: hoje devemos reconhecer (e mesmo saudar) a desierarquização dos organismos de classe. A velha máxima de que primeiro vinham os partidos, depois os sindicatos e, por fim, os demais movimentos sociais não encontra mais respaldo no mundo real e em suas lutas sociais. O mais importante, hoje, é aquele movimento social, sindical ou partidário que consegue chegar às raízes das nossas mazelas e engrenagens sociais, tocando suas questões vitais. E, para fazê-lo, é imprescindível conhecer a nova (e ampla) morfologia do trabalho, bem como as complexas engrenagens do capital”⁷⁸⁹. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 22.

del trabajo, aunque no es suficiente. La posición unánime de la doctrina es la defensa de la necesidad de una nueva legislación que trate de una forma más explícita el tema. Así como también una mayor concienciación por parte de los empresarios y una preocupación en general con respecto a la calidad de vida reflejada en el bienestar social. Una de las formas utilizadas por los empresarios antes del despido o de la contratación de una empresa contratista, sería el intento de reemplazo del personal, principalmente en los períodos del año de más baja producción y consecuente baja en los lucros. Por el contrario, en vez de tener una ociosidad de mano de obra dentro de la empresa, la organice estructuralmente para aprovechar de otra manera esta fuerza de trabajo de su propio personal.

Tampoco se puede dejar de mencionar una solución apuntada por Viana, al establecer un sindicato propio para todos los trabajadores subcontratistas, como se puede percibir “Assim, a reunião desses terceirizados num sindicato próprio parece mais interessante do que a sua inserção no sindicato ao qual pertencem os efetivos. Aliás, de outro modo, eles correm o risco de ter de pular também de "um sindicato a outro", a cada três meses, o que aumentaria - ao invés de reduzir – a sua natural dispersão. É claro que esses sindicatos tendem a ser mais frágeis, mesmo porque os laços que unem as pessoas também o são. Mas não nos parece haver outra saída. É claro que tudo se resolveria se não houvesse terceirização de qualquer tipo. Mas impedi-la, hoje, parece quase tão difícil quanto abolir a propriedade privada dos meios de produção”⁷⁹⁰.

En España se han sido presentadas algunas propuestas de vías representativas para los trabajadores subcontratados. La primera sería, conforme menciona Olmo Gascón, como Viana en Brasil, de una contratista que tiene dos contratos con dos empresas contratantes distintas; la representación en este caso sería: una representación única para todos los trabajadores de la contratista, o dos representaciones diferentes, una para cada. Existen ventajas e inconvenientes en ambos casos. En la hipótesis de que sea la representación única sería la de que si la contratista tuviera contrato con varias contratantes eso facilitaría para su propio control. Pero también hay una desventaja, pues dependiendo de los trabajos ofrecidos por la contratista, esos a lo mejor no pueden encontrarse en el mismo sector de todos los demás trabajadores. En la segunda opción, la ventaja es la proximidad de los representantes al grupo a ser representado, mientras que el inconveniente de la segunda hipótesis es que quizás no

⁷⁹⁰VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato, en AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág.359.

haya un quórum suficiente, segundo se dicta el art. 62.1 ET, de trabajadores para poder ser ejercida la de representación colectiva. Ambos casos son afectados al existir una contratación corta entre el subcontratado y la contratista, que tampoco no es tan inusual ver tal observación presenciada en la práctica.

Otros autores consideran lo contrario, como Alarcón Bravo de Rueda, en lo que se refiere a la creación de un mismo sindicato propio para todos los trabajadores subcontratados. Para el autor esto no se defiende porque en cada empresa se puede hacer un sindicato, o también afiliarse a una central. Hay que tener en cuenta que en España los convenios son en su mayoría de sector, y por tanto todas las empresas subcontratistas de sector se ven afectadas por el convenio de la construcción. Aunque también una empresa de este sector puede negociar que no se apliquen las cláusulas salariales debido al momento actual de crisis económica mundial.

El sindicato, sin duda, es una de las figuras más importantes a nivel de sujeto colectivo representativo de los intereses del grupo a que representa. Debido a éste entre otros motivos, el sindicato debe tener en cada empresa o centro de trabajo un espacio garantido para ejercer su labor, siempre que siga el rigor legal⁷⁹¹.

Entonces, significa decir, que una parte de la doctrina estima que teniendo en el centro de trabajo una representación sindical que se pueda encajar el trabajador subcontratado, aunque sea de forma temporal (el tiempo que dure sus funciones en la contratante), es más efectivo para la protección de los derechos laborales del trabajador subcontratado. Otra cuestión a ser analizada es la de incluir en los censos electorales tales trabajadores, de esta manera se consolidaría el derecho a la representación de un colectivo específico, aunque esta alternativa parece un poco inviable.

Una diferente forma de solucionar tal problemática presentada por parte de la doctrina española, aunque también tiene sus controversias, es la constitución de Secciones Sindicales conjuntas de los trabajadores de planilla de la contratante y los subcontratados de

⁷⁹¹ En este sentido es válido citar a Olmo Gascón: "Esta opción representativa trasladada a nuestro tema de estudio podría solventar las deficiencias de participación de los trabajadores empleados en contrataciones existentes respecto a los órganos unitarios de representación, dado que la facultad de conformación de secciones sindicales en la empresa se presenta como un buen mecanismo para permitir el ejercicio de los derechos colectivos de aquellos trabajadores sujetos a estrategias empresariales descentralizadoras, o bien, pertenecientes sin más a pequeñas empresas. Desde luego no se trata de una cuestión tan sencilla, efectivamente y como ha señalado la doctrina la dispersa y atomizada realidad empresarial de nuestro país, junto a la débil articulación organizativa sindical, producen un marcado desajuste entre el número de representantes potenciales y reales". OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contrataciones, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 292-293.

las contratistas que trabajen para la primera. Aunque en todos momentos no se puede olvidar que la vinculación contractual siempre será entre el trabajador subcontratado y la empresa contratista⁷⁹².

A pesar de varios cuestionamientos en la doctrina española sobre cómo integrar más el sindicato y las necesidades de protección de los trabajadores subcontratados. El legislador ha apostado en solucionar la problemática subcontratación/temporalidad y precariedad con la edición de los apartados 6 y 7 del art. 42 ET. El primero, en la práctica, está relacionado más para las pequeñas empresas de subcontratación en la cual no tienen una representación legal, pueden presentar “cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral” desde que compartan el mismo centro de trabajo⁷⁹³. Mientras que en el apartado 7 del art. 42 ET, algo más novedoso, y que generalmente se aplica para empresas grandes, en el cual predica que caso hayan órganos de representación en la empresa subcontratista, estos podrán colaborar con los órganos de representación de la empresa principal cuando compartan de forma continuada los centros de trabajo, aunque los subcontratados no tiene el derecho de voto para elección de la representación de la empresa sindical obviamente.

Independiente de la postura que se tome en relación a la forma de sindicalización de los subcontratados, sea en Brasil o en España, es importante siempre existir un buen diálogo entre sindicatos y empresas en el momento de subcontratar, al menos, caso sea efectivada tal subcontratación, significa decir que fue hecha de una forma que transmite seguridad y una buena preservación del medio ambiente laboral. Como también una mayor credibilidad a las empresas que mantienen tal diálogo. Inclusive porque los sindicatos ya tiene la conciencia que en la coyuntura actual es necesario la disminución de la empresa a favor de su propia existencia, y consecuentemente, generando puestos de trabajos, visto que cerrada no hay puestos de trabajo⁷⁹⁴.

⁷⁹²Pertinente al tema expresa Olmo Gascón: “Resumiendo todo el esquema representativo planteado, dadas las especiales circunstancias del trabajo desarrollado a través de contratistas cabe mantener la posibilidad de que los trabajadores externalizados en las empresas principales constituyan cuerpos electorales específicos, mientras que en el supuesto de las secciones sindicales de empresa, no hay impedimento legal para la existencia de secciones sindicales exclusivas de los ocupados en contratistas y subcontratistas, siempre respecto de sus empresarios reales, es decir los contratistas”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratistas, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 298.

⁷⁹³En este sentido: “(...) Es preciso aclarar que en caso de existir ya órganos de representación a nivel de empresa contratista, la creación a nivel de centro de trabajo de la principal, deberá pactarse en convenio colectivo, de la empresa contratista; de lo contrario sería una sobrecarga para el empresario, a la que no está obligado por Ley”. ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas del trabajo, ETT y contratistas, Dykinson: Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006, pág. 88.

⁷⁹⁴Al respecto: “Envolver os empregados que serão afetados por um processo de terceirização, por meio do sindicato, comissões de fábrica ou dos próprios empregados envolvidos, é um aspecto de extrema sensibilidade e vulnerabilidade. Um bom processo de terceirização pressupõe o envolvimento dos empregados, por intermédio de seus representantes reconhecidos, desde o início

El sindicato deberá estar obligatoriamente al tanto del proyecto y cronograma de la empresa para la subcontratación, siempre siendo informado y actualizado del andamio de las resoluciones empresariales. De igual manera es el sindicato que debe trasladar las informaciones a los trabajadores de la subcontratación. También es importante que la empresa dé las informaciones correctas e instrucciones para que no haya alguno inconveniente, ni inseguridad tanto de la parte de los trabajadores de plantilla como la de los subcontratados. Pues solamente con la participación activa del sindicato y las empresas es que se puede hacer una subcontratación responsable.

Otra alternativa apuntada - quizás más viable para el caso brasileño, debido a su unicidad sindical - sería la de dar mayores poderes de actuación a los sindicatos, como es el ejemplo de una mayor libertad de acción, instrumentos que se pueda utilizar contra la despedida arbitraria, mayor amplitud para el derecho de huelga y alternativas contra la represión de los actos anti-sindicales, como también los sindicatos deben aproximarse más de la sociedad civil, pues es uno de los sujetos de politizar la ciudadanía⁷⁹⁵. Para solidificar su

dos estudos de viabilidade, haja ou não perspectivas de se efetivar a terceirização. As razões são simples: qualquer processo de terceirização, em fase de estudos, envolve eventuais interessadas, as quais necessitam, para apresentar propostas, conhecer os processos e exigências da empresa contratante. Isso implica visitas à empresa, contatos e reuniões. (...) Os sindicatos e as comissões de fábrica têm demonstrado disposição para dialogar, maturidade para compreender que a terceirização afinal é necessária para racionalizar, promover produtividade e competitividade e até mesmo para viabilizar a sobrevivência de empresas. Querem somente participar do processo para, em conjunto com os empregados afetados, tomarem decisões apropriadas e garantir a preservação do emprego, mesmo que este se transfira para outra categoria profissional". PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 78-79. En este sentido Pereira da Silva observa: "O combate a ser travado com os patrões em tomo da terceirização não pode ter como horizonte apenas nossa legítima preocupação com a preservação dos salários, do nível de emprego e das condições de trabalho." A reação sindical, como demonstra esse trecho do documento "Os Trabalhadores e a Terceirização", mostra aqui uma mudança de prioridades. A batalha por salários passou a ser regida por regras e por direito adquiridos e incontestados. Agora passam a ser prioridade o rebaixamento salarial, as condições de trabalho e a retração do nível de emprego. E razões históricas (sabemos que a história sempre se repete, mudando apenas nuances) passam a ser argumentos remontados aos séculos XVIII e XIX: "era o subcontrato ou a prática de fazer dos trabalhadores qualificados os verdadeiros empregados de auxiliares sem experiência. Neste trecho, o documento em referência está-se remontando a séculos passados. Alguma diferença dos dias atuais? Os empregos informais, os subempregos, o trabalho domiciliar não existem mais? Se existem, a terceirização não seria uma das causas? Enfatiza o documento sindical referido: "Por tudo isto reafirmamos que a terceirização como precarização de direitos e estratégia de redução de custos deve ser refutada firmemente pelo movimento sindical. Por outro lado, a terceirização vista como um elemento de reorganização da estrutura da empresa, para aumento de competitividade através do incremento da produtividade, deve merecer atenção dos sindicatos". PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 84-85.

⁷⁹⁵ Es crucial las palabras de Alós-Moner: "la participación democrática en la organización se convierte en un aspecto clave. Como manifiestan de manera bastante coincidente (...), los sindicatos tradicionalmente se han apoyado en una participación pasiva, delegatoria, y ésta debe ser sustituida por formas de participación de los afiliados más abiertas, descentralizadas, más directas y variadas. En este sentido la participación debe asumir un triple valor: como procedimiento de gobierno integrador (no unifica dor) de diversidades; como procedimiento que aproxima e involucra al trabajador en la organización (...); y como procedimiento a través del cual se definen intereses y formas de solidaridad. No obstante, no pueden olvidarse las dificultades derivadas de que la participación tiene que ver con relaciones de poder, y, por lo tanto, con resistencias y con discursos legitimadores que pueden hallar espacios favorables en la segmentación de los mercados de trabajo, en la diversidad en grados y en formas de participación en la organización y en la acción colectiva que muestran los trabajadores en función de su adscripción a uno u otro segmento laboral". ALÓS MONER, Ramón, Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26, N 1, Madrid, 2008, pág. 139.

lucha y ampliar el margen de filiación y extender su actuación a los desempleados y a los autónomos que sean económicamente dependientes.

Los trabajadores autónomos eran vistos hace años por muchos sindicalistas como obstáculos a la acción sindical. En la actualidad la gran mayoría de los autónomos son materialmente como trabajadores por cuenta ajena, pero, sin tener los derechos garantizados por la CLT, tampoco pueden tener un sindicato propio, existiendo apenas la opción de afiliarse se quiere a algún de su categoría exististe en el caso brasileño, ya que muchas veces hacen las tareas de un empleado normal y no tiene los beneficios legales, en los casos en que se percibe que son económicamente subordinados. Es decir, el capitalismo consiguió una alternativa para disminuir sus costes, un autónomo que es una mezcla de autonomía y dependencia, como se denota su utilización en la sociedad brasileña infelizmente.

En España, como ya se ha visto, hay un estatuto específico para los autónomos, en el cual no existe la disposición para crear sindicatos solo para los autónomos. Lo que es permitido es que un autónomo que no tenga trabajadores a su servicio pueda afiliarse a un sindicato ya constituido, pero nunca fundar un sindicato sólo para ellos. Lo que sí se puede hacer es una asociación u organización de autónomos, que tiene reconocida la capacidad de negociar con los empresarios.

De tal forma que la legislación laboral debe ser flexible para proteger a los trabajadores de una manera en general, protegerles y garantizarles sus derechos, y en este estudio, protecciones y garantías focalizadas a los trabajadores subcontratados. También este tema debe ser analizado juntamente con todo lo que conlleva una subcontratación en los días actuales. Inclusive es pertinente hacer un estudio detallado de lo que se puede considerar una subcontratación lícita y una cesión ilegal de trabajadores, las ventajas del uso y las formas exactas de utilizarse de la subcontratación.

Obviamente no se excusa la actuación estatal⁷⁹⁶ para hacer nuevas reglas e intermediar a favor del equilibrio de relaciones e intercomunicaciones de ambas partes, que

⁷⁹⁶ A nivel de complementariedad, Alvarez, autor de corriente liberalista brasileña defiende la actuación que debe tener el Estado en la intermediación entre sindicatos y empresas. Éste cree que el desempeño de algunas empresas está siendo molestado por las acciones de los sindicatos y de las exigencias de calidad de las contratantes. Como es el caso, según él, del sindicato de los Metalúrgicos que desde los años 70 viene creciendo. Las manifestaciones se encuentran de forma variada, desde marchas de protesta, huelgas, hasta actos violentos, acciones expuestas arriba. Las negociaciones entre sindicatos y empresas, inclusive con la mediación y participación del gobierno – como representante del interés general – se observan que para que efectivamente tengan éxito deben tener en cuenta varias coyunturas, y, si es el caso, la reducción de impuestos por parte del Estado también es importante.

no necesariamente tienen que ser antagónicas: sindicatos y empresas; y el principio de la libertad de empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores. Todo en búsqueda de que no sea efectiva la precariedad laboral en los casos de subcontratación. Y tratando de precariedad, otro tema es de importante mención: la prevención de riesgos laborales en las subcontrataciones, como será visto a seguir.

10. La prevención de riesgos laborales en la subcontratación

“El lazo esencial que nos une es que todos habitamos este pequeño planeta.

Todos respiramos el mismo aire. Todos nos preocupamos por el futuro
de nuestros hijos. Y todos somos mortales.”

J. F. Kennedy

Desde hace tiempo se admite prácticamente en todo el mundo que las relaciones laborales nacieron acompañadas de condiciones precarias del trabajo, de explotación de mano de obra femenina e infantil – ya analizadas anteriormente -, de casos de acoso, de jornadas laborales excesivas; y también de mala adaptación de las máquinas a los trabajadores, de falta de iluminación y ventilación apropiadas y de una adecuada gestión en materia de salud, higiene y seguridad, entre otras cuestiones⁷⁹⁷.

Todo esto ha conllevado también, de manera inseparable, agresiones al medio ambiente⁷⁹⁸ de una forma general y de otra singular, el medio ambiente laboral, dado que no se puede olvidar que el trabajador, como ser humano, presta su trabajo en un entorno

⁷⁹⁷ En relación al histórico de la prevención de los riesgos laborales: “En gran medida el Derecho del Trabajo surgió para salvar la integridad física y corporal del trabajador, esto es, para imponer una seguridad en el trabajo a través de normas mínimas imperativas. El nacimiento de la legislación preventiva corre en paralelo con la promulgación de las primeras normas laborales y de Seguridad Social a partir del último tercio del siglo XIX. De ahí su carácter inicialmente excepcional y asistemático, que comparte con el resto de la llamada, por entonces, «legislación social». Dato confirmado con sólo atender al Reglamento de la Policía Minera de 1883, al Catálogo de Medidas de Prevención de 1900”. MONEREO PÉREZ, José Luis, Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 24.

⁷⁹⁸ El art. 3º I Ley 6.938/81 determina: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

determinado y forma parte igualmente del medio ambiente⁷⁹⁹. Por ello también es interesante mencionar que el medio ambiente visto de una perspectiva integral⁸⁰⁰, acumula tanto el medio ambiente interno como el externo⁸⁰¹. Inclusive se englobaría la Responsabilidad Social de la empresa, negociaciones colectivas y Control Sindical de las políticas preventivas y ambientales⁸⁰².

El análisis ahora propuesto será solamente en lo que esté relacionado con el medio ambiente laboral y la subcontratación y sus repercusiones, con un mayor enfoque en los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que puede ocasionar la subcontratación. Principalmente porque en España la legislación sobre la subcontratación

⁷⁹⁹ En este sentido es válido expresar una frase de un autor desconocido: “No somos los dueños de la tierra, somos sus hijos. La tierra no pertenece al hombre, sino el hombre a la tierra. Si le hacemos daño, nos lo hacemos a nosotros mismos”. Igualmente es válido citar el concepto de subcontratación responsable de Pereira da Silva: “Vale salientar, finalizando este item, que um processo de terceirização, principalmente quando se busca desenvolver um fornecedor, tenderá ao sucesso na medida em que soubermos entender que não basta muitas vezes transferir ferramentais ou máquinas. Transferir o homem, além de preservar seu emprego, significa principalmente transferir experiência, qualidade e cultura, pontos bastante influentes no sucesso da terceirização”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 31. En este direccionamiento, se encuentra la importancia del ser humano, en este sentido se menciona las empresas (contratantes y contratistas), cuidar del medio ambiente, y más relacionado a este estudio, al medio ambiente laboral.

⁸⁰⁰ A nivel didáctico es importante resaltar que el medio ambiente puede ser dividido en meio ambiente natural, artificial, cultural e medio ambiente do trabalho: “O meio ambiente natural é constituído de recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a fauna e a flora. O meio ambiente artificial é o espaço físico transformado pela ação do homem de forma contínua, tendo em mira a vida em sociedade. Ele se subdivide em meio ambiente urbano, periférico e rural. Já o meio ambiente cultural é constituído por bens, valores e tradições, que fazem parte da identidade e formação de uma sociedade. Finalmente, como meio ambiente do trabalho entende-se o local onde o homem obtém os meios para prover a sua subsistência, podendo ser o estabelecimento empresarial, o ambiente urbano, no caso dos que executam atividades externas e até o domicílio do trabalhador, no caso do empregado a domicílio, por exemplo. Há autores, entretanto, que incluem o meio ambiente do trabalho na classificação ambiente artificial”. MONTEIRO DE BARROS, Alice, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2006, págs. 1034-1035.

⁸⁰¹ En este sentido: “El marco normativo actual es insatisfactorio, porque no contribuye a la organización jurídica de un sistema de gestión integrada de la prevención y seguridad en la empresa, en su dimensión interna y externa. Este marco jurídico insuficiente debe ser sustituido por un sistema integrado y de colaboración internormativa. La transversalidad se impone tanto en el medio ambiente «interno» (medio ambiente de trabajo) como «externo» a la empresa (medio ambiente externo a la organización, pero donde se inserta la propia organización empresarial), entre sí y dentro de cada uno de ellos. Los factores de riesgo y la morfología de los riesgos es un hecho que muestra en sí mismo la conexión entre el riesgo interno y externo y las fronteras a menudo difusas que existen en esa distinción entre «lo interno» y «lo externo» cuando se constata que un mismo riesgo producido por la empresa es al mismo tiempo un riesgo interno que afecta a la seguridad y salud del personal y un riesgo externo que incide en la población indiferencia correspondiente. Desde la lógica estrictamente preventiva no se puede establecer una separación absoluta —y menos aún una desconexión— entre los diversos mecanismos de gestión de los riesgos. (...)Por otra parte, nuestra propia Carta Magna puede aportar cierto fundamento constitucional para la realización de una política de gestión integral de los riesgos. Existe un bloque normativo regulador diferenciado de la calidad ambiental integrado básicamente por el art.45.1 CE (que reconoce el derecho al disfrute de todo ciudadano a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona) y el art.40.2 CE (el cual impone a los poderes públicos la garantía de la seguridad y salud en el trabajo; medio ambiente de trabajo). Ambos preceptos hacen referencia al ambiente bajo puntos de vista diversos, sin que se confundan las respectivas lógicas internas y el ámbito propio de tales disposiciones. Interesa realzar que el art. 45.1 CE, en una interpretación sistemática con todo el conjunto normativo que atiende a la protección de la salud (arts. 15, 40.2 y 43.1 CE), pone de manifiesto que no comprende la tutela específica del trabajador en el lugar de trabajo (esto es, en el medio ambiente «interno» de trabajo). No tendría sentido reiterar esa protección en distintos conjunto normativos. El núcleo normativo de la tutela de la salud laboral reside en el art. 40.2 del texto constitucional, vinculado a los arts. 43.1 y 15 CE. En tales disposiciones de la Carta Magna el derecho a la salud laboral se configura como un derecho social de la ciudadanía (derecho del trabajador-ciudadano), atendiendo a su posición dependiente en el seno de las organizaciones productivas cuya seguridad está en condiciones de garantizar el empleador. El derecho a la seguridad y salud en el ambiente de trabajo es una proyección de la noción de ciudadanía social: un derecho social incorporado al estatuto jurídico-protector del trabajador instituido por el Estado social y bajo su control”. MONEREO PÉREZ, José Luis, Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, págs. 35-37.

⁸⁰² Teoría de Monereo Pérez, encontrada en MONEREO PÉREZ, José Luis, Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 16.

tiene un planteamiento más dirigido a la detención de los riesgos de accidentes laborales. Siendo éste el último tópico del estudio de la precarización laboral en los derechos fundamentales.

La subcontratación no es la causante de la disminución del impacto ambiental, se redistribuye por la proliferación, lo importante son las técnicas usadas para disminuirlo, como será mejor visto seguidamente. En los últimos años han ido cambiando su postura las grandes empresas. En la actualidad se espera más de éstas que un simple desarrollo en la producción y en la comercialización de los productos y servicios. Como también es necesario que extiendan su campo visual mucho más allá que las funciones tradicionales, y tengan en cuenta las preocupaciones y repercusiones que sus actos y actividades provocan en el medio ambiente, repercusiones también en varios grupos específicos del medio ambiente que es el del consumidor, de la salud y seguridad de los trabajadores entre otras cuestiones. Aunque, infelizmente, el desempeño de tal tarea por parte de las empresas, tanto en Brasil como en España, deja de desear.

En contrapartida, la tendencia encontrada en Brasil, como también en España y muchos otros países occidentales, a los desafíos puestos a los pequeños empresarios es que han sido menos rigurosos que los puestos a las grandes empresas, por lo que se percibe que éstas, como forma de supervivencia, optan por la reducción de los impactos ambientales a través de la disminución del tamaño de la empresa, optando por la subcontratación de ciertos servicios⁸⁰³. De esta manera, se percibe claramente que la preservación ecológica, a pesar de ser considerada como una moda, infelizmente, por algunas personas, físicas o jurídicas, y organizaciones, ha sido puesta como prioridad principal. Pues no solamente se trata del cuidado de la naturaleza orgánica y bio-orgánica en sí, como también no se puede olvidar que el ser humano, y en este caso refiriéndose al trabajador de una manera en general, también

⁸⁰³ Como se puede percibir en la explicación del autor: "é característica da maioria das pequenas empresas a simplicidade de seus processos produtivos. Portanto, ao desverticalizar a produção, contratando pequenas empresas para realizar parte de suas operações, a grande empresa poderá diminuir os impactos ambientais que costuma provocar. Entregando etapas de seu processo produtivo a um pequeno empreendedor estará não só simplificando seus processos, mas diminuindo significativamente suas responsabilidades ambientais e aumentando a preservação ecológica. Além do mais, se uma pequena parcela de um complicado processo produtivo for colocada sob a responsabilidade de uma pequena empresa, facilitar-se-á sobremaneira sua fiscalização. Um outro raciocínio é o de que para a grande empresa essa pequena parcela de processo tem pouca importância, ao passo que para a pequena empresa representará, na maioria dos casos, seu principal negócio". "Talvez o maior benefício da terceirização em termos ecológicos seja o fato de que, se, por exemplo, a composição de um produto final de uma grande empresa requiera a mistura de 10 componentes químicos, ao misturá-los tornará o tratamento de seus dejetos extremamente complicado e oneroso. De outro modo, terceirizando parte desse processo, passando para duas outras pequenas empresas etapas que exijam a mistura de dois lotes de três componentes, a grande empresa lidaria com apenas quatro destes e as pequenas, cada uma, com três. Isso tornaria o tratamento dos dejetos muito mais barato e eficiente". ALVAREZ, Manuel S. B., *Terceirização: parceria e qualidade*, Campus, Rio de Janeiro, 1996, págs. 61-62.

forma parte del medio ambiente. La preocupación de los impactos ecológicos de producción de bienes y servicios no puede ser considerado solamente como una cuestión ideológica, y sí, sus repercusiones deben ir más adelante, pues se trata también de una cuestión ética, moral y mercadológica. Pues se percibe la preocupación en el momento de cerrar negocio con las empresas, tal preocupación con el medio ambiente si seguida conforme las reglas hace que esta nueva faceta de la globalización sea más racional y humanitaria⁸⁰⁴.

Igualmente es importante hacer una referencia de que la empresa, como forma de organización establecida por la sociedad, es fruto de la invención humana en la cual permite remunerar a los trabajadores en contrapartida de su tiempo dedicado a la empresa. Pero que éste al mismo tiempo es el consumidor y cliente final, percibiéndose que es algo cíclico. La empresa necesita del consumidor y el trabajador-consumidor de una fuente de renta, que lo más habitual es el empleo, en el cual el agente y sus modificaciones incluyen directamente al medio ambiente. No se puede olvidar tampoco que el medio ambiente laboral es el sitio en que se un trabajador dedica una parte de su vida, en el cual se puede decir que la calidad de vida del trabajador está intrínsecamente ligada con la calidad del ambiente laboral⁸⁰⁵.

De esta manera, todo proceso de subcontratación y cuidados con el medio ambiente tiene como fondo de paño la coyuntura económica global. El modelo económico actual dictado por la 1ª, 3ª y 170 CF/88 y 9.2 y 35.1 CE es bastante claro al estipular la utilidad del trabajo en el atendimento de las necesidades básicas de un ciudadano participante activo, que en este

⁸⁰⁴En este sentido: "Os importadores, principalmente os europeus, já deram mostras de que não estão para brincadeiras. A adoção da ISO 14000 como requisito para fornecimento é uma prova inequívoca de seus propósitos. A distinção dos ecologicamente corretos é bastante simples: nada de negócios com empresas que emporcalham o ambiente. Sem falar nas pressões exercidas por governos e comunidades, mesmo no Brasil. Para se ter uma idéia, os novos donos da Riocell, uma empresa de celulose instalada no Rio Grande do Sul, dizem que "(...) assumiram uma espécie de passivo muito mais preocupante do que eventuais dívidas junto a bancos e fornecedores. Trata-se do passivo ambiental, uma categoria contábil não incorporada aos balanços, mas que é capaz de inviabilizar um investimento". Por possuírem processos mais complexos, envolvendo invariavelmente elevada quantidade de insumos, as grandes empresas produzem dejetos de difícil tratamento. Muitas vezes, eles são lançados em rios e lagos, ou mesmo, na rede pública, e seguem em direção ao mar. Não há dúvidas de que os grandes poluidores das águas, solo e ar sejam as grandes empresas, uma natural decorrência de suas complicadas operações". ALVAREZ, Manuel S. B., Terceirização: parceria e qualidade, Rio de Janeiro, Campus, 1996, págs. 60-61.

⁸⁰⁵Válido es citar la analogía de Pereira da Silva donde hace una comparación de un árbol y una empresa, y el cuidado que esta debe tener con sus empleados para disminuir los accidentes y las enfermedades laborales: "Uma árvore faz parte da paisagem tanto quanto uma empresa da comunidade. Se a árvore suga a seiva do solo, ela projeta também a sombra. A sombra da empresa, que suga a seiva do consumidor, é a sua responsabilidade social. A empresa faz parte da paisagem de sua comunidade ou sociedade em que está inserida. Ela consome energia elétrica, água, ocupa espaço, mutila a sociedade. Diante de uma seguridade absolutamente inoperante e incapaz de atender a seus fins, e diante da ineficiência ou descaso prevencionista das empresas, a indústria cria uma legião significativa de incapazes para o trabalho, decorrência de acidentes ou doenças profissionais. Elas são responsáveis, em face de sua dependência, da sociedade para sobreviver. E são responsáveis em vários aspectos: lazer, amparo social à terceira idade, amparo às vítimas de acidentes e doenças ocupacionais, apoio à educação e formação profissional, aspectos sanitários, preocupação com o meio ambiente e poluição e muitos outros"⁸⁰⁵. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 114-115. También se percibe que los empleados esperan que su empresa tenga mayor respecto humano, apoyo e incentivo hacia el trabajador, igualmente un buen ambiente de trabajo, herramientas fundamentales para un cuidado al medio ambiente interno laboral.

caso se refiere al trabajador y a su familia. De esta forma la organización del trabajo deben ser socialmente justas, obedeciendo a las reglas ecológicamente inteligentes, y consecuentemente sin la precarización del trabajo. De esta manera, se incluye la disminución del paro debido a la búsqueda de la empresa por minimizar los costes, utilizándose de la tecnología actual y de los moldes puestos por la economía de mercado mundial, en detrimento al hombre, visto que éste al fin y al cabo es el destinatario final, reforzando lo dicho antes, de la distribución democrática de las ganancias obtenidas con la expansión de la productividad⁸⁰⁶.

También es importante mencionar la relevancia que tienen los poderes públicos para dotar de efectividad real a los derechos sociales y los derechos laborales propiamente dichos, igualmente en el reconocimiento de tales derechos a los ciudadanos. Como es el caso de la dignidad de la condición humana en el escenario adverso de la flexibilización de las leyes laborales, de la desresponsabilización de las empresas debido a la subcontratación y a los daños causados por éste en relación a la salud en el trabajo. Por ejemplo, el MPT⁸⁰⁷ y la Inspección Laboral en general, conforme se encuentra expuesto en el art. 53⁸⁰⁸ CE.

En relación a la CIPA⁸⁰⁹ - lo que sería lo correspondiente más similar en España el Comité de Seguridad y Salud conforme al art. 38 LPRL - es sabido que el trabajador es expuesto

⁸⁰⁶Al respecto: "Sempre que falamos em desenvolvimento, vêm-nos à mente tecnologias modernas, reengenharia, produtividade, automação, terceirizações e outras ferramentas que apontam para a competitividade. E juntamente pensamos em enxugamento das empresas, corte de postos de trabalho e desemprego. Conciliar desenvolvimento e nível de emprego é possível? Afinal a automação não rouba postos de trabalho apenas por razões de modernização e redução de custos. Elimina postos de trabalho também por razões de insalubridade, em atividades em que esta é incontornável, como em uma linha de prensas". PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, págs. 36-37.

⁸⁰⁷En este sentido es válido mencionar: "O Forumat - Fórum de Proteção ao Meio Ambiente do Trabalho no Estado da Bahia, criado em 2002 por iniciativa do Ministério Público do Trabalho, é constituído por diversas instituições públicas e privadas (...) é um espaço da democracia participativa, preconizada no art. 1º da Constituição Federal, que se propõe a discutir, propor e fiscalizar políticas públicas de saúde e segurança do trabalho, articuladamente, em parceria e cooperação com as diversas entidades que o integram, sob a ótica dos direitos humanos fundamentais de primeira geração, porquanto estes correspondem aos direitos à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana" Las autoras siguen explanando: "O funcionamento do Forumat igualmente se ajusta ao princípio da participação disposto no art. 225, da Constituição Federal, segundo o qual incumbe ao poder público e à coletividade proteger o meio ambiente, cujo dever, portanto, não é apenas do Estado, como organização política, mas de ambos - coletividade e Estado - numa atitude de complementariedade e solidariedade". SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 121.

⁸⁰⁸El art. 53 CE determina: "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

⁸⁰⁹Una de las normas de protección es la institución de la CIPA. La Comisión Interna de Prevención a los Accidentes es un órgano de extrema importancia para la defensa de los derechos de los trabajadores en la empresa, desarrollando todas las actividades necesarias para la prevención de accidentes laborales, éstas están reglamentadas por la NR-5⁸⁰⁹. Otra forma de protección reglamentada por el NR-7 del MT son los exámenes médicos de admisión al trabajo, el de demisión del trabajo, periódicamente ,

a malas condiciones de trabajo. Las condiciones laborales muchas veces no son iguales entre los trabajadores de las contratantes de los de la contratista aunque trabajen juntos. Se percibe que no hay un compromiso de ambas empresas con las precauciones y con la salud de los subcontratados. Los cipistas detectan en varios casos que tanto la contratista como la contratante no solamente se preocupan con la prevención a los riesgos laborales. Como tampoco les gustan los trabajos realizados por los cipistas, no facilitan tales labores. Lo que lleva a ver que muchos cipistas tienen recelos para hablar de lo que se debería hacer correctamente, para prevenir los accidentes por miedo de persecución del presidente de la CIPA que, como ya se sabe, es elegido por la empresa⁸¹⁰.

Se analizará en el próximo apartado la precariedad ocasionada por la subcontratación en el medio ambiente laboral, que es entendida como una degradación del medio ambiente laboral como un todo, y consecuentemente al medio ambiente en general. La subcontratación hace, de alguna manera, que haya un descuido de los principios de la dignidad humana del trabajador, y no se quiere decir que esto la ocasiona el régimen de contrata y subcontratas en sí, sino la manera errónea en que las empresas aplican tal instituto, como será visto a continuación.

en el retorno del trabajo y en los cambios de función del trabajador, forma para la prevenir futuros enfermedades o riesgos de ocurrir accidentes laborales⁸⁰⁹. Otras reglas de protección también son observadas en la CLT, como es el caso de: utilizar dispositivo y válvulas de seguridad en las calderas, hornos y recipientes so presión, y deberá haber un proceso de inspección periódica, apuntada en el registro de seguridad, y contar con prontuario. Deben ser dados para cada trabajador, como se había mencionado, equipamientos de protección individual que estén en perfectas condiciones⁸⁰⁹. Hay también el caso de insalubridad y peligrosidad en el cual son adicionales debido a determinadas actividades que haya algo que atente contra la salud humana arriba de los límites establecidos por el MT. Siendo dividido en tres niveles: máximo, medio y mínimo, mientras que la peligrosidad es debido a actividades que involucren explosivos, inflamables, electricidad o radiación⁸⁰⁹. Y, por ejemplo, el cuidado de movimiento, almacenar y uso de materiales, avisos estandarizados de carga máxima, prohibición de fumar, advertencia cuando la naturaleza peligrosa, precauciones, condiciones mínimas de seguridad e higiene referentes a recipientes y almacenes, primeros auxilios y temas relacionados con la NR-11, entre otras medidas para evitar los accidentes laborales.

⁸¹⁰Almeida expone que: "Essas questões de prevenção são sérias porque, às vezes, os trabalhadores não conhecem nem o que é o PPRA. Eles não são ouvidos sobre os riscos, as condições de trabalho e exposição. (...)Tenho discutido com os contratantes sobre o que vem acontecendo com as contratadas e tenho discutido com a Petrobras. Mas a Petrobras diz o seguinte: "Tenho investido muito em segurança". Tento mostrar para eles que, se estão investindo, não está indo para o local certo, está indo para outro lugar errado. Porque não está alcançando os atores principais, que são os trabalhadores expostos aos riscos. E esse trabalhador precisa ser ouvido. Ai eles passaram a nos dar apoio. Nesse segundo encontro, nós fizemos uma campanha em defesa das mãos. Foi aprovada a criação de um comitê em defesa da mão, porque em três de cada cinco acidentes, as mãos - dedos e mãos - são atingidos". ALMEIDA, Edilson, Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 191. Almeida retrata lo que pasa en el cotidiano de los cipistas en relación a la dificultad de sus entrenamientos debido a la alta rotatividad de estos trabajadores, como se puede percibir: "Primeiro, os trabalhadores, mesmo sendo de manutenção, têm uma rotatividade muito grande. E o treinamento é uma dificuldade muito grande, que leva a essa luta permanente. Nós estamos nesse momento com oitenta cipistas, que estão com uma visão muito importante, um conhecimento dessa questão dá prevenção. Nós formamos e muitos deles, daqui a um mês ou dois, vão ser demitidos, vão para outra base, vão para o Pólo, viajam para outros locais e esse é um problema que, na realidade, contribui para que as condições de trabalho continuem precárias". ALMEIDA, Edilson, Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 193-194.

10.1 La subcontratación y el medio ambiente laboral

“Mantenga la mente abierta, así como la capacidad de preocuparse por la humanidad y la conciencia de formar parte de ella.”

Dalai Lama

455

En la mayoría los estudios académicos sobre la subcontratación, tanto en Brasil como en España, se percibe que una de las preocupaciones, dentro de otras, es la actual situación de las condiciones del trabajo, referidas fundamentalmente al proceso de intensificación del trabajo y de los riesgos, como también la salud de los trabajadores⁸¹¹, que se encuentran en una situación de mayor exposición, independiente de las causas, a los accidentes laborales y a las enfermedades profesionales⁸¹².

Supuestamente, dependiendo de la postura que se asuma, se puede mencionar que una parte de la doctrina liberal, y eso no solamente relacionado a Brasil y España, sino a nivel mundial, afirma que una de las cuestiones positivas que trae la subcontratación es la disminución de los accidentes laborales, a través de una mejor calidad del servicio eliminando las áreas de riesgos e insalubridad. Lo que podría decir que es la práctica de una subcontratación responsable. Los gobiernos son fundamentales en la fiscalización⁸¹³ de tal

⁸¹¹En este sentido: “Na verdade, a Terceirização vem trazendo grandes prejuízos aos trabalhadores. Em primeiro lugar, verificamos a redução do número de empregados, que acontece de início na empresa que terceiriza. A mão-de-obra dispensada não é totalmente absorvida pelas empreiteiras, já que o trabalho é organizado de forma a necessitar de um menor número de funcionários para o mesmo nível de produção. Em segundo lugar, percebemos a degradação generalizada das condições de trabalho, ou seja, salários menores, inexistência de benefícios como alimentação, assistência à saúde e transporte, falta de uma política de treinamento, ritmo de trabalho mais intenso, e até ausência de vínculo empregatício oficial, o que priva o trabalhador de direitos essenciais como o recolhimento de FGTS e INSS. (A visão do sindicato: o outro lado da Terceirização, trabalho de Ruy Costa, diretor do Sindiquímica da Bahia, apresentado no I Fórum RH, em Salvador/BA)”. SOUTO LEIRIA, Jerônimo; SOUTO, Carlos Fernando & DORNELES SARATT, Newton, Terceirização passo a passo. O Caminho para a administração pública e privada. 2ª edição, Sagra-DC Luzzatto, Porto Alegre, 1993, págs. 96-97.

⁸¹² Como se puede observar: “A precarização aliada à terceirização se processa, portanto, em múltiplas dimensões, dentre as quais está a desestabilização do emprego e da condição de assalariado; a precarização das condições de trabalho e organização (tipos de trabalho mais ou menos penosos, intensidade, jornada de trabalho, pausas, pressão de tempo); as condições de segurança e saúde no trabalho (políticas de proteção coletivas, individuais, exposição aos riscos, acidentes, adoecimentos, assistência, tratamento, reabilitação, direito ao afastamento); a pulverização dos coletivos de trabalhadores bem como de suas representações (processo de fragilização sindical, insegurança e vulnerabilidade social, de desenraizamento e desfiliação social)”. BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 116.

⁸¹³ A nivel de complementariedad, en Brasil la Secretaría de Seguridad y Medicina del Trabajo – SSMT, órgano del Ministerio de Trabajo, es responsable por el reglamento de las normas de seguridad y medicina del trabajo. Mientras que el órgano responsable por la fiscalización es la Comisaria Regional del Trabajo – DRTs, que dentro de varias atribuciones pueden imponer multas,

hecho visto que éstos deben penalizar a las empresas, que de alguna manera, intenten aprovecharse de la subcontratación para disminuir los costes de la producción, siendo precarizados los trabajos o no garantizadas las condiciones ambientales necesarias para garantizar una buena seguridad y salud en el trabajo.

Hay autores que al revés de mencionar que la subcontratación en Brasil es algo negativo, como es el caso de Ferreira de Castro, afirman que la subcontratación está íntimamente ligada a una mejoría de la calidad de vida. Dando como ejemplos que ésta posibilita la mejor distribución de riquezas entre el empresario y sus empleados. Y haciendo con que el trabajador participe de la repartición de beneficios de la empresa, fomentando, por consiguiente, la relación empleado/productividad, mejorando la vida del trabajador⁸¹⁴. Hay autores, inclusive, a pesar de ser plasmado tal ejemplo en la práctica, como es el caso de Pereira da Silva⁸¹⁵, que considera que subcontratar empresas para ejercer las actividades de control de la seguridad del trabajo y medicina ocupacional, es una buena alternativa a ser considerada, como sucede en España con la gestión de la prevención de riesgos laborales por los servicios de prevención ajenos, tema que será mejor explicado a seguir.

A nivel internacional es importante mencionar que la OIT trata como base fundamental para la justicia social, conforme se encuentra dispuesto en el Constitución de la OIT, la “protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra

embargar obra, entre otros. Todo para que la empresa cumpla las normas de protección e higiene en el trabajo so pena de responsabilidad penal, civil y administrativa. La DRT en Brasil tiene como obligación inspeccionar y aprobar un establecimiento antes de que este empiece a funcionar, como también siempre que haya modificaciones serán necesaria nuevas inspecciones. Y en los casos de haya necesidad, el comisario podrá imponer la interdicción o el embargo de la obra. En la hipótesis desobediencia de tal imposición podrá ser imputado una penalidad, pero hay una peculiaridad: como ésta es una modalidad condicional de crimen de desobediencia, solamente será punible si el no cumplimiento de la interdicción o del embargo a la obra no haya generado daños a terceros. No se puede olvidar que durante este periodo de intervención o embargo, el trabajador continuará recibiendo su salario normalmente.

⁸¹⁴ Igual plantea Ferreira de Castro que las empresas contratistas se sitúan fuera de los grandes centros que baratea el coste de mantenimiento del local para el empresario y disminuye, generalmente, el tiempo de desplazamiento de los trabajadores al local de trabajo. Como también se percibe que aumenta su tiempo de descanso y de ocio del trabajador, y consecuentemente hay una mejoría en el medio ambiente. Estos fenómenos están intrínsecamente relacionados con los nuevos procesos productivos provenientes de los avances tecnológicos.

⁸¹⁵ Como se puede percibir en su texto: “Até mesmo atividades que hoje, por determinação legal, devem fazer parte do quadro das empresas, como segurança do trabalho e medicina ocupacional, serão futuramente terceirizadas, com o beneplácito de nova legislação. Afinal, se o interesse é proteger o homem, melhor atividade poderá ser executada por terceiros do que por serviços próprios, sujeitos a imposições hierárquicas, que procuram privilegiar o ator produtivo em detrimento do fator humano. É comum hoje verificar-se pressão para inibir afastamentos médicos, aproveitar empregados acidentados em atividades mais leves, dificultar o reconhecimento de doenças profissionais e até mesmo camuflar acidentes do trabalho. As empresas de terceiros, respaldadas por contratos de médio ou longo prazo, são menos vulneráveis a esse tipo de pressão”. PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável: modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997, pág. 48.

los accidentes del trabajo”⁸¹⁶, siendo uno de las Convenciones más representativa en este ámbito es la Convención 155 OIT.

La búsqueda de un trabajo y un medio ambiente laboral decentes ya es una preocupación desde la Declaración de Filadelfia de 1944 hasta los días actuales, como se puede percibir en el informe de la OIT sobre la justicia social para una globalización igualitaria en 2008. Se incluyen investigaciones, estudios y pronunciamientos acerca del tema; y a pesar de todo eso, infelizmente, se percibe que todavía hay precariedad en la seguridad y salud laboral, no solamente en Brasil y España, sino en varias partes del mundo. Con todo, en la Unión Europea se ha legislado profusamente en materia de prevención de riesgos laborales. Destaca en este sentido la sobresaliente Directiva 89/391/CEE⁸¹⁷, conocida como la Directiva marco de Seguridad y Salud Laboral.

Este fenómeno recibe influencia de las nuevas técnicas de descentralización productiva – o como menciona críticamente Michael Burawoy “interiorización del despotismo organizativo” –, y a que lo interesa para este estudio, de la subcontratación, como se puede percibir en las palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: “El mantenimiento de esas cifras

⁸¹⁶ En este sentido, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 01. Sigue expresando el autor que: “El Estudio general de la Comisión de Expertos de la OIT, «Seguridad y Salud en el Trabajo», relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164) y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, se publica en el momento en el que la Organización Internacional del Trabajo se aproxima a los noventa años de su fundación en 1919. En estas nueve décadas la OIT ha venido propiciando un ambiente de trabajo seguro y saludable y ha contribuido de forma decisiva al desarrollo y a la puesta en práctica de conocimientos y de instrumentos jurídicos de control y gestión de los riesgos laborales”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 01.

⁸¹⁷ Palomeque, a nivel de complementariedad, menciona que : “De ese modo, se aprobaba la muy importante Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, sobre la “aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de saludo de los trabajadores en el trabajo” (modificada por la Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo de Consejo, de 20 de junio de 2007), verdadera directiva marco en la materia, de la que hasta el momento han derivado diecinueve directivas “específicas” de aplicación (art. 16 y anexo Directiva 89/391/CEE), que integran un cuerpo normativo de excepcional importancia sobre “disposiciones mínimas de seguridad y salud” relativas a: Los lugares de trabajo (Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, 1ª directiva específica). – La utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo (Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, 2ª directiva específica, modificada por las Directivas 95/63/CE del Consejo, de 5 de diciembre de 1995, y 2001/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de diciembre de 1995, y 2001/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001). – La utilización por los trabajadores de los equipos de protección individual (Directiva 89/656/CEE, de 30 de noviembre de 1989, 3ª directiva específica). – La manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares para los trabajadores (Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, 4ª directiva específica). – El trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, 5ª directiva específica). – La protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que procede a la “codificación” y derogación de la originaria Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, y de sus modificaciones posteriores, 6ª directiva específica). – La protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, que procede a la “codificación” y derogación de la inicial Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, y de sus modificaciones posteriores, 7ª directiva específica) (...)”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos & ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, págs. 273-274.

es posible que se deba en parte a la mayor información disponible, pero también es consecuencia de la globalización, que extiende y desarrolla prácticas de trabajo no seguras, no existiendo en un mundo del trabajo tan cambiante, estrategias supranacionales efectivas para la prevención y control de los riesgos laborales”⁸¹⁸. Principalmente en una época donde se producen bienes inmateriales, es decir, bienes y servicios ofrecidos por Internet y que pueden llegar a cualquier parte del mundo al mismo instante, problemática que también influencia en la inmigración de los trabajadores de plantilla para trabajos inseguros. Y muchas veces no llega a tener sus derechos laborales básicos, al principio, garantizados. Éste es el panorama del nuevo mundo productivo.

De esta forma es importante que haya políticas públicas de gestión de estrategias para la prevención de los riesgos laborales⁸¹⁹. En este sentido, tampoco se puede dejar de

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 02. Y sigue explicando los autores: “La promoción y mantenimiento de la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores en el ambiente de trabajo supone enfrentarse con los riesgos laborales mediante un conjunto de instrumentos de gestión, a través de una estrategia de prevención y con una política sistemática de seguridad y salud. Como estrategia y como política, la seguridad y la salud en el trabajo tienen muchos puntos comunes con otras formas de control y de prevención de los riesgos generados por la industrialización y las tecnologías peligrosas, que suponen estrategias para prevenir, identificar, evaluar y controlar esos riesgos y el diseño de medidas preventivas y medidas de protección básicas para la eliminación o la minimización de los riesgos, condición para la aceptabilidad de actividades peligrosas o generadoras de riesgos. Por otro lado, el desarrollo del derecho a la salud ha incluido cada vez más medidas de carácter preventivo, de evitación de enfermedades, al mismo nivel que la atención y cuidado de patologías”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, págs. 02-03. Más específicamente existen tres instrumentos normativos que tratan sobre el tema: El Convenio 155 OIT, el Convenio 155 OIT de 2006 y la Recomendación 197 OIT. En relación al Convenio 15 OIT, uno de los más importantes a ser citado en este momento, en el cual regula los derechos y deberes de los trabajadores y de sus representantes. En este sentido: “El deber fundamental de los trabajadores es el de cooperación, que permite medidas disciplinarias al trabajador que no coopere e incumpla las normas de seguridad en el lugar de trabajo, citándose como práctica correcta la española. Es bien sabida la dialéctica entre la representación «general» de los trabajadores y los representantes específicos, como delegados de comités de seguridad e higiene. El Convenio se refiere genéricamente a los representantes de los trabajadores en la empresa y la Recomendación habla de forma más específica de los delegados o comités de seguridad e higiene”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 10.

⁸¹⁹ En este sentido: “Para lograr ese objetivo, la política nacional de prevención de riesgos laborales deberá tener en cuenta las esferas esenciales de la acción preventiva, que según el art. 5, son: el control de los componentes materiales del trabajo; la adaptación del medio ambiente de trabajo a los trabajadores; la formación de las personas que participan en la actividad laboral; la comunicación y cooperación; y la protección de los trabajadores y de sus representantes contra medidas disciplinarias. Este listado de esferas muestra la singularidad del tratamiento de la prevención de riesgos laborales en el Convenio núm. 155 y el evidente contraste con el tratamiento de esa prevención hasta ese momento, donde predominaban los aspectos técnicos sobre lo que cabría denominar aspectos humanos. (...)Una última esfera imprescindible para la acción preventiva es la protección de los trabajadores y sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas «justificadamente», de acuerdo con la política nacional de prevención de riesgos laborales. La materia se trata, no sólo en el art. 5 c) del Convenio, sino también en los arts. 5.3 y 19 f). El Convenio no especifica cuáles son esas medidas de protección, y destaca que sólo se ofrece para las acciones «justificadas», si bien la Recomendación se refiere a quejas o denuncias formuladas de buena fe. Como es sabido, la Directiva 89/391/CEE contiene una disposición similar en su art. 5 e) que ha recogido nuestra Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. El carácter dinámico y de «trabajo en progreso» del Convenio núm. 155, exige la revisión periódica de las medidas adoptadas. Según el Estudio general, ello es un elemento central del enfoque preventivo y un paso crítico para verificar el nivel de coherencia del sistema, y para detectar las esferas de atención, nuevas o preexistentes, que necesitan mejoras adicionales. La naturaleza progresiva y dinámica del instrumento, obliga a exámenes periódicos, globales o sectoriales, a identificar los problemas y estudiar medidas para resolverlos, a definir prioridades y a valorar los resultados. La complejidad de la materia requiere la aplicación de diversas disciplinas y la intervención de muy distintos actores, lo que se refleja en la complejidad de mecanismos institucionales responsables de esa política, y que ejercen muy diversas funciones administrativas, de coordinación, cooperación, estudio y difusión de conocimientos. El Convenio obliga a que se precisen las funciones y responsabilidades de las autoridades públicas y las de los empleadores y otros actores, teniendo en cuenta el carácter complementario de esas responsabilidades, y el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre ellos.”.

mencionar, a pesar de que ya ha sido tratado anteriormente, sobre la sociedad de riesgo⁸²⁰. Ésta originada de los efectos de la globalización de los días actuales, lo que más se genera en la sociedad global es la incertidumbre, y consecuentemente la inseguridad aparece como una de las principales atenciones de la condición humana, y también normas de seguridad laboral pueden no estar colocadas, como deberían ser, en primero plano, cabiendo al gobierno reglamentarlas a fin de que sea protegido los derechos de los trabajadores.

La preocupación por el medio ambiente, como se denota en el libro verde y la tendencia de la flexeguridad y en otros artículos de estudiosos en el tema, está presente en toda la Unión Europea. Inclusive España intenta disminuir las cifras de los accidentes laborales, y como expresa Castillo: “sabemos que la alta tasa de accidentabilidad en la sociedad española, está relacionada con un fenómeno en expansión en todo el mundo: se trata de la descentralización de la producción, de la proliferación de la fragmentación empresarial, de la subcontratación. (...) En sus palabras, cada vez más accidentes se deben “a una maquinaria de una empresa que arrolla a un trabajador de otra empresa (en el mismo centro de trabajo); un trabajador que arranca una máquina que acaba de apagar otro trabajador de otra empresa y provoca el accidente”. La producción justo a tiempo, continuó “aloca la producción”, introduce un “estrés terrorífico”, despliega, hasta límites difícilmente imaginables desde un despacho, la intensificación del trabajo”⁸²¹.

En el informe Durán, sigue explicando el autor, fue reconocida la importancia de analizar las redes de subcontratación de efecto cascada desde un punto de vista de las relaciones de cooperación y/o subordinación entre empresas, y como hacer una organización del trabajado en el centro que a la vez pueda disminuir los riesgos a accidentes laborales, es decir, la búsqueda por un trabajo decente. Inclusive, como será visto más adelante, como

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, págs. 06-07.

⁸²⁰ Al respecto: “En la cultura clásica del riesgo se defiende el principio de libertad de empresa y la comercialización de productos sin trabas —o con los menores límites posibles— en las medidas en que la peligrosidad no haya sido objeto de prueba fehaciente. A diferencia de esa cultura tradicional, en la nueva cultura del riesgo (incertidumbre), fundada en el principio de precaución, se invierte la proposición considerando que la prudencia se impone en tanto no se haya probado la inocuidad (RIECHMANN). Aquí se actúa una cierta inversión de la carga de la prueba. La proyección del principio de precaución es amplia pues incide tanto sobre el plano estrictamente ambiental como en el de la protección de la salud humana. Las medidas de aplicación del principio de precaución se inscriben en el marco general del análisis de riesgos, y más particularmente en la gestión del riesgo. (...)En este orden de ideas se puede apreciar una permanente tensión entre desarrollismo y sostenibilidad en el cuadro del objetivo del desarrollo sostenible. La idea de desarrollo sostenible comporta en sí la exigencia de redefinir el concepto de progreso. Existe una ruptura radical con la ideología del progreso lineal y con el paradigma tecnológico y económico de la civilización industrial moderna tal como ha venido formulándose. Se apunta la necesidad de evitar el que se ha dado en llamar «progreso destructivo». El peligro procede de las desmesuradas proporciones de la civilización científico-técnica industrial”. MONEREO PÉREZ, José Luis, Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, págs. 56-58.

⁸²¹ CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, pág. 07.

repuesta a uno de los movimientos más significativos contra los accidentes laborales en la subcontratación fue la ley en el sector de la Construcción, la Ley 32/2006. Aunque hay también otros ramos que también sufren con los accidentes laborales en la subcontratación, como es el caso del sector turístico-hostelero, servicios bancarios, de informática, transporte, comercio, y también la subcontratación en la Administración Pública, que se puede decir, de forma general, que se encuentra bastante presente en el sector de servicios.

En otras palabras significa todo lo que se ha mencionado hasta entonces en este trabajo, la preocupación del binomio subcontratación/precarización, sin contar con los accidentes laborales que no son computados, como es el caso de los indocumentados en Alicante, los autónomos y jóvenes sin formación que empresas intentan encubrirlos⁸²². A seguir serán vistos los casos de accidentes y enfermedades laborales en la subcontratación y la forma correcta de prevenirlos, que básicamente se puede resumir en que sea cumplida las normas de prevención laboral existentes.

⁸²² En este sentido, Castillo menciona que: "Nuestras autoridades laborales oficiales (el texto está escrito antes del cambio de Gobierno de marzo de 2004) se preocupan más del maquillaje, de que no aparezcan estadísticas de daños, que de evitarlos: CCOO denunciaba en agosto de 2003 que con los nuevos partes de recogida de las información de accidentes se oculta el 25% de los mismos. Además la estadística de accidentes laborales excluye a los inmigrantes sin papeles: 13 de los 37 muertos en accidente laboral en la provincia de Alicante eran indocumentados, por lo que la siniestralidad laboral en esa provincia debe ser incrementada en un 35% en lo que a muertes en el trabajo se refiere (El País. Comunidad Valenciana, 13 de julio de 2003). Tampoco están los trabajadores autónomos en lista: "el 20% de la población activa ocupada, excluidos de las estadísticas oficiales. Según cálculos de la UPTA de UGT, muere un autónomo por accidente profesional cada día de trabajo". Según un estudio llevado a cabo por el Gabinete de Estudios Sócioeconómicos de la Federación Nacional de Autónomos (ATA), que no se limita a los datos estadísticos oficiales, obviamente, 55 trabajadores autónomos murieron en la comunidad autónoma andaluza durante el año de 2002 en accidentes laborales, 11 más que en el año de 2001, situando a Andalucía a la cabeza de los accidentes de trabajo en autónomos, junto a Barcelona y Madrid (El País. Andalucía, 24 de febrero de 2003). En la Comunidad de Madrid, el año 2001 se cerró con un incremento notable de la siniestralidad laboral: 196 muertos. Los obreros muertos se caracterizaban por ser eventuales, jóvenes y sin apenas formación. En los primeros ocho meses del año 2003, de enero a agosto, el total de accidentes registrados, no se olvide, creció un 1,5%. Las autoridades resaltan que el número de muertos descendió un 7,5% pero las cifras frías son más elocuentes: "sólo" murieron 74 personas, frente a 80 el pasado año". CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, págs. 09-10.

10.2 Accidente del trabajo y subcontratación. La prevención de los riesgos laborales en las contratistas y subcontratadas

“Um dia sem acidente passa despercebido...
Um dia com acidente, jamais será esquecido.”
Segurança do Trabalho & CIA

La subcontratación hace que haya una mayor preocupación con la falta de calificación profesional y alta rotación de los trabajadores entre las empresas contratistas, lo que significa decir que hay un margen mayor para que se sucedan accidentes laborales⁸²³. Aunque no se puede dejar de mencionar que una pequeña minoría doctrinaria liberalista afirma justamente el opuesto, que disminuirá las posibilidades de accidentes dentro de la empresa. Pues se esperará que las contratistas contraten trabajadores calificados, y que empresas contratantes, que no tengan un ambiente de trabajo que comporte muchos trabajadores, sean reducidos los probables accidentes que podrían suceder a vista de que parte de su trabajo sería hecho fuera de tal espacio físico de la empresa.

⁸²³ En relación a los accidentes de trabajo, es pertinente mencionar que esta conceptualmente, conforme la legislación brasileña, pueden abarcar varias modalidades, como es el caso de accidente-tipo y las enfermedades ocupacionales, y éstas se divide en enfermedades profesionales y enfermedades del trabajo, existiendo también todavía los accidentes de trabajo por equiparación. Los accidentes de trabajo, en cualquier una de sus modalidades, solo es indemnizable caso haya la muerte o reducción de la capacidad de trabajar, no siendo caso de indemnización el daño estético desde que no haya causado una reducción de la capacidad funcional. El accidente tipo es el propiamente dicho, un acontecimiento repentino y no previsto que ha sido producido por el ejercicio del trabajo y que ha causado daño al trabajador. Siendo desde una reducción de la capacidad para el trabajo hasta la muerte. La enfermedad profesional, o también conocida como tecnopatía, se refiere a la perturbación de la salud causada por factores adversos típicos de ciertas ramas de actividades, que se presume en tales enfermedades el nexo de causalidad entre el trabajador y la propia enfermedad. Como ese el caso de silicosis que es debida del trabajo en vidrierías, empresas metalúrgicas, mineras, entre otros. La enfermedad silicosis que consiste en la fibrosis nodular de los pulmones y la dificultad para respirar causadas por la inhalación prolongada de compuestos químicos que contienen sílice cristalina. Frecuentemente produce la muerte, causada por respirar algo que contiene partículas muy pequeñas de sílice cristalina. Hay una diferencia entre enfermedad y accidente laboral. La enfermedad del trabajo es una enfermedad atípica, que puede o no estar relacionada con el ejercicio del trabajo, dependiendo de condiciones especiales en el cual él es ejecutado y de la evaluación médica de cada caso particular. En las enfermedades del trabajo, diferentemente de otras enfermedades ocupacionales, no se presume el nexo de causalidad entre el trabajador y la enfermedad. En los casos de enfermedad del trabajo, se encuentran las perturbaciones auditivas, males de la columna vertebral debidas a las posiciones viciosas o de esfuerzo repetitivo. Mientras que el accidente de trabajo por equiparación son los que el trabajo no es causa única del daño, pero solamente una concausa o causa indirecta, como es el caso de las molestias existentes anteriormente de la columna vertebral que fue agravada por el tipo de actividad realizada por el empleado, también es un caso de accidente de trabajo por equiparación los que en cierto caso el trabajo por sí solo no ha causado daño alguno en la salud del trabajador ni tampoco ha agravado nada, pero que tal daño es advenido de factores ajenos al trabajo, pero que por la realización de este labor, o en el local del trabajo, o también por ciertas situaciones equiparadas por ley haya provocado, como es el caso de un accidente in itinere ocurrido en el trayecto del trabajador de su hogar al trabajo. En España también es hecha la distinción entre enfermedad profesional y accidente de trabajo, aunque ambas a partir de la LBSS han sido consideradas como meras causas determinantes de incapacidad, invalidez o muerte. Por accidente de trabajo se entiende, conforme el art. 115.1 TRSS y apartados siguientes, las lesiones relacionadas al trabajo, englobando todos los accidentes, incluyendo el in itinere, los de consecuencia de cargos sindicales, los ocurridos debido al trabajo como es el caso de pulmonías, crisis cardíacas, etc., entre otros atribuidos por la legislación española. Mientras que la enfermedad profesional es considerada las surgidas por trabajo ejecutado por cuenta ajena, habiendo una serie de requisitos exigidos por ley. La cobertura de ambos es hecha por la Seguridad Social, a lo mejor, dependiendo de cada caso con auxilio de Mutuas y empresas, y también puede generar además de las prestaciones de la Seguridad Social, responsabilidades civiles y penales e indemnizaciones por parte de los empresarios culpables.

En España y como en varios otros países, tal teoría también es observada al defender la parte doctrinaria liberal la utilización de la subcontratación. Muchas empresas principales que no es por causa de la subcontratación que haya ocurrido los accidentes y que tampoco aumenta los riesgos de estos mismos; más bien que depende del tipo de subcontratación se aplica, y que la precarización de ésta no se puede ser notada precisamente en las estadísticas directas. Aunque, en la práctica, lo observado es una migración de los índices de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales de la empresa contratante para la contratista, en lo que por cierto, es más difícil de ser vista y también vigilada por los fiscales laborales y por los representantes sindicales⁸²⁴. Mientras que autores como Carelli no solo afirma que no ha migrado, y sí que ha aumentado visto que muchas empresas contratistas no están tan rigurosas con la calidad y con la seguridad, su principal meta es la producción solamente.

Más específicamente sobre la legislación relacionada a la prevención de riesgos laborales que interesa al tema de la subcontratación es válido comentar, en líneas generales, que: en Brasil, del art. 154 al 201 CLT se trata sobre la seguridad e higiene en el trabajo; éste, según la legislación española, es una manifestación del “derecho a la vida y a la integridad física” reconocido en su dimensión laboral por el art. 4.2 d ET y proclamado con carácter general en el art. 15 CE – conforme indica la jurisprudencia constitucional en sentencias como las SSTC 62/2007 y 160/2007, como también es considerado como un “principio rector de la política social y económica” consagrado en el art. 40.2 CE. En el art. 43.1 CE trata sobre el derecho a la protección de la salud, y el 45 CE del derecho al medio ambiente adecuado, que en este caso sería el ambiente laboral. Mientras que en Brasil, la salud a todos corresponde un deber del estado conforme el art. 3º IV⁸²⁵ CF/88 (por tratar de promover el bien de todos los ciudadanos) juntamente con el art. 6º⁸²⁶ CF/88; y en el art. 7º XXVIII⁸²⁷ CF/88 más

⁸²⁴ En este sentido: “Na administração dos contratos devemos lembrar que o contratante também é responsável pela prevenção de acidentes no trabalho. E para assegurar-se de que nessa área o prestador cumpre regularmente as exigências das Normas Regulamentadoras, será necessária uma vistoria nas suas atividades, nas instalações do tomador, para verificar se as normas de prevenção de acidentes estão sendo devidamente cumpridas. O contratante deverá também certificar-se de que o prestador de serviços tomou as suas providências na constituição da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho), do SESMET (Serviços de Segurança e Medicina no Trabalho), e se ele fornece regularmente os equipamentos de proteção individual e instala onde requeridos os equipamentos de proteção coletiva. Se houver áreas insalubres no contratante onde funcionários do contratado devam atuar, será necessário o pagamento, por parte do empregador, do adicional respectivo. O mesmo ocorrerá no caso da periculosidade”. RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, págs. 155-156.

⁸²⁵ El art. 3º IV CF/88 expresa: “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁸²⁶ El art. 6º CF/88 determina: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

específicamente es reconocido el derecho a la salud y a la indemnización por los daños causados relacionados con la salud laboral.

En la legislación española, conforme al art. 40.2 CE, los poderes públicos tienen la competencia de la política en materia de prevención, también regulado en el art. 5 LPRL. Mientras que, en este caso, el empleador contratista tiene que saber la capacidad profesional de sus empleados para adecuarlos a las tareas existentes y darles la formación profesional necesaria para que no haya, en teoría, riesgos laborales, y el art. 15⁸²⁸ LPRL trata de los principios de la acción preventiva que toda empresa debe seguir.

Otro punto interesante a ser mencionado es el art. 14.2 LPRL en el cual especifica que el empresario “deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. (...)”, mientras que en el apartado primero del mismo precepto legal garantiza a todos los trabajadores una protección eficaz en materia de prevención de riesgos laborales, una vez que cada empresario debe tener concienciación de las actividades de riesgos y tomar las prevenciones debidas para que no las suceda. Por eso cada empresa deberá tener su evaluación de riesgos y planificación de las actividades referentes.

El art. 4.7 LPRL menciona que “todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que está expuesto al trabajador”, hacen parte del medio ambiente de trabajo y

⁸²⁷ El art. 7º XXVIII CF/88 expone que: “seguro contra accidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

⁸²⁸ El art. 15 LPRL afirma: “Principios de la acción preventiva. 1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales: a. Evitar los riesgos. b. Evaluar los riesgos que no se puedan evitar. c. Combatir los riesgos en su origen. d. Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud. e. Tener en cuenta la evolución de la técnica. f. Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. g. Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo. h. Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. i. Dar las debidas instrucciones a los trabajadores. 2. El empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas. 3. El empresario adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico. 4. La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras. 5. Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal”.

consecuentemente de la prevención de los riesgos laborales, en el cual se basa en el art. 19⁸²⁹ ET que trata sobre la seguridad e higiene laboral. Como también se percibe que en los arts. 195 a 197 LGSS se trata de incumplimientos en materia de accidentes de trabajo, normas específicas para enfermedades profesionales y responsabilidades por falta de reconocimientos médicos respectivamente.

Lo que significa decir que los empresarios, y en este caso es válido para ambos países, deberán tomar decisiones que aporten medidas de prevención tanto individual como colectiva⁸³⁰, y que forme a sus trabajadores para los casos de medidas de emergencia y de primeros auxilios. Como también tiene derecho de paralización de su trabajo por parte del trabajador caso se encuentre en una situación de grave peligro o inminente para su seguridad o de otros trabajadores, conforme el art. 21.1 LPRL. O también tal paralización puede ser decretada por la Inspección del Trabajo si hace lo vea necesario. Inclusive el deber de

⁸²⁹ El art. 19 ET expone: “1. El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. 2. El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene. 3. En la inspección y control de dichas medidas que sean de observancia obligada por el empresario, el trabajador tiene derecho a participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo, si no se cuenta con órganos o centros especializados competentes en la materia a tenor de la legislación vigente. 4. El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes. El trabajador está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas. 5. Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo; si la petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días, se dirigirán a la autoridad competente; ésta, si apreciase las circunstancias alegadas, mediante resolución fundada, requerirá al empresario para que adopte las medidas de seguridad apropiadas o que suspenda sus actividades en la zona o local de trabajo o con el material en peligro. También podrá ordenar, con los informes técnicos precisos, la paralización inmediata del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente. Si el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75% de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquéllas cuyo proceso sea continuo; tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada”.

⁸³⁰ Más específicamente relacionado con el deber de protección del empresario, y de forma resumida, es válido citar algunos artículos de la LPRL citados por Palomeque: “a) Ejercer el deber general de prevención a partir de un conjunto de principios generales de la acción preventiva (evitar, evaluar y combatir los riesgos; adaptar el trabajo a la persona, seguir la evolución de la técnica; substituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; planificar la prevención y adoptar medidas en las que se anteponga la protección colectiva a la individual, art. 15.1 LPRL). b) Identificar y ordenar los riesgos; planificar la acción preventiva y dotar a los trabajadores de los medios de protección individualizada (art. 16, 17 y 23.1, a,b, y c, LPRL). c) El deber de formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia de prevención de riesgos laborales (art. 19 LPRL). d) Analizar y adoptar las medidas necesarias ante las posibles situaciones de emergencia (art. 20 LPRL) e informar y adoptar las medidas e instrucciones necesarias para que los trabajadores ante riesgo grave e inminente puede interrumpir la actividad o abandonar de inmediato el lugar de trabajo si fuere necesario (art. 21 LPRL). e) La obligación de proporcionar equipos de trabajo y medios de protección adecuados (arts. 15.1, 6 y 17.1 LPRL: equipos de protección adecuados, equipos de trabajo adecuados y seguros y en un medio ambiente – ruido, iluminación, radiaciones, humos, agentes biológicos – controlado y seguro). f) vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo (art. 14.2 LPRL). Ha de quedar sentado que el reconocimiento médico es un derecho de los trabajadores no un instrumento de control en manos del empresario, excepto en supuestos de riesgo o peligro objetivables en la salud de los trabajadores o de terceros (art. 22.1 LPRL y STC 196/2004) o el requerimiento de exámenes médicos previos a la contratación (STS, 28-12-2006). g) Protección específica de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL); protección a la maternidad (art. 28 LPRL); a los menores (art. 27 LPRL) y a los trabajadores temporales o contratados por empresas de trabajo temporal (art. 28 LPRL)”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos & ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, págs. 637-638.

protección por parte de los trabajadores puede ser observado su importancia en varias jurisprudencias como es el caso de la STS 3-12-1997, A. 8929, o STSJ y Cataluña, 25-9-1991, A. 5584.

Volviendo al tema de la prevención y subcontratación en general, el autor Stephen Davis es partidario de la teoría de tercerizar, y en cuestión se engloba los casos de subcontratación, la seguridad del trabajo, según sus pensamientos, es posible contratar auditorías externas indicado por corretoras que tratan de seguros de la empresa, que esté pendiente del uso de los aparatos esenciales a la protección individual del trabajador. Como también la divulgación y creación de la CIPA, juntamente a la realización anual de la Semana interna para la prevención de accidentes del trabajo-SINPAT. Y por último el comprometimiento integral de la cumbre empresarial. De esta forma él afirma que la subcontratación de este sector sería menos costoso para la empresa, no confundiendo con las fiscalizaciones e inspecciones hechas por los fiscales laborales del gobierno brasileño⁸³¹.

En España, por lo que se refiere a los instrumentos de prevención encontrados en el art. 30⁸³² LPRL, se observa que el empresario deberá designar uno o varios trabajadores que se ocupen de la prevención, constituyendo un servicio de prevención o acordará tal servicio con una entidad especializada ajena a la empresa⁸³³, que podrían ser hechos por servicios de

⁸³¹ En este sentido también es válido mencionar a Souto Maior: "Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso, que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a Cipas e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhe são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais"⁸³¹. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A terceirização sob uma perspectiva humanista, en AA.VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 55.

⁸³² El art. 30 LPRL define que: "Protección y prevención de riesgos profesionales. 1. En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa. 2. Los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que están expuestos los trabajadores y su distribución en la misma, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley. Los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior colaborarán entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención. 3. Para la realización de la actividad de prevención, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los artículos 18 y 23 de la presente Ley. 4. Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta garantía alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente. Los trabajadores a que se refieren los párrafos anteriores deberán guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieren acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones. 5. En las empresas de hasta diez trabajadoras, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere el artículo 6.1.e de esta Ley. (...)"

⁸³³ En este sentido: "Esta corriente externalizadora ha contado, además, con una jurisprudencia que ha sancionado la sustitución de recursos preventivos propios y presentes en la empresa por el recurso a los conciertos preventivos con servicios de prevención ajenos. En efecto, "la competitividad de la empresa" y la eliminación de "una dualidad de prestación de unos servicios

prevención ajenos o por sociedades de prevención vinculadas a mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, conforme al art. 32 LPRL. Desde que sigan las limitaciones estipuladas por ley y que sigan lo dispuesto en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el RD 39/1997, en el RD 688/2005 y en la Orden TAS/4054/2005. Como por ejemplo, las empresas con más de 500 trabajadores deberán constituir un servicio propio, o cuanto tenga entre 250 y 500 y desarrolle una actividad relacionadas con exposición a radiaciones, agentes químicos o biológicos, construcción, minería, etc.

En el caso que sea tal prevención hecha por trabajadores designados, estos deberán estar capacitados para ello y tener disponibilidad en general para hacerlo. Sin poder sufrir ningún tipo de perjuicio por estar realizando esa tarea, y gozarán de ciertas garantías en la empresa. De igual forma la empresa deberá facilitar el acceso a la información y documentación a que hagan falta, conforme el art. 18 LPRL, debiendo también estos guardar sigilo profesional sobre las informaciones obtenidas de las empresas⁸³⁴.

Esta teoría en la práctica no resulta bastante convincente en un país con las características que tiene Brasil, inclusive con las tasas del crecimiento de accidentes laborales causados por la tercerización; se puede demostrar que es prácticamente inaplicable y no funcional tal tipo de subcontratación. Por tal razón es importante analizar mejor cómo debe ser considerado un medio ambiente del trabajo sano y las normas para asegurar no solamente que se cumplan tales requisitos, como también ir más allá, que serían las reglas para prevención de accidentes del trabajo, no importando caso el trabajador subcontratado haya sido accidentado en el espacio físico de la contratista o de la contratante.

innecesarios, que es contraria a la «adecuada organización de los recursos»... cuando con el Médico de Empresa no se cubrían todas las necesidades del servicio de prevención", justifican la amortización de este puesto de trabajo para garantizar la eficacia organizativa. La externalización no parte de la insuficiencia de los recursos propios, sino del solapamiento o no de la actividad contratada con un servicio de prevención ajeno, de modo que si éste se produce prima la opción externalizadora sobre la complementariedad de los recursos propios con los ajenos, solución que puede quedar cuestionada a partir de la reciente jurisprudencia comunitaria. Este panorama puede verse afectado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2003 (Asunto C-441/01), que se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 7, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 (DM) en relación con la libertad de elección del empresario entre la organización interna y la organización externa de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. El órgano jurisdiccional entiende que la norma comunitaria no sólo establece como finalidad la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, sino que contiene medidas concretas de organización de la protección y prevención establecidas en la norma comunitaria: la designación de uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales (art. 7.1), de una parte, y la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa si las propias son insuficientes para organizar dichas actividades (art. 7.3), de otra". GONZÁLEZ LABRADA, Manuel, Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación, Revista de derecho social N. 27, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2004, pág. 33.

⁸³⁴En los casos que las empresas posean menos de 6 trabajadores, el empresario, en España, puede hacerse personalmente como controlador y vigilante de la prevención de riesgos laborales en la empresa, conforme dispuesto por ley.

En relación a España, importante es mencionar los principales enfoques de la LPRL, que también sirven como principios rectores no solo para Brasil sino que es universal, en relación al deber general de prevención y protección: la obligatoriedad de prevención; las condiciones de trabajo que afectan a la salud de los trabajadores; los accidentes; la prevención frente a todos los riesgos; la integración de la prevención; organización preventiva; evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva; la participación; la formación e información; la vigilancia de la salud; protección adaptada a la especial vulnerabilidad; protección de la maternidad y de la lactancia; protección en caso de riesgos grave e inminente; obligaciones de los trabajadores; reconocimientos médicos de admisión y de revisión, como también los de despido. Igualmente es oportuno citar los servicios de prevención mancomunado podrán ser constituidos, según el art. 21 RSP, en los casos de que empresas desarrollen a la vez sus actividades dentro de un mismo centro de trabajo, y aquellas que pertenezcan a un mismo sector productivo o grupo empresarial. También puede ocurrir, dependiendo de cada caso, la necesidad de medios preventivos adicionales, cuando haya riesgos especiales, cuando los ordinarios puedan agravarse o cuando así lo requiera la Inspección de Trabajo, pudiendo estar compuestos por trabajadores designados por la empresa o por miembros de servicio de prevención propio o ajeno.

También es importante mencionar que el empresario – como debe ser en Brasil, en España y en todo el mundo - tiene el deber de información de los posibles riesgos en su centro de trabajo y a las empresas contratistas en el caso que las haya. Mientras que éstas deberán repasar para sus trabajadores estas informaciones y enseñarles como debe proceder en estos casos o viceversa.

El art. 24 LPRL trata de la información recíproca entre empresarios concurrentes, y sobre la información e instrucciones del empresario titular al resto de empresarios concurrentes. Relacionado con el primero, se establece en carácter general una cooperación mutua entre los empresarios y trabajadores autónomos que desarrollen actividades en el mismo lugar o centro de trabajo. Y lo más importante para el estudio se encuentra en el apartado 3 del mismo precepto legal al afirmar que: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de

riesgos laborales”⁸³⁵. Tampoco se puede dejar de mencionar el RD 171/2004 visto que fue una novedad que introduce España que era el intento por mejorar la subcontratación, principalmente en lo que se discernía a la coordinación entre ambas empresas.

Asimismo son importantes para la prevención las reuniones conjuntas de Comités de Seguridad y Salud de las empresas concurrentes. De la misma forma cada empresario debe avisar a su trabajador de los riesgos que pueden suceder, y estos también deben cumplir las normativas para su propio bien, aunque el empresario tiene, como ya se había mencionado, el deber y obligación de vigilar si tales procedimientos están siendo cumplidos. Tampoco se puede dejar de mencionar que los empresarios deben informar a los representantes de los trabajadores y a los Delegados de prevención en el caso de España y a la CIPA en el caso de Brasil, sobre los probables riesgos y métodos preventivos a ser tomados a fin de evitarlos. Incluso en España constituye un derecho de los delegados visitar ellos mismos y acompañar a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas de verificación del cumplimiento normativo por parte de las empresas, como también dirigirse al empresario y a los coordinadores de las actividades preventivas de las empresas para pedir el cumplimiento adecuado de las normas de prevención de riesgos laborales.

En Brasil, y no diferentemente de España, lo que se ha constatado no solamente por la CIPA sino por los estudiosos del tema, es que los problemas de salud más frecuentes de los trabajadores de plantilla y de los subcontratados, en una encuesta de 2004-2006⁸³⁶, fueron las enfermedades respiratorias, las molestias y las lesiones osteomusculares (dentro de estas una de las más frecuentes fue la LER/DORT⁸³⁷), alteraciones del aparato digestivo y patologías

⁸³⁵ Mayores informaciones véase MIÑARRO YANINI, Margarita, La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, Madrid, 2002.

⁸³⁶ En este sentido, véase estudios de SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

⁸³⁷ Importante es resaltar la falta de cuidado de las enfermedades laborales, como es el caso de la LER/DORT, en el cual Hazan expresa en su libro que trata de salud, seguridad y medicina del trabajo y la tercerización: “as LER/DORT têm sido consideradas um dos mais graves problemas que envolvem o sistema trabalhista vinculado à saúde do trabalhador. As LER/DORT são democráticas. Aparecem tanto nos países centrais, industrializados, quanto nos países periféricos ou emergentes, como no Brasil. Tanto nas empresas tomadoras quanto nas prestadoras de serviços (terceiras). Por ser um dos principais problemas do trabalho vinculado à pós-modernidade, e por entender o Estado que tais problemas estão vinculados às empresas, e não a ele, é que se tem permitido, hoje, todo o tipo de descaracterização desta doença pelo sistema capitalista que se inicia, desde a alteração do nome LER para DORT até a desconfiguração do nexo de causalidade, que é próprio destas lesões, e, muitas vezes, até da própria lesão, como nos afirmam os diagnósticos de fibromialgia, doença hereditária, doenças vinculadas a reumatismo e outras”. FERRAZ HAZAN, Ellen Mara, Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente do trabalho e de doenças profissionais?, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 307. Esta enfermedad es común y poco garantizado su tratamiento, tanto por difícil caracterización, como por el Estado nombrar la responsabilidad para la empresa, una vez que muchas características no tienen una concienciación de las normas contra accidentes laborales. El Orden de Servicios de la Directoría de Seguro Social n. 606, de 5/8/1998, afirma: "2. Conceito. Entendemos Lesões por Esforços Repetitivos - LER - como uma 'síndrome clínica', caracterizada por dor crônica, acompanhada ou não por

cardiovasculares. Más concretamente entre los subcontratados hubo un gran número de traumatismos y quemaduras entre los accidentes laborales. Como también las lesiones dermatológicas, que además de los problemas respiratorios, indican mayor exposición a los riesgos y condiciones inseguras de trabajo⁸³⁸, en el cual una parte se percibe en el sector de la construcción, vigilancia y limpieza.

Los trabajadores subcontratados que trabajan dentro del centro de trabajo de la contratante se encuentran desprotegidos, en lo que señala la doctrina y la jurisprudencia acerca del tema de la prevención de riesgos laborales. Dado que no hay igualdad con el tratamiento otorgado a los trabajadores fijos de la empresa principal, como se ha expresado anteriormente. A pesar de las normas técnicas, en Brasil, se afirma que la contratante es responsable de los trabajadores que laboran dentro de la empresa. Muchos médicos de la contratante no atienden a los trabajadores de la subcontratista, tampoco facilita a la contratista las informaciones relativas al ambiente laboral que el subcontratado trabaja, lo que dificulta el diagnóstico de la enfermedad⁸³⁹.

alterações objetivas e que se manifesta principalmente no pescoço, cintura escapular e/ou membros superiores em decorrência do trabalho. O termo LER é genérico, e o médico deve sempre procurar determinar o diagnóstico específico. Como se refere a diversas patologias distintas, torna-se difícil estabelecer o tempo necessário para uma lesão persistente passar a ser considerada como crônica. Além disso, até a mesma patologia pode se instalar e evoluir de forma diferente, dependendo dos fatos etiológicos. Com todas essas limitações, o que se pode dizer é que as lesões causadas por esforços repetitivos são patologias que se instalam insidiosamente em determinados segmentos do corpo, em consequência de trabalho realizado de forma inadequada. Assim, o nexo é parte indissociável do diagnóstico que se fundamenta numa boa anamnese ocupacional e em relatórios de profissionais que conhecem a situação de trabalho, permitindo a correlação do quadro clínico com a atividade ocupacional efetivamente desempenhada pelo trabalhador, donde a proposta da nova terminologia Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho – DORT”. “Salienta-se que a categoria distúrbios e lesões osteomusculares (especificamente LER/DORT) foi declarada como o segundo problema mais freqüente de saúde entre os trabalhadores - empregados estáveis ou terceirizados - em contraste com os resultados da pesquisa similar realizada em 1993-95 (quando foi referido como quinto problema de saúde mais freqüente)”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 131-132.

⁸³⁸Las autoras, en relación a los probables motivos del aumento de los accidentes laborales de los subcontratados, expresan: “Destacamos, em síntese, três dimensões interdependentes que favoreceram a mudança de comportamento dessas empresas: a omissão ou “ineficiência” no fornecimento das informações decorre, em grande parte, das próprias políticas de gestão corporativa - favorecidas pela flexibilização e terceirização - que conduzem ao apagamento dos vestígios e à desresponsabilidade social, a pesar do discurso em contrario; a redefinição do papel do Estado, e seu encolhimento, enquanto espaço de regulação social, enfraquecendo suas ações de proteção, cumprimento e fiscalização dos direitos sociais, apesar do papel importante que alguns órgãos têm tido; a pulverização/implosão de sujeitos sociais, pela fragilização dos sindicatos e pela crescente individualização das relações sociais”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 131. Es válido resaltar que: “Não foi possível incluir na presente análise os citados fornecidos pelas empresas na pesquisa 2004-2006 sobre as doenças relacionadas ao trabalho, dadas a sua inconsistência e incompletude. Foram utilizadas apenas as informações referentes aos problemas gerais de saúde dos trabalhadores. Pelo mesmo motivo, não foi possível utilizar os dados fornecidos pelas empresas sobre os acidentes de trabalho ocorridos no período entre 1993 e 2003, diferentemente da pesquisa similar realizada entre 1993-1995, quando quinze empresas forneceram dados confiáveis. Vale observar que estes dados revelavam uma elevação das ocorrências e um acometimento proporcionalmente crescente dos trabalhadores terceirizados. A mudança no comportamento das empresas, no que tange à disposição em fornecer informações, tem motivos variados. Estes, sem dúvida, estão relacionados aos fenômenos sociais atuais”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 131.

⁸³⁹ Sin mencionar que algunas de estas enfermedades no es diagnosticadas durante la vigencia del contrato laboral, o por desencadenaren después o por miedo del trabajador ser despedido y quedar sin un puesto de trabajo, y en las hipótesis de diagnóstico tardío, puede ser confundida con una fibromialgia y por la falta del vínculo laboral el INSS no acepta las CAT's emitidas por los sindicatos, lo que ocasiona un alejamiento como una enfermedad común y no como debería ser, una enfermedad laboral.

Numerosos casos de falta de interés en materia de prevención de riesgos laborales⁸⁴⁰ se constatan en el ámbito de la subcontratación en Brasil y en España, como, por ejemplo, de empresas contratantes que tienen equipamientos obsoletos y, en vez de evitar su utilización, los facilitan a las empresas contratistas para que éstas den el seguimiento a los trabajos que antes eran hechos por la contratante. Poniendo mayor riesgo de enfermedades y accidentes laborales a los trabajadores subcontratados⁸⁴¹. O también hay los casos que sencillamente ambas empresas no se preocupan con la fiscalización de las reglas de prevención de riesgos laborales⁸⁴².

La falta de atención a la seguridad laboral en la subcontratación permite que se enmascaren los problemas reales de daños a la salud en el trabajo. Aunque las autoridades competentes siempre están buscando alternativas para que haya tanto una mejor legislación

En este sentido, es válido citar a Hazan: “Só que, como se observa, é muito mais barato para a empresa utilizar o empregado até que a doença se torne crônica, dispensá-lo do emprego ou afastá-lo do trabalho por conta do INSS, do que adotar medidas preventivas necessárias que podem causar mudança na sua estrutura organizacional, custos com novas máquinas, equipamentos e mobiliário, e até mesmo redução da produtividade exigida da máquina humana”. FERRAZ HAZAN, Ellen Mara, Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente do trabalho e de doenças profissionais?, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pág. 311.

⁸⁴⁰ El Estado brasileño, como al parecer el español también, antes de todo, no está adoptando como debería, medidas preventivas para el control de las enfermedades laborales, y se acredita que el coste para el sistema capitalista está arriba de la dignidad de la persona humana. Así que, por omisión, no está fiscalizando las empresas ni tampoco puniendo infracciones debidas para tales enfermedades. Inclusive no cobran a través de acciones regresivas contra las empresas por los costes relacionados a la baja de los trabajadores y sus tratamientos, claro siempre que sea enfermedad tipificada laboral.

⁸⁴¹ En relación al encuadramiento de las LER/DORT, según la Ley 8.213/91, son equiparadas a los accidentes de trabajo, y para su debida aplicación es necesario su diagnostico como enfermedad laboral hecho por la empresa contratante, contratista y por el INSS, lo que dificulta la caracterización por no querer las empresas pagaren el coste y el mantenimiento del trabajador dado por baja por enfermedad laboral. Otra ventaja para la empresa, caso sea el trabajador de baja por enfermedad común y no por laboral, es que no está obligada la empresa a garantizar el contrato laboral del trabajador al regresar de la baja por el periodo de doce meses, conforme el art. 118 Ley 8.213/91, y el trabajador no tendrá el derecho de cobrar de la empresa una indemnización por los daños físicos o morales vinculados a la enfermedad del trabajo, lo que es mas agravado tal problemática si se trata de un trabajador subcontratado pues, debido a todo su contexto de dispersión organizacional sindical, no tiene el amparo asistencial y jurídico como debería tener.

⁸⁴² El TRT 3ª Región ha pronunciado sobre un accidente laboral provocado por uso de uniforme inadecuado, lo cual llevó a la responsabilización de la empresa. Conforme se puede percibir: “A 4ª Turma do TRT-MG, acompanhando voto do Desembargador Antônio Álvares da Silva, declarou a nulidade, por cerceio de defesa, da sentença que indeferiu perícia médica com o objetivo de apurar o grau e a interferência das lesões decorrentes do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante ao tropeçar na barra das calças de seu uniforme e rolar degraus abaixo nas dependências da empresa. Emitida a CAT, o diagnóstico da médica do trabalho descreveu traumatismos superficiais do joelho, tornozelo e ombro direito. Após se afastar, em licença médica, por 14 dias, o reclamante retornou ao serviço e, cerca de um mês depois, foi dispensado sem justa causa, tendo sido considerado apto para o trabalho pelo exame médico demissional. No entanto, existem documentos no processo, provenientes de clínicas diferentes e assinados por profissionais diversos, que atestam dores constantes e incapacitantes que o reclamante fora o único culpado pelo acidente. Entretanto, sofridas pelo autor, com recomendação de tratamento fisioterápico. A sentença havia acolhido a defesa da empresa, considerando no entender do relator, as fotos constantes no processo comprovam evidente culpa da empresa, já que o acidente decorreu do uniforme inadequado, de uso obrigatório da empresa, já que as calças eram realmente largas e muito compridas e, ao que parece, de tecido sintético do tipo liso que, se dobrado, facilmente se desdobra. (...)A decisão tem fundamento nos artigos 159 do Código Civil e 157, inciso II da CLT, pelo qual cabe às empresas instruir os empregados quanto às precauções a tomar para evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. A falta cometida pelo empregador, nesse aspecto, acarreta o dever de indenizar as lesões sofridas pelo empregado, mesmo que levíssimas. Assim, entendendo por evidenciada a culpa da reclamada, a Turma determinou o retorno do processo à Vara de origem para complemento das provas do processo, com a realização de perícia médica para se aferir o grau das lesões decorrentes do acidente, bem como a respectiva interferência delas em sua capacidade de trabalho, devendo ser proferida nova decisão pelo Juiz de 1º grau. Processo: (RO) 00822-2007-038-00-00. Publicado em 16 de Abril de 2008 às 12h35”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

cuanto una mejor fiscalización. En Brasil, por ejemplo, con la Ley 8.213/91 las empresas están obligadas a fornecer una fotocopia de la CAT para el sindicato que el trabajador accidentado esté vinculado, dependiendo también de la acción de cada sindicato correspondiente de denunciar el no cumplimiento de esta exigencia legal. Hay una dificultad a más en relación a los trabajadores subcontratados que trabaja dentro de la contratante, y que pertenecen a otras organizaciones sindicales, pues, como se había visto anteriormente, muchas veces ambas empresas, contratante y contratista, no disponibilizan tales informaciones de forma regular.

Autores, como es el caso de Antunes, afirman que en la práctica las condiciones resultantes de la subcontratación demuestran la existencia de discriminación y precarización del trabajo. Pues, segundo él la tercerización de una manera en general crea una perversa relación de poder entre los propios trabajadores, en el cual el trabajador de plantilla pasa a ser el jefe del trabajador subcontratado⁸⁴³, presionándole a mando de la empresa, a ejecutar tareas peligrosas, o que exigen mayor esfuerzo físico que el subcontratado no está preparado o mismo capacitado, y que muchas veces no es su función hacer tal tarea. Y consecuentemente genera una mayor probabilidad de riesgos a los accidentes laborales y a las enfermedades profesionales⁸⁴⁴, como enseguida será visto el caso de la Petrobrás en Brasil y Repsol en España.

En Brasil las normas reguladoras -NR, en relación al sistema de seguridad y salud de los trabajadores, dejan claro que la responsabilidad es de la contratista en cumplir, aplicar y vigilar los programas de prevención a los riesgos laborales y enfermedades profesionales. Visto que el

⁸⁴³En este sentido: “E tem a questão da hierarquia com o terceirizado - de quem faz e de quem ouve dentro do setor petroquímico e de petróleo - isso remonta ao mesmo modelo da escravidão, de certa forma. Isso não é fácil. Com o processo de terceirização lá na empresa, deixei, muitas vezes, de executar minha tarefa, para chefiar o terceirizado que executava agora minha tarefa. Nós passávamos a ser o chefe do terceirizado. Então, muitos trabalhadores que têm problema de personalidade, de autoritarismo, queriam tratar mal o terceirizado, só porque ele estava, agora, “chefeando” um colega executar um trabalho e tendo ali a prerrogativa de liberar o serviço, acompanhar para ver se está tudo ok. E mais um chefe, é a pressão da pressão da pressão. E a pressão que o chefe (do quadro efetivo) faz nele e ele repassa para o terceirizado e, muitas vezes, sem preparo algum para ser chefe. Sem nenhum preparo, não assistiu nem uma palestra e vai ser chefe e vai comandar pessoas. E aí todas as cargas que ele tem, ele repassa. Então, a discussão da terceirização, quando a gente faz por esse aspecto do acidente, ela complica muito, porque quase todo acidente da indústria petroquímica e de petróleo, 80% são com os terceirizados e com morte também. E não são poucos, a gente está falando de um fato concreto. (...) Nós formamos e muitos deles, daqui a um mês ou dois, vão ser demitidos, vão para outra base, vão para o Pólo, viajam para outros locais e esse é um problema que, na realidade, contribui para que as condições de trabalho continuem precárias”. ALMEIDA, Edilson, Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 193.

⁸⁴⁴ Em relação a este tema, es pertinente expresar: “No campo da organização do trabalho, as pesquisas mostram o grau de invisibilidade desses trabalhadores, à medida que os registros de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais continuam subestimando a realidade, pois em geral não detectam aqueles casos que não pertencem à empresa. Expressão da transferência de riscos e de responsabilidades das grandes empresas sobre segmentos cada vez mais amplos de trabalhadores, através do recurso à terceirização, a exemplo de empresas do setor químico e petroquímico na Bahia, cujo quadro de empregados chega a ser composto por 63,4% de trabalhadores terceirizados contra 36,3% do quadro permanente”⁸⁴⁴. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 51.

Poder Público no vigila ni tampoco tiene medios suficientes, infelizmente, para garantir una fiscalización eficaz. Lo que ocasiona una falta de control de la seguridad en sí y de entrenamientos básicos, en el cual sumado a la alta rotación de los subcontratados hace que haya un aumento de los números de accidentes laborales. En este sentido es pertinente citar un ejemplo de no cumplimiento de las Normas Regulatoras, en la decisión de la 1ª Turma del Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, en mantener la condenación de la Cemig por subcontratación ilícita de mano-de-obra: “ (...) Quanto aos acidentes de trabalho, ficou demonstrado, através dos documentos trazidos ao processo, que ocorreram por descumprimento de Normas Regulamentadoras, por falta de treinamento específico dos empregados e até por má condição de funcionamento de freios de veículos, além da falta de reciclagens periódicas e de fornecimento de EPI e EPC. (...) Por todos esses fundamentos, a Turma manteve a sentença que condenou a ré a adotar medidas de proteção à saúde e à segurança de seus empregados (organização e manutenção de CIPA, treinamento, qualificação, fornecimento de EPI e EPC, jornada de trabalho de oito horas diárias, e quarenta e quatro horas semanais, intervalos interjornada e intrajornada, na forma da lei, entre outras providências), além da indenização por danos morais coletivos, cujo valor deverá ser revertido em favor do FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador”⁸⁴⁵.

Dependiendo, de esta manera, de la responsabilidad y concienciación del medio ambiente humano, del trabajador, en el cual de cierta forma deja el trabajador desprotegido de sus derechos, una vez que las contratistas pueden ser confiables, en este sentido, o no.

⁸⁴⁵Y sigue la justificativa de la decisión: “A condenação envolveu ainda a contratação irregular de estagiários, que trabalhavam como empregados comuns, em franca contrariedade aos objetivos do estágio, instituídos pela Lei nº 6.494/77. Preliminarmente, a Turma afastou as alegações de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a causa e de ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor a Ação Civil Pública que gerou a condenação. Para o relator, considerando a ilegalidade das contratações, prejudiciais aos trabalhadores que prestavam serviço através de outras empresas, e, por outro lado, levando-se em conta a ausência de realização de concurso público, (...)O relator entendeu serem também bastante problemáticos os contratos de estágio em andamento, com os quais, segundo afirmou, “a ré pretendia, tão-somente, ter nos seus quadros, não estagiários, mas empregados de custo barato, à semelhança dos terceirizados, já que realizavam tarefas jungidas à sua atividade-fim”. Ele chama a atenção para o fato de que o número de estagiários era quatro vezes superior ao de empregados. (...) Pelo conjunto de provas trazidas ao processo, o Desembargador concluiu que, nos diversos contratos de prestação de serviços firmados com as empresas prestadoras, os trabalhadores realizaram sempre tarefas ligadas à atividade-fim da Cemig: obras de construção, extensão e modificação de rede, manutenção de iluminação pública, instalação e substituição de ramal de serviço aéreo e medidores, desligamento e religação de unidades consumidoras, entre outros. Ele explica que, embora essas tarefas não estejam incluídas no objeto social da ré, sem a realização desses serviços, a Cemig não poderia jamais vender energia elétrica, nem cobrá-la de quem a consome. (...) Um fato, em especial, no entender do relator, deixa evidente a irregularidade da terceirização: é que empregados das prestadoras de serviços são subordinados aos empregados da ré (superiores hierárquicos), de quem recebem ordens. (...) Em síntese, por ser sociedade de economia mista, a Cemig só pode contratar pessoal por meio de concurso público, sendo a terceirização de serviços reservada a casos especiais (de trabalho temporário ou não ligados à sua atividade-fim). No procedimento adotado pela ré, as contratações eram transitórias em relação a cada empregado, nas permanentes quanto aos postos de trabalho, que se mantinham, sendo preenchidos por listas rotativas de trabalhadores. (...) Várias outras irregularidades foram encontradas pelos fiscais do Ministério do Trabalho, inclusive a existência de trabalhadores que sequer tinham a CTPS assinada pelas empresas prestadoras. Uma delas exigia até que os empregados assinassem documentos em branco para serem preenchidos depois, a critério da empregadora. Foi também constatada a ausência de concessão da folga semanal e dos intervalos para refeição e descanso, além de prorrogação da jornada de trabalho em período superior ao limite legal. Processo: (RO) 01473-2003-004-03-00-4. Publicado em 17 de Dezembro de 2007 às 11h15”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

Inclusive, las empresas contratantes también deben observar si la contratista está desempeñando bien esta responsabilidad que tiene, como es el caso de la Compañía eléctrica del Ceará que se ha comprometido con el Ministerio de Trabajo a trabajar en conjunto con las contratistas para una mejor capacitación y entrenamiento de los subcontratados, visto a los índices de accidentes fatales ocurridos con estos trabajadores. Tema que debería ser hecho por todas las contratantes, inclusive para no tener riesgo de accidentes fatales en su propio recinto⁸⁴⁶.

En relación a las responsabilidades, en Brasil caben tanto las penales, civiles y administrativas, de manera similar a España⁸⁴⁷, conforme se puede ejemplificar uno de los

⁸⁴⁶ Um estudio de campo hecho por las autoras ha dado el siguiente resultado: “Embora todas as dezenove empresas pesquisadas tenham afirmado a existência do programa de treinamento para trabalhadores contratados, a maior parte delas oferece um curso básico de quatro horas de duração, reconhecido por um dos informantes como “um curso que não deve ser considerado”, dado o conteúdo genérico e pouco aplicável ao cotidiano do local de trabalho. As dezenove empresas afirmaram que os trabalhadores terceirizados recebem informações/treinamento concernentes aos riscos específicos do ambiente de trabalho. Os meios mais utilizados para veicular tais informações/treinamentos sobre os riscos específicos, declarados pelas empresas são: treinamento básico segurança de 4h; murais, cartazes, documentos, folders; reunião da Cipa; DDS - Diálogo Diário de Segurança; simulados; curso básico de segurança - 16h (referido por apenas uma empresa)”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 127. También es válido citar que el Forumat desempeñando un papel integrador de los diversos actores sociales que están de alguna manera involucrados a las cuestiones del medio ambiente y las relaciones de trabajo, en el cual los objetivos son: “1) as ações regressivas na área de saúde e segurança do trabalho do INSS; 2) o não acolhimento pelo INSS de “CAT’s emitidas por outros entes legitimados que não o serviço médico do empregador”; e 3) o próprio reconhecimento da importância dos atores sociais para se avançar na melhoria das condições de trabalho: A interlocução entre as instituições - INSS, Secretarias de Estado e Municipais, CRA, Creneb, Crea, Ministérios Públicos Estadual, Federal e do Trabalho, Cesat, Ceresst’s, Ministério do Trabalho e Emprego, Fundacentro e Sindicatos”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 121-122. En este sentido sigue explanando las autoras: “Além disso, a gestão do risco ainda é fortemente centrada em uma cultura normativa, desvinculada do trabalho real, da experiência prática de quem trabalha, da cotidianidade e da complexidade deste cotidiano dentro de um local de trabalho na indústria petroquímica. A gestão democrática da Segurança e da Saúde não é uma realidade. Os trabalhadores são ainda usuários dos serviços dessas áreas com pouca ou nenhuma inserção como sujeitos das políticas traçadas. Falta um diálogo entre gestores, profissionais de saúde e segurança e trabalhadores, que por certo poderia permitir a adoção de concepções mais sensíveis às necessidades de Saúde e Segurança nas fábricas. Em suma, um mundo do trabalho predominantemente terceirizado, como o dessas empresas, dificulta - e pode até mesmo impedir - a consecução de práticas preventivas de segurança e saúde dos trabalhadores. Ademais, alerta-se para a necessidade de cautela na abordagem dos acidentes de trabalho e de outros agravos à saúde”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 125. Tal interlocución es fundamental para la interlocución para la efectividad de la responsabilización de los empleadores por el descumplimiento de las normas de higiene, salud y seguridad del trabajo, conforme expresa Silva y Franco. Tiendo como consecuencia la prevención de de los infortúnios y la mejoría de las condiciones del medio ambiente del trabajo, teniendo como objetivo mayor alternativas para una mejor efectivación en la adopción de medidas judiciales y administrativas pertinentes en los ámbitos de las respectivas atribuciones institucionales, entre otros temas analizados.

⁸⁴⁷ La responsabilidad penal en España se encuentra establecida en los arts. 311 al 318 CPE, en la cual el art. 316 CPE menciona que al faltar la debida prevención o poner en peligro la salud del trabajador en todos los sentidos “serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”, como también sanciones accesorias como la inhabilitación y limitación para contratar con la Administración Pública. Caso este delito ora descrito sea cometido por imprudencia grave, será sentenciado una punición de inferior grado. Mientras que el art. 318 CPE determina que recaerá también tal precepto a los administradores o encargados de servicio que de alguna manera haya contribuido para el delito. Lo que se puede percibir que basta ocurrir el riesgo y comprobarlo ya es una cuestión a ser analizada judicialmente, siendo la responsabilidad traspasada del contratista al empresario principal analizado en juicio cada caso en concreto. En relación a la responsabilidad civil, el párrafo primero del art. 42 LPRL establece, sin perjuicio de las demás responsabilidades (penal o administrativa), las “civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”. Inclusive, caso haya responsabilidad de la Administración Pública como empleador, este será de carácter civil patrimonial, desde que siga los tramites y reglamentos de las legislación pertinente. En lo que discierne de la responsabilidad de la Seguridad Social, que pueden ser por no incumplimiento de las decisiones dadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la autoridad laboral, conforme el art. 195 LGSS. Surgiendo, entonces, una responsabilidad directa del empresario para el pago de las prestaciones reconocidas a los trabajadores segundo el art. 196 LGSS. También es pasible de responsabilidad de Seguridad Social los casos en que sean causadas accidente laboral y enfermedad

casos en el art. 201⁸⁴⁸ CLT. El art. 3º⁸⁴⁹ Ley 9.605/98 impone los tres tipos de penalización al percibir una conducta lesiva al medio ambiente. En España, puede haber una responsabilidad de carácter administrativo que trata de especificar las infracciones en leves, graves y muy graves, conforme los arts. 11 a 13 LIS. Como también lo correspondiente a las sanciones especificadas en los arts. 39 a 42 LIS, pudiendo ser desde multas por las autoridades competentes hasta la suspensión o cierre total de la empresa, limitaciones o prohibiciones de participar de licitaciones con la Administración Pública o poder ser contratada por ésta, etc.

En relación con la formación y el entrenamiento, la realidad apunta que estos no son como lo esperado⁸⁵⁰. En muchas empresas se resumen a enseñar un vídeo al trabajador de plantilla o el subcontratado - generalmente el curso tiene duración de uno o dos días - de cómo debe desempeñar su función. Aunque no retrata la realidad del trabajo en sí, en el cual se comprueba que la preocupación es con la productividad y no con la prevención y salud del trabajador, inclusive hay que ser especificado los materiales a ser usados en cada caso, los riesgos de accidentes y medidas para evitarlos. De esta manera, informando detalladamente de los riesgos a los trabajadores, se conseguiría disminuir, o al menos debería, los accidentes laborales o enfermedades profesionales. Tampoco se puede olvidar de capacitar los encargados de supervisión y los técnicos de seguridad responsables por un sector de la

profesional por infracciones de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, siendo ésta compatible con las demás responsabilidades dichas hasta entonces.

⁸⁴⁸ El art. 201 CLT expresa: “As infrações ao disposto neste Capítulo relativas à medicina do trabalho serão punidas com multa de 3 (três) a 30 (trinta) vezes o valor de referência previsto no artigo 2º, parágrafo único, e as concernentes à segurança do trabalho com multa de 5 (cinco) a 50 (cinqüenta) vezes o mesmo valor. Parágrafo único - Em caso de reincidência, embaraço ou resistência à fiscalização, emprego de artifício ou simulação com o objetivo de fraudar a lei, a multa será aplicada em seu valor máximo”.

⁸⁴⁹ El art. 3º Ley 9.605/98 determina: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

⁸⁵⁰ En relación a la falta de entrenamiento y accidentes de subcontratados, es válido añadir un ejemplo del cotidiano: “No grupo local, tais colocações foram sucedidas pela seguinte fala de Robson: “A indústria petroquímica e a indústria de petróleo têm uma característica: oferecem riscos. Mas oferecem muito mais risco quando você está fazendo manutenção, quando você está fazendo um trabalho de abrir e fechar vasos e equipamentos, porque é nesta hora que existe o risco de explosões, de incêndios. O trabalhador terceirizado não domina esse conhecimento. Isso é conhecimento do operador, é do funcionário da empresa contratante. E nem nos cursos de segurança, o trabalhador é preparado para as condições adversas. Ele trabalha as condições normais. Aqui existe isso, aqui existe aquilo. Então, essa questão de análise de risco em cada tarefa é fundamental. Por que discutir justamente na hora em que a fábrica está parada, na hora que o vaso está aberto, na hora que a linha está aberta? Antes de abrir a linha, precisa envolver nas discussões os operadores da empresa que conhecem as manobras do processo, que conhecem o risco daquele produto, o risco de pressão, de explosão, de vazamento, o risco de contaminação. Ele conhece, ele trabalha com aquilo e vai discutir antes de fazer. Agora, muitas vezes, eles fazem análise de risco das tarefas na hora que o terceirizado vai executar. Não! Tem que fazer antes de abrir, para analisar junto com o operador. Porque já vi, às vezes, acidente acontecer e morrer gente, por causa da falha de alguém numa sala distante. E, hoje, isso não está muito diferente, essa negligência com esses procedimentos primários. E, às vezes, a gente vê um trabalhador morrer da forma mais estúpida e, geralmente, é assim que morre: quem trabalha executando o trabalho na hora que a planta está parada, na hora que a planta está em manutenção ou em emergência, é quando o terceirizado vem executar a tarefa e, geralmente, é uma tarefa de risco. Esse é um exemplo claro que a gente tem conhecimento”. ALMEIDA, Edílson, Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 193.

producción y de los trabajadores también, y eso implica responsabilidad con la prevención a los riesgos laborales.

No se puede olvidar que es obligación de la empresa realizar los exámenes de admisión, de despido y revisional, conforme el art. 168⁸⁵¹ CLT, como también el uso de los EPI's, segundo el art. 166⁸⁵² CLT, y fiscalizar el entrenamiento de la seguridad y controlar el Programa de Control Médico de Salud Ocupacional – PCMSO. Tales reglas también deben ser aplicadas por las cooperativas, pues los subcontratados-cooperativados deben constantemente estar a par de los materiales, forma de usarlos y de los riesgos de accidentes laborales. Una de las alternativas es la de las certificaciones internacionales relacionadas a la calidad de los productos y de los procesos de producción, como es el caso de la ISO 9000, y de las certificaciones relacionadas al medio ambiente que es la ISO 14000 y, la última a ser criada que es la relacionada con la salud ocupacional, la BS 8800. Como también es importante mencionar la función de los PCMSO y el Programa de Prevención de los riesgos ambientales – PPRA.

Igualmente hay que mencionar que, en España, segundo el art. 5.b ET, el trabajador debe observar las normas básicas de prevención de riesgos laborales, debiendo poner la vestimenta adecuada y utilizar los aparatos necesarios para su seguridad. Tanto es que tal incumplimiento puede ser sancionado conforme el ET, pudiendo incluso llegar hasta al despido, en los casos de indisciplina o desobediencia grave conforme el art. 54.2.b⁸⁵³ ET, o como el art. 158,b⁸⁵⁴ CLT, siendo más importante caso llegue a poner en riesgo la seguridad de sus compañeros de trabajo.

El fraude en la gestión de trabajo es algo utilizado por algunas empresas, como por ejemplo, borrar los vestigios de una práctica que haya puesto en riesgo al trabajador, o hasta

⁸⁵¹ El art. 168 CLT expresa: “Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: I - a admissão; II - na demissão; III - periodicamente”.

⁸⁵² El art. 166 CLT determina: “A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados”.

⁸⁵³ El art. 54.2.b ET expone: “Despido disciplinario. (...) 2. Se considerarán incumplimientos contractuales...) b.La indisciplina o desobediencia en el trabajo”.

⁸⁵⁴ El art. 158,b CLT afirma: “ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa”.

mismo que el daño haya sido causado a éste, principalmente esta ocurrencia es agravada en los casos de los trabajadores subcontractados. Muchas empresas dificultan el reconocimiento y la notificación de los accidentes y enfermedades relacionadas con el trabajo. Siendo agravado los casos en que no hay una organización sindical bien estructurada, que luche por los derechos de los trabajadores, garantizando el derecho al registro de estos casos⁸⁵⁵.

Algunos autores, como es el caso de Almeida, acreditan que por más que el trabajador haya cometido un error, él no puede ser considerado como culpado de su propio accidente. Aunque que esta teoría no es unánime, y que tampoco sea excluido de sus responsabilidades del cumplimiento de las reglas de prevención de accidentes laborales, como ya había sido mencionado anteriormente. Según este autor, el trabajador es una víctima, una vez que hay muchas condiciones y posibilidad de que ocurra un accidente⁸⁵⁶, y que muchas veces la empresa intenta poner la culpa en el empleado, arguyendo que le había dado el entrenamiento necesario para evitar estos tipos de accidentes en el trabajo.

Este es un caso práctico de Brasil pertinente al tema fue una de las empresas contratantes, que más tuvo accidentes y muertes de trabajadores fue la industria petrolera Petrobrás. También fue la que tuvo la cantidad más grande de casos de accidentes laborales de trabajadores subcontractados, y el aumento considerable de la cantidad de accidentes laborales en un corto periodo de tiempo (de 1998 hasta 2000). No resulta una mera coincidencia el factor de aumento del uso de servicios de subcontratación en los últimos años. Según los datos de los petroleros del Norte de Fluminense, se observa los casos de accidentes del trabajo ocurridos en la Petrobrás en la Bacia de Campos⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵En este sentido es válido citar a Borges: "Frequentemente os terceirizados, embora em uma mesma planta industrial, por vezes desenvolvendo as atividades com maior exposição ao risco, estão completamente desprotegidos coletiva e individualmente. Quando da ocorrência de acidentes, tem sido habitual a omissão das empresas principais contratantes alegando que não tem nada a ver com o trabalhador e que o contrato é de serviço e não de pessoal. [...] o número de vítimas é crescente entre os trabalhadores terceirizados. O sindicato havia sido informado e registrado, até 2001, a ocorrência, de 24 acidentes típicos graves, entre 1988 e 2001, nestas empresas da RMS, com 45 vítimas fatais, dentre as quais 29 trabalhadores terceirizados, correspondendo a 64 % das vítimas fatais". BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 114.

⁸⁵⁶En relación al tema, es válido mencionar que: "Por mais que se ache que o trabalhador vacilou, que houve um vacilo do trabalhador, eu não concordo com a questão de que ele é o culpado. Para mim, ele é vítima, porque tem uma série de condições que contribuem para acontecer o acidente. Fazem aquela série de perguntas e o trabalhador acidentado, ali dentro, fragilizado, com medo de perder o emprego... Então, na realidade, não é feita uma discussão sobre os fatores que podem contribuir. E aquela situação em que eles dizem: "Não, ele sabia. Eu treinei ele". Mas, esse é um ponto que tenho batido bastante: E feita a análise de risco do local de trabalho? Foi discutida com o trabalhador a questão do risco na execução das tarefas dele? Não. Por que ele é o culpado? E essa a questão". ALMEIDA, Edilson, Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 193.

⁸⁵⁷Datos extraídos de un "dossiê-denúncia" que originou el Inquérito Civil Público 50/2001. LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização, op. Cit., págs. 182-184.

El grave problema se encuentra en la falta de preparación técnica de los trabajadores de la contratista, siendo un alto riesgo la contratación de personas no suficientemente capacitadas para la realización de servicios en el ramo petrolero. Lamentablemente en la actualidad hay una proporción, como ya se había comentado anteriormente, de dos trabajadores de la contratista por cada empleado contratado por la Petrobrás. Todavía se percibe el temor de los dirigentes de tal empresa referida de la JT, al reconocer el vínculo de relación laboral que cambian los trabajadores subcontratados en una media de cada dos años. Lo que quiere decir que al considerar el trabajador de la contratista apto y capacitado, después de un largo período de entrenamiento, debe ser sustituido por otro. Uno de los graves errores cometidos por la Petrobrás⁸⁵⁸ fue el uso de subcontratados para la manutención de equipamientos. Pues ésta es una actividad altamente especializada, que hecha de manera inadecuada podrá poner en peligro tanto la vida de los que la realizan como la de todos los empleados, de manera general.

Ya en España es oportuno citar el caso de la petrolera Repsol. Importante es, de antemano, mencionar que los convenios colectivos también son actuantes en relación a la materia de prevención de seguridad y salud laboral. Inclusive en algunos se amplían el control y la vigilancia contra los accidentes laborales de los trabajadores subcontratados por parte del empresario principal. Como también se puede ampliar los derechos de los representantes de los trabajadores, o crear un Comité de seguridad y salud intercontratas, como en España, se dio en el caso del Puertollano como precedente. Dado que fue un acuerdo hecho entre representantes de las empresas subcontratistas, de la empresa principal y de los representantes de los trabajadores con el fin de garantizar mejores medidas preventivas y de protección. Principalmente porque se fue visto que se apunta que hubo errores por parte de Repsol, en este caso, que no dedicaba suficiente recursos para un buen control de sistema de seguridad.

⁸⁵⁸ El Boletín 225, de 27/08/2001 de la Asociación de los ingenieros de la Petrobrás hace un análisis acerca del problema, muy útil para el estudio de este tema, debiendo salientar que la palabra tercerización quiere decir subcontratación: "Qual a diferença básica entre os empregados da Petrobrás e os subcontratados? Os empregados do quadro da empresa são pessoas que passaram por um processo seletivo rigoroso, submetidos a concursos públicos de grande procura. São avaliados física e mentalmente e passaram por avaliação e estágio prático antes de iniciar o trabalho. Anualmente, são submetidos à avaliação médica. Os empregados em áreas perigosas são treinados para dar combate a incêndios e prestar socorro a colegas acidentados. Como a Petrobrás não fez contratações nos últimos anos, a média de experiência do pessoal de operação nas unidades é hoje de cerca de 10 anos e a do pessoal de manutenção, de 15 anos. Já com os empregados tercerizados, a situação é diferente. Eles são, na sua totalidade, pessoas admitidas após a celebração do contrato com a Reduc. As empresas só os contratam após terem a certeza do aporte de recursos para o pagamento dos salários. Pouco antes do término do contrato, estas pessoas são demitidas. Este procedimento não deixa tempo para a capacitação, o que exige que as empresas busquem, no mercado, estes profissionais já prontos. Alguns contratados são bastante capacitados. Outros não têm o preparo necessário, e a qualidade de mão-de-obra é muito dependente do número de obras. Quanto maior, menor a qualidade do pessoal disponível para a contratação. Existem tercerizados que trabalham na Reduc há mais de 20 anos. A cada dois anos trocam de uniforme e de firma contratada". LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização, Op. Cit., pág. 188.

De los fallecidos de la petrolera ninguno pertenecía a la plantilla de la misma, sino los subcontratados, en este sentido señala Castillo que “Ningún fallecido estaba en nómina de la petrolera”, así resume la prensa la situación de los trabajadores accidentados, muertos, cuando los trabajadores subcontratados de la planta de Repsol en Puertollano inician una huelga de tres días, el 19 de agosto. Primera indicación importante sobre la organización del trabajo, la organización de la producción que pudiera remontarnos a las causas del accidente: hay 1.000 trabajadores subcontratados, de muy distintas empresas, que en caso de accidente nunca aparecerán en las estadísticas de siniestralidad de Repsol. Y mucho menos las empresas de transporte. En total, se dice en la prensa de agosto, unos 1.500 trabajadores. La empresa cuenta con 950 trabajadores de plantilla. Una muestra a más del desconocimiento o la confusión voluntaria, que inviabiliza el trabajo: los trabajadores de subcontratas son más de 3.000. (...) Los sindicatos denuncian que Repsol deja en manos de pequeñas empresas subcontratadas tareas delicadas con personal que no tiene formación precisa”⁸⁵⁹.

Luz Rodríguez sigue comentando sobre el tema: “(...) Desde hace tiempo todos sabemos que las contratas y subcontratas – todos los trabajadores muertos los eran de empresas contratistas y subcontratistas de Repsol – están siendo causa de una elevada siniestralidad laboral: o dicho más llanamente, de la muerte de cientos de trabajadores (...) Son prueba de esta fatídica y trágica relación entre la descentralización productiva – las contratas y subcontratas de actividad – y los accidentes de trabajo. Y ello debe acuciarnos a la reflexión. Es posible que la libertad de empresa ampre esta nueva “moda” de organizar la empresa de forma descentralizada a través de contratas y subcontratas”⁸⁶⁰. En este sentido Repsol trata de la “Subseguridad” que se originó después del incidente ocurrido y debatido entre especialistas en el ramo, acerca de la siniestralidad laboral en las subcontrataciones, objetivando, obviamente, medidas y cautelas para que haya una seguridad en la subcontratación, y no la supresión de ésta misma.

⁸⁵⁹ Y sigue explicando el autor: “(...) Y si rastrea en las hemerotecas o en la memoria de los trabajadores, se pueden encontrar trazas de accidentes que tienen también como involuntarios protagonistas a los trabajadores de las subcontratas de Repsol: en febrero de 2001 un trabajador de la contrata SODES, Manuel Gómez Llamas, murió arrollado por una furgoneta de la empresa subcontratada La Puertollanense. Otro está en coma profundo, contrata COSEMAP, por inhalación de gases tóxicos. Y otros dos, estos sí, de la plantilla de Repsol, murieron por las mismas causas”. CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, págs. 16-17. Otro accidente a ser mencionado: “Rafael Recuenco, secretario general de la UGT-PV, escribió en El País. Comunidad Valenciana (4 de septiembre de 2003): “Si comparamos los accidentes producidos en esta Comunidad con el de Puertollano, seguramente encontraríamos un punto en común, “las contratas””. CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, pág. 24.

⁸⁶⁰ CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, pág. 19.

Otra hipótesis es poner limitaciones a la subcontratación. Como es el caso de que un convenio colectivo que solo admita la subcontratación de servicios con personal ajeno, en las hipótesis de que no haya reducción de la plantilla de la empresa principal, o delimitación de tareas que puedan ser externalizadas o no. No subcontratación de carácter permanente ni subcontratación que pase del primer grado. A pesar de que los sindicatos se ven afectados, como ya dicho anteriormente, y tiene dificultados sus labores debido básicamente a la precariedad, la temporalidad⁸⁶¹ y a la subcontratación. En Brasil, el sindicato también tiene la función de defensa de los intereses colectivos, conforme el art. 8º III⁸⁶² CF/88, juntamente con el art. 5º⁸⁶³ Ley 7.347/85, en el cual se ha basado el TST segundo el RR-767.471/2001, D.O. 6.8.2004. Tampoco se puede dejar de mencionar que uno de los avances en materia de prevención laboral en España fue la creación de la Ley 32/2006, la cual será vista a seguir.

Para finalizar, se percibe que la tendencia normal es de concluir que la tercerización, y en este caso engloba la subcontratación, acaba instituyendo una fragmentación objetiva en el medio de la clase trabajadora, en la medida en que se establece una diferencia en el trato

⁸⁶¹ A nivel de complementariedad, relacionado a la temporalidad en el sector de la construcción: “basta señalar en este sentido – vid. Tabla 5 – que si en general en la Industrial o en Servicios el porcentaje de accidentes ocurridos en empresas de hasta veinticinco trabajadores se situó en el año 2004 en un 35,7% y en un 39% respectivamente, este mismo porcentaje se elevó en el caso de la Construcción hasta el 63,1%. (...) Ciertamente podría pensarse que esta distribución en valores absolutos del número de accidentes podría ser tan sólo la simple consecuencia de la mayor concentración de efectivos laborales en pequeñas empresas que se da, de forma prototípica, en la construcción. Pero con todo, si relacionamos este tipo de accidentes en función del tamaño del centro con los efectivos laborales, por sector de actividad que nos proporciona para el mismo año 2004 la Encuesta de Coyuntura Laboral se observa – vid. Tabla 6 – que las diferencias de ratio, aunque siempre presentes, son especialmente llamativas en el caso de las empresas de hasta 50 trabajadores en el sector de la construcción. Así, frente a un ratio de accidentes por cada 1000 efectivos del 65,1 en empresas de construcción de más de 250 trabajadores – más baja, incluso, que en el sector industrial (67,1) -, en las empresas de 1 a 10 trabajadores del sector de la construcción se observan ratios de 142,2 o incluso del 157,3 en empresas de 11 a 50 trabajadores, bastante más altas que las de servicios e incluso que las de industria. (...) Sea como fuere, una tercera causa que suele señalarse a la hora de justificar esta tasa de siniestralidad tradicionalmente elevada presente en la construcción se centra, como no podía ser menos, en la altísima tasa de temporalidad presente en el sector de la construcción. Y es que, de hecho, según los últimos datos de la EPA disponibles en el momento de cerrar estas líneas, y referidos al segundo trimestre del año 200, de los 2.006.300 asalariados que trabajarían en el sector de la construcción, 1.140.400 lo harían con contrato temporal, lo que supone un 56,8%. Muy por encima, por tanto, de una media ya alta y que se sitúa en el 34,4% para el conjunto del Estado. Y es más, tampoco cabe olvidar que esta cifra se incrementa incluso si nos centramos exclusivamente en las propias obras, donde los trabajadores indefinidos prácticamente han desaparecido, llegándose a tasas de temporalidad que según fuentes sindicales podrían alcanzar en muchos casos el 90%. Pues bien, este dato es importante, porque, con independencia de la discutida existencia o no de un nexo o relación entre temporalidad y siniestralidad, los datos estadísticos nos demuestran – vid. Tabla 7 – que tan sólo el 18,4% de los accidentes de trabajo en la construcción lo sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6% en el caso de los empleados temporales. Si comprobamos la distribución porcentual entre uno y otro colectivo señalada anteriormente la conclusión parece obvia; esto es, la existencia de una cierta relación o conexión entre el tipo de contrato por su duración y el porcentaje de probabilidad de sufrir un accidente”. CALVO GALLEGOS, Francisco Javier, La nueva ley sobre subcontratación en el sector de la construcción, en AA.VV., Temas laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2006, págs. 22-24.

⁸⁶² El art. 8º III CF/88 afirma que: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

⁸⁶³ El art. 5º Ley 7.347/85 explica: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

entre los subcontratados y los de plantilla⁸⁶⁴. Lo que se puede concluir que hay una precarización de las relaciones de trabajo, en vista de la no utilización de las medidas preventivas y de la mejoría de la calidad de vida de los trabajadores en su propio medio ambiente laboral. Agravado en los casos de subcontratación, haciendo con que el propio medio ambiente sea afectado, visto que no se puede olvidar que el trabajador también hace parte de este medio⁸⁶⁵.

10.3 La Ley 32/2006: nuevas soluciones en relación con la subcontratación en el sector de la construcción en España

“El trabajo es un título natural para la propiedad del fruto del mismo, y la legislación que no respete ese principio es intrínsecamente injusta.”

Jaime Luciano Balmes

La problemática de las contratas y subcontratas y su creciente uso preocupa en los Estados más desarrollados. En España había la preocupación por la disminución de los riesgos laborales en el sector de la construcción, en el cual se observa la constante siniestralidad laboral en las cifras y en la gravedad⁸⁶⁶. En otras palabras significa decir que hay una

⁸⁶⁴En este caso: “Em suma, há vários indicadores apontando para a permanência e aprofundamento da precarização das relações de trabalho dos terceirizados e dos, ainda hoje, assalariados do núcleo estável. Apesar dos esforços em contrário, a exemplo das proposições do Cofic relatadas, vale advertir que a operacionalização de diversas medidas preventivas e de melhoria é minada pela própria lógica do processo de terceirização. A terceirização, como tem demonstrado Carelli, bem como as supostas práticas de recompensa ou motivação das empresas contratantes e terceiras através das premiações podem estar conduzindo, na verdade, a um forte sub-registro de acidentes e dos problemas de saúde relacionados ao trabalho. Neste sentido, o binômio terceirização/precarização pode não só dificultar, mas até inviabilizar, as práticas preventivas no mundo do trabalho rigidamente flexibilizado”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 132-133.

⁸⁶⁵ En este sentido, Silva y Franco hacen un buen resumen, que en pocas palabras describe los mayores riesgos y las desprotecciones que pasa un trabajador subcontratado, como se puede ver: “Apesar das limitações, os resultados de pesquisa são indicativos de vulnerabilidades nas relações de trabalho terceirizadas, tais como: informação insuficiente e treinamento inadequado quanto aos riscos no local de trabalho; exposição, freqüentemente, maior aos riscos; submissão aos riscos - condições inadequadas de trabalho – pela fragilidade de representação sindical e do status de assalariado precarizado; a não validade/utilização da lei de recusa pelos terceirizados, tratamento, assistência diferenciada em caso de acidentes e/ou adoecimento; sub-registro de acidentes; rotatividade no trabalho e entre empresas; rotatividade e exposição continuada e maior aos riscos (trabalhadores de manutenção, por exemplo, nas paradas); excesso ou maior intensidade de jornada de trabalho; menos folgas ou descanso semanal ou férias; desrespeito ao interstício; dentre outros”. SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, em AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 132-133.

⁸⁶⁶ Es importante mencionar que: “El dato objetivo es que, tras diez años (alguno más) de promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y después de su desarrollo reglamentario, es un hecho incontestable que, pese a todo, y a los ingentes esfuerzos realizados (a juicio de no pocas personas el esfuerzo parece ser más formal que material) por los distintos actores implicados en la prevención de riesgos laborales (Estado, Comunidades Autónomas, Agentes Sociales, Entidades

precarización en el medio ambiente laboral. Incluso se percibía una mayor cantidad de cesiones ilegales de mano de obra⁸⁶⁷ y de contrataciones de mano de obra ilegal⁸⁶⁸ por parte de empresas contratistas, lo que ocurría no ocasionalmente en el sector de la construcción en España. En la exposición de motivos de la Ley 32/2006⁸⁶⁹ - LSC se especifica que tales cifras no pueden demostrar la problemática que las ocasionan, debido a la complejidad del tema, aunque el legislador acredita que uno de las causas puede estar relacionada con la nueva organización productiva (las subcontrataciones), ocasionadas por las tendencias de la economía globalizada actual, más específicamente de la descentralización productiva.

especializadas, etcétera), existe un sector como el de la construcción que, constituyendo uno de los ejes del crecimiento económico de nuestro país (ciertamente en estas fechas solamente se habla de pelotazos y ladrillazos, como nunca había sucedido en España), está sometido a unos riesgos especiales y continúa registrando una siniestralidad laboral muy notoria por sus cifras y gravedad (excesiva construcción, excesiva demanda de mano de obra poco cualificada, mucho contrato temporal precario, mucho emigrante desconocedor del idioma y del oficio, mucho destajo, mucho subcontratista de tres al cuarto, etc.). GARCÍA NINET, José Ignacio, La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector, en AA.VV., Tribunal Social, CISS, Valencia, 2006, pág. 05.

⁸⁶⁷ En este caso: "Por lo tanto, la cesión de mano de obra se caracteriza por el hecho de que el objeto mismo del contrato es la cesión del trabajador por parte de quien aparece formalmente como empresario a quien recibe realmente la utilidad del trabajo de aquél, de tal manera que la actividad empresarial del cedente consiste únicamente en contratar para ceder o prestar sin necesidad de mantener ninguna estructura productiva con organización y medios que la soporten. El contratista debe disponer, para serlo, de una organización productiva con existencia autónoma e independiente y, por tanto, ha de contar con medios materiales y personales, como instalaciones, oficinas, maquinaria y empleados, técnicos, directivos, para poder desarrollar con suficiencia la actividad empresarial que pretende realizar. Por ello, el carácter real y no meramente aparente de la empresa contratista no es elemento que elimine la posibilidad de cesión ilegal si, en caso particular, no actúa como tal, sino como mero cedente de mano de obra, por lo que "habrá cesión ilícita de trabajadores, aun cuando el contratista cuente con medios productivos propios y actividades económica real y efectiva, si en el caso concreto se ha limitado a poner a disposición de la principal la mano de obra requerida, no implicándose realmente en la prestación del servicio llevado a cabo por los trabajadores formalmente adscritos a su plantilla" (STSJ de Catalunya 5 oct. 1996). Existe, pues, cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente se limita a reclutar trabajadores para cederlos a título lucrativo a las empresas cesionarias careciendo de un mínimo organizativo indispensable para el desarrollo de su actividad empresarial (caso de la empresa aparente) o, si disponiendo de capacidad organizativa propia (caso de la empresa real), no la pone en práctica de forma efectiva para la organización del servicio contratado con el cliente. En ambos casos el trabajador cedido presta sus servicios para la empresa cesionaria que es quien ejerce de forma efectiva el control y la organización del trabajo, limitándose la cedente a figurar formalmente como el verdadero empresario creando una ficción en perjuicio de los trabajadores cedidos, con lo que, como dice la Sentencia del TS de 17 julio 1993 se degrada artificialmente su condición laboral, perdiendo así la estabilidad en el empleo, al quedar vinculados sus contratos de trabajo a la duración de la contrata". GARCÍA NINET, José Ignacio, La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector, en AA.VV., Tribunal Social, CISS, Valencia, 2006, págs. 09-10.

⁸⁶⁸ En este sentido: "El hermano de Miguel Ángel Pérez, uno de los dos últimos trabajadores muertos en accidentes de trabajo en la construcción, ilegal, denunció, según recoge la prensa valenciana, las pésimas condiciones laborales en las que trabajaba el fallecido: "Miguel Ángel no quería ir a trabajar a esa obra, porque se casaba dentro de once días, y sabía que había muerto un trabajador esa misma semana". "La empresa – en la que estaba empleado desde hace unos dos años – amenazó con despedirle, y por eso fue". "Tenían que haber cuatro personas, dos arriba y dos abajo, que amarrasen el arnés, pero, que yo sepa, allí sólo estaban mi hermano y el otro chico que también murió". La narración es aterradora y reveladora. Un joven que, por supuesto, estaba subcontratado. Atrium Beach, que pretende ser el mayor complejo hotelero de Europa, con 7.000 plazas, emitió inmediatamente un comunicado en el que se desvinculaba del siniestro, porque los fallecidos pertenecían a una empresa de Vitoria, Emilio Ventenillas. Y aún más: el hecho de que, al día siguiente del accidente, el jefe de obra, secundado por los capataces, conminara los 800 trabajadores "empleados" en la obra, en muy distintas subcontratas, a volver al trabajo, y fuera obedecido, revela el clima de presión y miedo en el que se desarrollan las relaciones de trabajo en esta obra. Ambas cosas denotan un clima propicio para que los riesgos laborales, ayudados por el "ahorro" en medidas de prevención, sigan haciendo estragos. "Está todo en precario, y no es seguro transitar por los diferentes niveles de la obra", declaró a los periodistas uno de los cinco trabajadores de una empresa de yesos de Valencia, subcontratada, que paró en señal de duelo: "Yo no he visto a ningún coordinador de seguridad", remató". CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, 2005, págs. 22-23.

⁸⁶⁹ Es válido citar que: "Esta Ley marca un hito en la legislación española en materia laboral, ya que la misma es producto de una Iniciativa Legislativa Popular iniciada en junio de 1998 por la Federación de Construcción, Madera y Afines de Comisiones Obreras que con el apoyo de 600.000 firmas se presentó en el Congreso del os Diputados en septiembre de 1999". R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, en AA.VV., Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2007, pág. 72.

Siendo tal ley, relacionado a los aspectos concretos, fue desarrollada por el RE 1.109/2007, del 24 de agosto.

En este sentido, Alarcón Bravo de Rueda explica lo que acarrea la descentralización productiva, que al principio fue bastante denotada en el sector de la construcción, pasando posteriormente a otras áreas: “Hoy, más que de nuevos sistemas de descentralización productiva (también se la conoce con el nombre anglosajón de outsourcing), debemos hablar de una masiva profusión de sus efectos, resultados o consecuencias, y también de sus variables, dependiendo evidentemente del punto de vista con que se le mire o cuestione (económica, social, laboral, etcétera). En efecto, hay un acuerdo entre los autores que han estudiado este fenómeno en señalar la década de los setenta como la causante del surgimiento de lo que se ha venido a llamar descentralización productiva, que simboliza ciertamente el cambio de paradigma organizativo de la empresa tradicional que, desde la centralización organizativa que la caracterizaba, pasará, o cederá el paso, a la descentralización y la autonomía, a la interconexión interna y externa. Si bien en un primer momento este fenómeno estaba localizado en ciertos sectores de actividad, especialmente en la construcción, muy pronto se desarrollaría, y evolucionaría, hacia todas las demás actividades y sectores presentes en el mercado, el cual se encuentra actualmente en un estado en el que se puede externalizar, porque evidentemente existen empresas auxiliares para todo ello, prácticamente cualquier fase o actividad empresarial – considerando de cualquier modo que, en la mayoría de los casos, las sociedades se cuidan mucho de quedarse con la actividad considerada estratégica, aquella que tiene una estrecha conexión con la identidad y la excelencia de la firma”⁸⁷⁰.

La referida ley igual expone los motivos de la importancia de la existencia de las contratas y subcontratas, pero explica cómo debe ser hecha y el por qué, una vez que no se puede ser radical en prohibirla, habría un colapso en la economía interna del país, y consecuentemente en las tasas de empleo. Pero sí, la propia ley trata de limitar el uso desenfrenado de las contratas y subcontratas⁸⁷¹. Esta preocupación del legislador puede ser

⁸⁷⁰ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, Percy, Descentralización productiva y cooperativas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 133-134.

⁸⁷¹Válido es mencionar a R. Mercader Uguina: “La construcción presenta una tasa de temporalidad (58,1 por 100 e 2004) que es casi el doble que la del conjunto del empleo asalariado (32,5 por 100), con algunas ramas, como construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, por encima del 60 por 100. Es necesario tener en cuenta que el sector, por las características propias de su actividad, recurre en gran medida a fórmulas contractuales específicas como el <contrato fijo de obra> que regu la el Convenio General de la Construcción. De la importancia de esta modalidad contractual para el sector da idea el que, de todos los contratos para obra o servicio concertados en 2004 (1.396,7 miles), más de la mitad (714,8 miles) lo fueron en esta actividad. (...)”. R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora, Op. Cit., pág. 70.

observada en la exposición de motivos de la Ley 32/2006, que menciona que la contratación de obras y servicios es una expresión de la libertad empresarial garantizada por el art. 38 CE. Este artículo especifica los casos de licitudes de organizaciones empresariales, apuntando como posible ventaja de la subcontratación, el mayor grado de especialización y de calificación de los trabajadores, siendo características fundamentales para la adecuación a las nuevas exigencias del mercado mundial. Otro punto positivo mencionado por esta ley es en relación al fomento de nuevas pequeñas y medianas empresas del ramo de la construcción, y consecuentemente mayor creación de empleos.

Menciona además la LSC los puntos negativos, reflejos del cotidiano laboral. Son los infinitos encadenamientos de las subcontrataciones, en el cual se denota que pierde el objetivo principal mencionado que es la especialización y calificación de los trabajadores, una vez que se percibe la alta rotación en este sector⁸⁷², y consecuentemente se denota una degradación del medio ambiente laboral⁸⁷³. Otro punto a ser observado de tal degradación es el detrimento del trabajo digno de los empleados de las contrataciones o subcontratas, por verse que muchas empresas son creadas de modo que burlan las leyes laborales españolas.

⁸⁷² La alta rotatividad de los trabajadores de la empresa contratista hace con que implícitamente o no se perciba un crecimiento en la siniestralidad laboral en el sector de la construcción: "en cualquier caso, de lo que tampoco cabe duda alguna es de que en este campo, como en general en la mayor parte de sectores de la producción, no es sólo la temporalidad la condicionante de la siniestralidad. Como se observas en la Tabla 8, la cuantía de los accidentes y su proporción suele ser especialmente alta en aquellos trabajadores con una antigüedad muy baja, situación ésta que se presentan especialmente en los casos de los trabajadores temporales de muy escasa duración. De ahí que la mayor duración de los mismos y, por consiguiente, la mayor antigüedad del trabajador con una menor rotación parecería poder reducir igualmente sus índices de siniestralidad, incluso aunque se tratase de contratos temporales. Y todo ello por no hablar, en último término, de la especialmente alta tasa de asalariados inmigrantes que trabajan en este sector de la construcción, en donde el índice de siniestralidad mortal suele ser más alto; o, por mencionar una última y posible razón, la alta tasa de economía y empleo sumergido presente en este sector de actividad, y que desde luego dificulta la correcta gestión preventiva. En definitiva, un importante, variado y a veces discutido – tanto en su composición como en su trascendencia relativa - cuadro de posibles causas que no dejó inalterado, ni a nuestros Poderes Públicos, ni a los propios agente sociales". CALVO GALLEGGO, Francisco Javier, La nueva ley sobre subcontratación en el sector de la construcción, en AA.VV., Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2006, págs. 25-26.

⁸⁷³ En este sentido: "Aunque durante los años 2003 y 2004 el número de accidentes en jornada de trabajo con baja en el sector de la construcción descendió en España poco más de 21.000 accidentes – véanse los datos recogidos en la Tabla 1 -, pasando de los 245.176 del año 2002 a los 223.603 del año 2004, lo cierto es que, transcurridos más de diez años desde la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, este sector de actividad sigue siendo uno de los más proclives de nuestro sistema, tanto a la aparición de este tipo de percances, como a dotarlos de una especial gravedad. Buena muestra de ello fueron los 365 accidentes mortales que se produjeron en la construcción en el año 2004, los 136 que se contabilizaban ya en los meses de enero a junio del año 2006, o incluso – véase nuevamente la Tabla 1 – el notable repunte de estos mismos datos para el año 2005 – en el que el número de accidentes se habría incrementado nuevamente hasta los 242.068 – y en los siete primeros meses del año 2006 – que mostrarían un incremento de más de nueve mil accidentes sobre los datos del mismo periodo de tiempo del año 2005 -. (...) En cualquier caso, más allá de estos meros datos cuantitativos – distorsionados inevitablemente por el distinto volumen de población ocupada a lo largo de estos últimos años en cada rama de actividad – seguramente lo más preocupante en relación con la siniestralidad en este concreto sector sea, en primer lugar, el mayor índice gravedad que como media presenta los siniestros en jornada y con baja acaecidos en la construcción – aunque como se aprecia en la Tabla 2 se haya producido una notable caída, al menos hasta el año 2004 (último del que tenemos definitivos) –; y, en segundo lugar, el hecho de que este sector presenta tradicionalmente – aunque nuevamente con una clara caída hasta el año 2004 – unos índices de incidencia de accidentes en jornada de trabajo con baja – vid. Tabla 2 – o mortales – vid. Gráfico 1-, o, por mencionar un último ejemplo, unos índices de frecuencia de accidentes en jornada de trabajo que duplican normalmente la media del conjunto de sectores productivos en nuestro país – Tabla 3- ". CALVO GALLEGGO, Francisco Javier, La nueva ley sobre subcontratación en el sector de la construcción, en AA.VV., Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2006, págs. 14-16.

Tampoco dan preferencia a la capacitación de los trabajadores, que muchas veces solamente son contratados después de haber un contrato fijo con la empresa principal. Problema éste que también es tratado por la ley como forma de frenar la sustitución de trabajadores de plantilla, por trabajadores contratados directamente por distintas empresas. Inclusive la encadenación diversa hace que no haya un mayor control de medidas de prevención de riesgos laborales. En este sentido expresa Mercader Uguina: “Siniestralidad y subcontratación forman un peligro cóctel en el que influyen factores tales como los ritmos a los que se ejecutan las obras (destajos); la disminución de la mano de obra cualificada; o el encadenamiento masivo de contrata y subcontratas”⁸⁷⁴. Como también acarrea mayor dificultad de representación sindical de los intereses de los trabajadores y consecuentemente una desvaloración del trabajo humano digno.

En relación al aumento de la utilización de contrata y subcontratas en el área de construcción en España, son pertinentes las palabras de Mercader Uguina: “En 2005, el volumen de subcontratas representó en torno a 24.643 millones de euros y del orden de un 29,3 por 100 de los ingresos de explotación, lo que suponía una continuidad en la tendencia de los últimos años, siendo ya muy similar su peso en la obra civil y en la edificación. Las estrategias de personal doble producen un abaratamiento de los costes salariales, incrementan la precariedad y, como seguidamente veremos, inciden de forma notable en el incremento de los índices de siniestralidad laboral. Según los datos de la IV Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, en el 21% de los centros de trabajo hay trabajadores externos con los que la empresa no guarda una relación laboral. Igualmente, y en un reciente estudio elaborado por la Unión Sindical de Madrid de CC. OO. (4), se ponía de manifiesto, entre otros datos, que en el sector de la construcción de dicha Comunidad y entre las empresas estudiadas el 37.5% de las mismas tenían externalizadas cuatro o más actividades que correspondían con su actividad principal y el 50% había descentralizado al menos dos y en caso el 63% de las empresas el número de contrata o subcontratas presentes en el mismo centro ascendía a 10 ó más. En el 2005, las cifras han sufrido un significativo repunte y los accidentes producidos en la construcción han tenido como protagonistas típicos a los trabajadores de contrata (terrible ejemplo ha sido la muerte de seis personas en la construcción de la vía del Mediterráneo, en Almuñécar)”⁸⁷⁵.

⁸⁷⁴ R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora, Op. Cit., pág. 71.

⁸⁷⁵ R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora, op. Cit., pág. 71. Inclusive el autor sigue dando ejemplo de la siniestralidad laboral en este sector: “El último informe de evolución de la siniestralidad laboral, del INSHT, referido a junio de 2006, ha puesto de manifiesto que el número de accidentes aumento un 5,5 por 100 en los últimos doce meses. Sin embargo, incremento de la población trabajadora en este sector ha producido una clara reducción de los índices de incidencia: de un 5,6 por

Es interesante resaltar que esta ley trata de equilibrar los intereses de ambas partes- de las necesidades empresariales de descentralización productiva y de la calidad de vida y laboral de los trabajadores- al mencionar, por primera vez, y de forma estrictamente sectorial, que es el de la construcción, garantías para evitar que el mal uso de las cadenas de subcontratación. Que éstas se transformen en sinónimo de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Como se puede denotar, la propia ley define las cautelas como tres direcciones: “En primer lugar, exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir las prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En segundo lugar, exigiendo una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la calidad del empleo precisando unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa. Y, en tercer lugar, introduciendo los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra” (Exposición de motivos de la Ley 32/2006).

Para una mayor efectividad de la propuesta legislativa también hicieron cambios en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, para que pueda ser utilizada en caso de que la Ley 32/2006 no sea por sí sola suficiente para establecer adecuada tipificación de las infracciones administrativas, debidas según cada caso. Como se puede percibir, la Ley 32/2006 constituye el primer desarrollo particularizado de la subcontratación en el sector especializado de la construcción, constituyendo así el único referente normativo sobre actividades propias de las contratadas y subcontratadas, regulado de forma general por el artículo 42 ET. Inclusive, en lo que se refiere al régimen de subcontratación en las obras públicas, es aplicable plenamente los preceptos de la LSC a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

100 en total, de un 10,6 por 100 en los mortales y de un 19,5 por 100 en los graves. Un total de 293 trabajadores de la construcción perdieron la vida en accidente laboral durante el año 2006, cifra que supera la media de los últimos cinco años, situada en 288 muertos, según datos de la Federación de Construcción, Madera y Afines de CC.OO. (Fecoma – CC.OO). Desde la aprobación de la LPRL, hace ya once años, son más de 3.000 los trabajadores de la construcción que han fallecido en los tajos”. R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora, op. Cit., pág. 71.

Lo que debe ser destacado, antes de empezar a analizar específicamente los requisitos de la referida ley, es el carácter y objetivo de este estudio. Lo que se propone básicamente es examinar las definiciones hechas por ésta con el objetivo demostrativo de cómo debería ser una legislación que trate sobre contratas y subcontratas. Así que la finalidad no es hacer un estudio detallado de todos los institutos y analizarlos detenidamente, más bien de hacer, resumidamente, el alcance pretendido por la Ley 32/2006, para luego tomarla como parámetro comparativo con la legislación brasileña, y ofrecer posibles propuestas a ser hechas en esta.

Para tal análisis resulta importante mencionar que la LSC ha establecido una serie de actividades en el sector de la construcción, en donde su aplicación es obligatoria, conforme al art. 2 de la mencionada ley: “excavación; movimientos de tierra; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento”. Según tal supuesto, las demás actividades relativas a la construcción que no se ajusten a una de las anteriores acciones, no quedarán sujetas a esta ley.

Una de las novedades, de suma importancia que la ley ha recogido, es la definición de una serie de preceptos necesarios para clarificar su aplicación, lo que permite elaborar una interpretación precisa de la figura conceptual de lo que debe entenderse como subcontratación y su ámbito de aplicación. La primera de estas definiciones hace referencia a la obra de construcción, describiéndola como, conforme el art. 3 LSC: “cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil”. La segunda, hace referencia de lo que la ley entiende por subcontratación en el sector de la construcción que, según el mismo artículo, es “la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado”.

El concepto de promotor⁸⁷⁶ se introduce como figura diferenciada a la denominación de empresa principal o comitente señalada en el artículo 42 ET. La definición de promotor en

⁸⁷⁶ La Ley 38/1999 que trata sobre la Ordenación de la Edificación en su artículo 9.1, ya mencionaba la figura del promotor como: “cualquier persona física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, decide, impulsa programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

este nuevo ordenamiento se conceptualiza como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”. Es importante resaltar respecto de la figura del promotor, el concepto de empresario principal o contratista, que es considerado por la LSC como: “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”. Por tal motivo, es necesario aclarar que en las relaciones de subcontratación regulada por el artículo 42 ET, se considera como empresa principal a quien realiza una contrata o subcontrata con un contratista determinado. Esto podría ser motivo de confusiones a primera vista, pues la LSC trata de la nomenclatura empresa principal o contratista, pero hay que destacar que tal nomenclatura se trata solamente de una terminología específica del sector de construcción en España.

La LSC al tratar de la figura del promotor expresa que éste no realiza propiamente las funciones de empresa principal, sino se considera el ente jurídico al que le es atribuido el derecho de obra. Siendo válido mencionar que será el contratista el responsable del poder efectivo de ejecución de la obra. Por tanto, es el contratista el que tiene la calidad de empresario principal, aun cuando éste no detente el derecho de obra que pertenece al promotor. Es importante mencionar que al promotor se le podrá considerar contratista, cuando éste realice con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra. También se aplica el caso contrario, es decir, cuando el promotor no asume ninguna labor en la ejecución de la obra. Éste no se encuadrará en la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en la LSC y tampoco en el art. 42 ET. En este sentido, afirma Mercader Uguina que “el TS ha entendido que las actividades de promotores y constructores, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, son distintas, pues el promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación mientras que la labor del promotor es fundamentalmente física y productiva dirigida a la ejecución de la edificación”⁸⁷⁷.

Otra novedad surgida por la ley es la de contratación con una unión temporal de empresas, reglamentada por la Ley 18/1982. Se trata de una unión de empresarios con carácter de colaboración para el desarrollo o ejecución de una obra o suministro, siendo por tiempo cierto, determinado o indeterminado, dependiendo del acordado por las partes, entre

⁸⁷⁷ Con relación al entendimiento del TS, R. Mercader Uguina menciona que “la STSJ Comunidad Valencia (CA) 5 de diciembre de 2001 (Rº 1293/1998) hace una distinción entre el promotor-constructor del promotor puro. (...), en el que se distinguen cuatro posibles presencias del promotor en la obra de edificación (promotor-constructor; promotor-vendedor; promotor-mandatario; promotor-prestatario)”. R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora, Op. Cit., pág. 79.

otras características reguladas por la legislación pertinente como es el ejemplo de que “con la previsión introducida en la LSC se clarifica la responsabilidad de cada una de las empresas integrantes en la UTE, al señalar que cada miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute y, en consecuencia, serán responsables solidariamente sólo en los supuestos de obligaciones asumidas por el gerente único en nombre de la UTE y realizadas en beneficio del común.”⁸⁷⁸. Lo que se puede constatar es que la LSC trata de regular la responsabilidad en todos los posibles casos de subcontratación en el sector de la construcción civil, con la finalidad de disminuir la precariedad laboral de los trabajadores de éste sector.

Por su parte la figura del subcontratista se ha definido por la LSC: “La persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente”; por lo que respecta al uso de la palabra comitente, ésta significa ser el empresario principal según el ET. Se percibe que en la LSC se utiliza la palabra comitente para relacionarlo con la empresa que tiene contacto directo con la subcontratista, no necesariamente siendo referida a la empresa principal, ésta muy bien puede ser una contratista o una subcontratista.

Lo que se puede deducir, después de esta consideración, es que las partes que intervienen en la figura de contratas y subcontratas en el sector de la construcción, básicamente se constituyen de: un promotor, una empresa principal contratista y, en su caso, varias empresas subcontratistas.

Respecto a las relaciones de dirección y coordinación en los trabajos, la nueva ley hace una distinción significativa, al separar por un lado la dirección que ejerce un técnico o técnicos designados por el promotor, con el fin de dirigir la ejecución general de la obra; y por otra, la coordinación de la obra, que está dirigida a la protección de los trabajadores en materia de seguridad e higiene, que se ejecutará por técnicos diversos, pero integrados a la dirección facultativa de la obra general. Estos últimos serán designados por el mismo promotor y sólo

⁸⁷⁸ R. MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora, Op. Cit., pág. 80.

están aptos para ejercer tal actividad los arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros, ingenieros técnicos, dependiendo de la especialidad requerida en cada caso.

Es indispensable hacer mención del papel de los autónomos en la nueva normativa, que redefine su concepción para efectos de evitar el fenómeno de falso autónomo. La LSC lo conceptualiza como: “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”⁸⁷⁹.

De esta manera, la normativa expresa que la calidad de autónomo se extinguirá, cuando éste emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, convirtiéndose así, en contratista o subcontratista, y tendrá todas las responsabilidades para con sus trabajadores como tal. Lo que significa decir que los autónomos que estén ejecutando una obra, no podrán contratar a ningún ayudante, para concluir la obra en tiempo, sin pasar a ser responsable como si se tratase de un subcontratista. El autónomo, segundo el art. 4.3 e LETA, “A su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo”.

Por lo que se refiere al régimen de subcontratación, se establece un mecanismo limitado sobre él, aunque el promotor puede celebrar contrato de obra con cuantos contratistas considere oportuno, y para que haya subcontrataciones por estos deberán observar los límites establecidos en la LSC. Por primera vez se trata de un mecanismo legal para limitación de encadenamiento de subcontrataciones. En otras palabras, el primer y segundo subcontratista pueden hacer una subcontratación más; esto elimina el riesgo de contratar a empresas fraudulentas o falsos autónomos, que no tengan los medios financieros y humanos necesarios para hacer frente a sus obligaciones laborales y de Seguridad Social; además de mejorar la calidad del empleo y frenar la precariedad del trabajo.

Los tres niveles de subcontratación que permite la LSC y las limitaciones especiales antes descritas, podrán ser dispensadas, en los casos de: causas fortuitas debidamente

⁸⁷⁹ La Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, en su artículo 1, los define como: “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

justificadas, por exigencia de la especialización necesaria para la ejecución de la obra, por complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor; es necesario realizar una contratación adicional a juicio de la dirección facultativa. A penas resaltando que la delimitación que se refiere la LSC, en relación al límite de encadenamientos de subcontrataciones, es sólo a nivel vertical, no habiendo límites para el uso de la subcontratación de forma horizontal. Lo que sí hay que dejar bastante claro es que el primer de la cadena de contratación es la empresa contratante y no el promotor⁸⁸⁰.

De igual manera, la nueva normativa establece otras limitaciones a las subcontrataciones independientemente al encadenamiento de éstas: la primera de ellas, es respecto de los autónomos, ya que estos no podrán en ningún caso subcontratar los trabajos encomendados a él, si es que ya fueron contratados como autónomos y estén en el límite del tercer nivel de subcontrataciones; una vez que de lo contrario, se convertiría en subcontratista. La segunda consiste en la prohibición de contratar empresas en la modalidad de subcontratadas, cuando éstas aporten exclusivamente mano de obra, siendo esta entendida, según art. 5 LSC, “por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distinto de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra”⁸⁸¹.

En relación a los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas, para que una empresa pueda participar en la subcontratación, están: la obligación de poseer una organización productiva propia; contar con los medios materiales y personal suficiente para la realización de la obra y tener el poder directivo que a él le incumbe – siendo en el caso de los autónomos, que estos deben ejecutar su trabajo con autonomía y responsabilidad propia, sin estar bajo el poder directivo de la empresa que le contrató –; como también asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidad provenientes de su actividad empresarial.

⁸⁸⁰ Véase VILLARES ÁLVAREZ, Javier, La subcontratación en el sector de la construcción: [análisis y disposiciones relacionadas], Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2007.

⁸⁸¹ Véase en este sentido: SÁNCHEZ DE LA ARENA, Miguel Angel, Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, Justicia Laboral N. 29, Valladolid, 2007.

Un intento practicado por el legislador para el fomento de trabajadores de plantilla es percibido al mencionar, en el art. 4⁸⁸² LSC, que “las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive”.

Siendo complementado, para disminuir el fraude a los trabajadores de éste sector, el deber de vigilancia, conforme el art. 7 LSC, tanto de las empresas contratistas como de las subcontratistas, y la responsabilidad solidaria en los casos determinados por la LSC, como se puede percibir en su texto legal: “sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas. En todo caso será exigible la responsabilidad en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando se den los supuestos previstos en el mismo”⁸⁸³.

⁸⁸² Es importante citar: “Asimismo, la definición de los conceptos que determinan la responsabilidad del empresario principal (art.3 Ley 32/2006) ofrece una mayor seguridad jurídica, sobre todo si tenemos en cuenta que las obligaciones que se le imponen excepcionan el principio de relatividad de los contratos previsto en el art. 1257 CC. Así, el precepto concreta la figura del contratista o empresario principal, la del subcontratista y define el concepto de subcontratación. Debe repararse también en que la Ley introduce una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector. Estos requisitos operan, en realidad, como elementos definitorios de las contrataciones a los efectos de delimitar los supuestos de descentralización productiva mediante contrataciones de los de cesión ilegal de mano de obra. La enumeración del art. 4 Ley 32/2006 es, no obstante, más completa que la que refiere el art. 43.2 LET, ya que asume un mayor número de criterios de valoración de la doctrina judicial - como la exigencia de que la contratista asuma «los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial» o acredite disponer de «recursos humanos, en su nivel directivo y productivo»- o es más precisa, en cuanto no obliga meramente a la empresa contratista a que «ejercer las funciones inherentes a su condición de empresario» (art. 43.2) sino que exige que aquélla ejerza «directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra» (art. 4.1 c)”. LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV., Actualidad Laboral N. 7, La ley, Madrid, 2007, pág. 828.

⁸⁸³ En este sentido véase MERCADER UGUINA, Jesús R. (Coord.), Contratas y subcontratas en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, Lex Nova, Valladolid, 2008.

La normativa también establece un Registro de Empresas Acreditadas⁸⁸⁴, dependiente de la autoridad autonómica, con el objeto de tener un patrón real de las empresas que realizan actividades a través de la subcontratación. Además, se instituye un libro de subcontrataciones, en el cual cada contratista deberá tener el suyo, permaneciendo tal libro todo momento en la obra, para efecto de conocer de forma verdadera: los datos de la empresa principal; el objeto del contrato; la identificación de las personas que realizan las facultades de organización y dirección de cada subcontratista; el orden cronológico de los trabajos; las subcontrataciones celebradas con los diversos agentes; su nivel de contratación; los representantes legales de los trabajadores; el plan de seguridad y salud; y las subcontrataciones excepcionales por causas fortuitas; y demás anotaciones que sean necesarias. Tendrán acceso al libro de subcontratación el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud, los técnicos de prevención, las empresas y autónomos que trabajen en la obra, los representantes de los trabajadores y demás autoridades competentes.

Un nuevo elemento que se incorpora para acreditar la formación preventiva en materia de prevención de riesgos laborales, es la cartilla o carné profesional, que deberá obtener cada trabajador, a efecto de acreditar la formación en prevención. Esta acreditación se realizará con la coordinación de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Tampoco se puede dejar de mencionar que las empresas deberán velar que todos los trabajadores tengan la formación suficiente para la realización de la actividad que le incube, como forma de evitar accidentes laborales.

Por lo que respecta a la negociación colectiva y de calidad de empleo, la normativa considera que podrán adoptarse modalidades contractuales en las negociaciones colectivas de carácter estatal del sector, con carácter general y análogo a los demás acuerdos negociados colectivamente. En relación a los representantes de los trabajadores, todos estos, independiente de que sea de las contratistas o subcontratistas, deberán ser informados de las

⁸⁸⁴ Dentro de tantos logros conseguidos por la Ley 32/2006, se percibe que la institución de un Registro de empresas acreditadas es uno de ellos: "Pero la Ley 32/2006 introduce otras garantías que, de aplicarse a la generalidad de los supuestos de subcontratación de obras y servicios favorecerían la transparencia en las subcontratas y podrían contribuir a una mejora de las condiciones laborales de los trabajadores. Entre las novedades puede destacarse-, la exigencia de unas mínimas exigencias de estabilidad en el empleo de los trabajadores de la empresa contratista y subcontratista -dando un paso adelante en la lucha contra la precariedad laboral y la temporalidad-; la institución de un Registro de Empresas Acreditadas; la imposición de límites en los encadenamientos de contratas, o la obligación de disponer de un libro de subcontratación para favorecer una mayor transparencia en los procesos de subcontratación en el que, entre otros datos, debe identificarse la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista, El deber de vigilar el cumplimiento de estas obligaciones recae sobre las empresas contratistas y subcontratistas respecto de los subcontratistas subsiguientes en la cadena de contratación y trabajadores autónomos con los que contraten". LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV., Actualidad Laboral N. 7, La ley, Madrid, 2007, págs. 827-828.

contrataciones y subcontrataciones hechas en la ejecución de la obra que se encuentran sus trabajadores.

Finalmente la LSC incluye una serie de infracciones y sanciones que son aplicadas a través de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2000. Texto que es modificado nuevamente, como ya se había mencionado, en las disposiciones adicionales de la Ley 32/2006, en las que se incluye de forma general, sanciones⁸⁸⁵ por: incumplimiento en la contratación y proporción mínima de trabajadores con carácter definitivo en empresas sujetas a esta legislación; no disponer el contratista de la obra del libro de subcontratación; no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza y demás documentaciones exigidas por esta legislación; incumplir con el deber de acreditar reglamentariamente, de los medios y recursos humanos necesarios, tanto a nivel directivo como productivo, para la formación necesaria en prevención de riesgos laborales; no certificar de forma verdadera la acreditación y registro correspondiente de los contratistas y subcontratistas; no comunicar los datos que permitan al contratista, llevar al día el libro de subcontrataciones; superar los niveles de subcontratación permitidos por la ley, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa en los casos previstos por la normativa; no llevar en orden y al día el libro de subcontrataciones o no hacerlo de conformidad con su reglamentación; la vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra y de acceso al libro de subcontrataciones; infringir el promotor los niveles de subcontratación, aprobando una ampliación excepcional de la cadena de subcontratación, cuando manifiestamente no exista causa para tal acción; falsear los datos comunicados al contratista o subcontratista, que dé lugar a la subcontratación ilegal de actividades de construcción.

A pesar de que algunos autores, como Mercader Uguina, hacen críticas a la referida ley -importante para el desarrollo de la normativa jurídica posteriormente- no se puede dudar que fue un avance en lo que se refiere a la definición de las figuras de la contratación y subcontratación en el sector de construcción. Devienen interesantes las definiciones conceptuales de la referida ley para la comparación y posterior propuestas a ser presentada a la legislación brasileña como forma de disminuir la precariedad de los trabajadores de la subcontratación.

⁸⁸⁵ Véase MERINO SEGOVIA, Amparo, Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, Bomarzo, Albacete, 2006.

Después de discutir y reflexionar sobre la precarización laboral, serán vistas las legislaciones específicas pertinentes al tema, siguiendo el método propuesto en la parte introductoria de la tesis que es la analítica-descriptiva y de conclusión mediata. Primeramente fue analizado el contexto de la globalización y descentralización productiva, y dentro los fenómenos triangulados de la subcontratación y sus características, para posteriormente analizar mejor la cuestión de la precariedad laboral en los derechos fundamentales (y todas las repercusiones que se ha visto en este capítulo) dentro de la subcontratación, posteriormente analizar en concreto la legislación pertinente - basándose principalmente en los fundamentos del derecho, que acompaña la sociedad de acuerdo con las demandas que hace la misma. Por eso se verán, a partir del próximo capítulo, temas concretos de los ordenamientos jurídicos sobre la subcontratación, a nivel de estudio comparado entre Brasil y España. El objetivo es tratar de apuntar los defectos o fallos que están ocurriendo para que haya tal precarización laboral en la dinámica actual del uso de las contrata y subcontratas en tales puntos. Es decir, se percibe que todo el estudio conlleva la precarización en el medio ambiente, en este caso el laboral, y las repercusiones que pueden causar al trabajador, y consecuentemente a la sociedad como un todo. Pues el ser humano, como los demás seres y objetos materiales e inmateriales, son partes integrantes e interactivas a la vez, en todo momento, del complejo ecosistema.

No se puede jamás distanciar la lucha por la prevención de riesgos laborales y la eliminación de los accidentes laborales, de la lucha por la soberanía de la ciudadanía en/por la sociedad. Resulta oportuno finalizar con la siguiente frase de Monereo Pérez: “el desarrollo debe ser económicamente eficiente, ecológicamente sostenible, políticamente democrático y socialmente justo”⁸⁸⁶, solo así se podría combatir, en el ámbito de este estudio, la precarización laboral de los trabajadores subcontratados.

⁸⁸⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis, Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009, pág. 34.



CAPITULO IV

PROCEDIMIENTOS DE VIGILANCIA Y CONTROL
DE LA SUBCONTRATACIÓN.
LAS RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE
CONTRATAS.

11. Procedimientos para la vigilancia y el control de la subcontratación

“A causa que defendemos, não é só nossa, ela é igualmente a causa de todo o Brasil. Uma República Federal baseada em sólidos princípios de justiça e recíprocas conveniências uniria hoje todas as Províncias irmãs, tomando mais forte e respeitada a Nação Brasileira”
Bento Gonçalves

497

En este capítulo se verán asuntos singulares de la subcontratación desde la perspectiva jurídica, dando un mayor énfasis a la dimensión brasileña dado que las peculiaridades y problemáticas son mayores que en el caso español. Buena parte de esto se debe al mejor tratamiento normativo de estos temas en España. Se pretenden principalmente hacer un análisis crítico relacionando subcontratación y precarización laboral. Tanto la fiscalización como la impetración de una demanda judicial forman parte de lo cotidiano en la subcontratación contemporánea. De igual manera, se puede mencionar que uno de los temas esenciales es el relativo la efectividad de los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social y al régimen de responsabilidades de los agentes intervinientes en las contrataciones. Más concretamente, en este punto no serán analizados solamente la actuación de la inspección de trabajo, de la Fiscalía Laboral y de los demás órganos responsables por tal hecho implicados en la vigilancia y fiscalización de la subcontratación⁸⁸⁷, fundamentalmente contra la precarización laboral, sino también la legislación pertinente seguida por estos órganos, que es básicamente el art. 42 ET en España o las normativas expedidas por el MPT en el caso brasileño.

Para finalizar, es oportuno citar a Antunes, que afirma sobre el papel de los que actúan en el medio de la vigilancia y control de los riesgos laborales lo siguiente: “há luta incessante que vem sendo realizada por lideranças sindicais, fiscais e técnicos do trabalho, trabalhadores adoecidos e familiares contra a precarização da saúde no trabalho. O processo é constatado no âmbito dos órgãos públicos, no interior do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, cujos profissionais ligados às áreas de saúde e segurança do trabalho têm se organizado nacionalmente para reagir às investidas de privatização dos órgãos de controle e pesquisa sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais”.

⁸⁸⁷ ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 55.

11.1 Actuación de los órganos judiciales en las contrataciones y subcontratas

“Administrar recta justicia a todos, recompensando la justicia y el patriotismo, es la norma que regirá mis acciones.”

José Francisco San Martín Matorras

Las líneas siguientes se refieren al poder judicial⁸⁸⁸ y la subcontratación. La posición de la jurisdicción laboral brasileña y española, al principio, fue de poca aceptación a la utilización de la subcontratación. Con el tiempo, y debido a la realidad social, se ha aceptado más. Aunque en el caso brasileño todavía se percibe que hay una divergencia de decisiones dentro del Poder Judicial, en relación a la ilegalidad de la subcontratación en la propia actividad de la empresa. Esta problemática no existe en España, pues, como ya se ha mencionado, se permite la subcontratación en la propia actividad.

En general, basándose en el principio de la primacía de la realidad, los fraudes⁸⁸⁹ detectados por la jurisdicción laboral brasileña son sancionadas, tomando como referencia el art. 9º y 455 CLT, con la vinculación del trabajador a la empresa contratista en determinados casos, juntamente con valores pecuniarios estipulados por el juez, o en otras hipótesis,

⁸⁸⁸ A nível de complementariedade, será mencionado un breve histórico de la constitución del poder judiciário en Brasil: “No Brasil, a Justiça do Trabalho foi instituída pela Constituição de 1934, sendo organizada somente em 2 de maio de 1939, através do Decreto-lei n. 1.237, com a função de dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregados e empregadores. A nova Justiça foi instalada a 19 de maio de 1941 em todo o território nacional, sendo que, no dia seguinte, passavam a funcionar oito Conselhos Regionais, com trinta e seis Juntas. Inobstante vinculada administrativamente ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; possuía autonomia, e independência em seus julgamentos, (...) Com o advento da Constituição Federal de 1946, passou a integrar o Poder Judiciário, sendo composta de Juízes de carreira e indicados por patrões e empregados (composição paritária), sendo-lhe assegurado o poder normativo para o estabelecimento de normas e condições de trabalho (art. 123, § 2º). Permanece, hoje em dia, como órgão do Poder Judiciário, consoante estipula o art. 92, inciso IV, da Carta Magna de 1988, constituindo-se em jurisdição especial destinada a compor e julgar os conflitos decorrentes das relações de trabalho, envolvendo trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, Estados e Municípios, além de outras controvérsias, previstas em lei, oriundas da relação de trabalho, bem como os litígios que se originem do cumprimento de suas próprias decisões (art. 114). Foi mantido seu poder normativo, bem como a composição paritária (composta de juízes vitalícios de carreira e por juízes temporários indicados por empregados e empregadores — art. 113 do texto maior). A especialização toma relevo especial quando se vislumbra restringir seus julgamentos à matéria específica de sua competência, pela singularidade do seu rito processual e peculiaridades de suas decisões, o que, aliás, foi reiterado pela própria Constituição Federal ao restringir a possibilidade de recursos trabalhistas para o Supremo Tribunal Federal quando houver matéria constitucional em discussão (art. 102, II, CF)”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTR, São Paulo, 1996, págs. 151-152.

⁸⁸⁹ Para hacer una idea comparativa de ambos lados de los trabajadores, y de plantilla y los subcontratados, segundo Borges, los tipos de demandas más frecuentes de los empleados de plantilla en 2003 fueron: a) equiparación de sueldos; b) valores relacionados con el FGTS; c) horas extraordinarias; d) daños morales y materiales; e) plano de beneficio complementar, entre otros. Todas esas reclamaciones reiteran la importancia de la desestabilización del empleo y de la condición de asalariado para los trabajadores de plantilla. Es decir, el proceso de subcontratación empieza a atingir primeramente a los de plantilla y muchos de esos pasan a ser subcontratados posteriormente. En relación ya a los subcontratados propiamente dichos, como sigue expresando la autora, 16 de las 19 empresas correspondientes afirmaron haber sufrido demandas laborales, entre las cuales 213 demandas de responsabilidad subsidiaria o solidaria y cinco demandas de reconocimiento de vínculo laboral. Texto extraído de BORGES, Ângela, Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, pág. 116.

reconociendo la responsabilidad solidaria o subsidiaria, conforme cada caso⁸⁹⁰. Diferentemente en España, que el juez después de pronunciado la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, conforme el art. 43 ET, reconoce el derecho al trabajador de la contratista a la elección de ser considerado como uno de plantilla de la contratante o de la propia contratista. Como también menciona tal precepto que habrá responsabilidad solidaria, tema mejor analizado en el último punto de esta tesis, de los derechos laborales y de la Seguridad Social por parte de las empresas contratante y contratista, sin perjuicio de las demás responsabilidades dichas por el juez.

Rodrigues de Lima enumera algunas situaciones donde el Poder Judicial laboral – y no solamente sirve en el caso de Brasil y España, sino a varios otros países de este mundo globalizado – ha detectado la existencia de desvíos en la utilización de la subcontratación: a) una empresa crea una otra que irá absorber su sector de manutención, que irá prestarle servicios con exclusividad; b) una empresa contrata el servicio, de otra, sin amplia y total autonomía de la contratista, inclusive que ésta no dirige, no asume los riesgos de la actividad; c) una empresa contratante acuerda un servicio con una contratista, siendo que su objeto social no guarda armonía con la prestación del servicio o con la ejecución de la obra; d) una empresa contrata un servicio de otra, y los empleados de la contratista se quedan a total disposición de la contratante, que dirige el trabajo con amplios poderes de comando sobre ellos.

Mientras que autores, como es el caso de Alcântara Kalume, defienden la existencia de fraude, todas las veces que los empleados subcontratados fueran o sean todavía empleados de la contratante. Pues para el autor, es inconcebible que estos empleados posteriormente pasen a ejercer las mismas tareas en la contratante pero ahora siendo un trabajador subcontratado. Aunque lo principal es analizar cada caso en concreto, dado que “Neste aspecto, impõe-se a necessidade de o Judiciário analisar caso a caso a terceirização, não se deixando conduzir pela fórmula engendrada pelo Tribunal Superior do Trabalho através do Enunciado n. 331, por

⁸⁹⁰ También es válido citar lo que menciona Cavalcante Junior en relación al principio constitucional que se encuentra en consonancia con el art. 170 CF/88, ya discutido anteriormente. Pero importante es expresar que el orden económico nacional es fundamentado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, en el cual se prima la dignidad humana según los dictamen de la justicia social, llevando en cuenta dentro de tantos los principios de la función social de la propiedad y de la búsqueda del pleno empleo. En este sentido el autor expresa: “Nesse contexto é que se deve situar a terceirização e a ação do Poder Judiciário, porquanto se há transferência lícita a terceiros de certas atividades com o intuito de tornar mais acessíveis determinados produtos, sem prejuízo de sua qualidade, a comunidade, como um todo, estará sendo beneficiada. Porém, se a utilização do instituto ocorrer objetivando maior lucro, mediante a redução das vantagens concedidas aos trabalhadores, em imperdoável aviltamento do trabalho humano, dúvida não pode haver sobre a ocorrência de procedimento ilegal, prática que deve ser coibida pela atuação pronta, firme e equilibrada de um "grande Judiciário"”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 156.

traduzir uma visão errônea do instituto tendente a diminuir sua importância, como ainda por atender contra a própria dinâmica do desenvolvimento do processo econômico o que é de todo inaceitável”⁸⁹¹.

11.2 Actuación de la Fiscalía Laboral en la subcontratación

“La vida es breve; el arte, largo; la ocasión, fugaz;
la experiencia, engañosa; el juicio, difícil.”

Hipócrates

Otro papel importante en el escenario de la fiscalización de las relaciones laborales son las de la Fiscalía del Trabajo⁸⁹². Sus funciones básicas en Brasil están establecidas en el art. 127 CF/88: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Y el art. 129 III CF/88: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ésta, en relación al tema de estudio, es la de mayor relieve también en España⁸⁹³.

⁸⁹¹ CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996, pág. 162.

⁸⁹² A nível de ejemplo del labor del Ministério Público do Trabalho em Alagoas: “MPT - Terceirização: Eletrobras admite descumprir acordo judicial. Maceió (AL) - Em audiência no Ministério público do Trabalho, a Eletrobras Distribuição Alagoas, antiga Companhia Energética (Ceal), reconheceu que está descumprindo o acordo judicial, firmado em 2007. A estatal ainda mantém empregados terceirizados, mesmo havendo 600 candidatos, aprovados no último concurso para o cargo de auxiliar técnico, aguardando nomeação. Os prazos para cumprimento do acordo judicial foi dividido em etapas e a última está prevista para ser finalizada em junho próximo. No entanto, a estatal admitiu que que nesse período não haverá tempo para treinar o pessoal nomeado, antes de entrar em exercício. O representante da Eletrobras, Gustavo Lima Novaes, disse ao procurador do Trabalho Rafael Gazzanéu que não saber precisar quantos contratos firmados entre a estatal e empresas de terceirização de mão de obra relacionados à função de auxiliar técnico. Ele informou que está sendo feito inventário para identificar quais são essas empresas, com previsão de conclusão no próximo dia 20 de maio. “Pretendemos traçar o planejamento para substituição de terceirizados, uma vez que a validade do concurso foi prorrogada até 2012”, declarou durante audiência. Diante das informações prestadas, o procurador Gazzanéu deu prazo de 30 dias para que a Eletrobras apresente cópias de todos os contratos de prestação de serviços firmados com empresas terceirizadas; da relação dos empregados vinculados às empresa terceirizadas que trabalham nas unidades da estatal, com nome e função que exerce em relação aos cargos previstos no acordo judicial. Nova audiência no MPT está marcada para 15 de junho de 2011. Publicado em 6 de Maio de 2011 às 11h16”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

⁸⁹³ Es válido citar: “No caso do Brasil, cabe destacar três exemplos que expressam avanço na resistência ao processo de precarização do trabalho nos últimos anos. Em primeiro lugar e, a mais destacada delas, é a atuação do Ministério Público do Trabalho, cuja autonomia e independência, estabelecidas pela Constituição de 1988, têm permitido a realização de um incansável trabalho de fiscalização e denúncia das injustiças, da ilegalidade e do abuso de poder nas relações de trabalho. No que tange à terceirização, essa atuação do MPT tem sido incansável e tem obtido excelentes resultados, a exemplo do recuo no uso de cooperativas e ONGs como subcontratação pelo Estado e por empresas públicas. Apoiado na (frágil) legislação, o MPT tem denunciado a ilegalidade desses contratos e exigido a substituição dos trabalhadores subcontratados por concursos públicos, o que tem se efetivado”. ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007, págs. 54-55.

De igual manera no tiene competencia el Procurador del Trabajo brasileño para declarar la vinculación de la relación laboral⁸⁹⁴. No se puede intentar una acción civil pública contra las empresas que no respetan la legislación, y particularmente en relación a subcontratación, lo que se encuentran en cuestiones irregulares o en el caso de burlar a la ley. Pues como el propio nombre lo dice, tiene que ser de característica pública, y no el caso mencionado que es privado, aunque se encuentre de forma pluralizada (pertinente a una gran cantidad de trabajadores de una empresa, por ejemplo). Lo que sí es de fundamental importancia, es la actuación de la Fiscalía Pública del Trabajo en los casos de verificación de que los entes públicos están realizando concursos públicos para el ingreso de nuevos funcionarios en la esfera de la Administración Pública, a través de promover investigaciones civiles públicas y de acciones civiles públicas.

El TST brasileño entiende que la Fiscalía Pública del Trabajo solamente tiene legitimidad para defender intereses colectivos relacionados a los derechos sociales constitucionales garantizados tanto del empleado como del empleador también que hayan sido violados. La doctrina acredita que no se debe dar tratamiento restrictivo al ejercicio de este órgano en los casos de acción civil pública, estando estos legitimados para instaurar investigación civil público y proponer acción civil pública con el objetivo de defender los intereses colectivos de los trabajadores y empresarios, obviamente en el ámbito laboral, como también los difusos de la sociedad. Más específicamente en relación a la subcontratación la Fiscalía Pública del Trabajo en Brasil debe tomar una postura no retrograda y observar los verdaderos casos ilegales o de fraudes en la subcontratación. Después de recibida la denuncia de irregularidad sobre este tema, sea de la fiscalización laboral o por parte de los sindicatos o hasta mismo por particulares, el MPT instaurará una investigación civil y caso sea comprobado la irregularidad solucionará, al principio, intentando por vía amigable a través de un acuerdo equilibrado entre ambos implicados. En la hipótesis que no lo logre de esta forma, él hará una demanda en la Justicia del Trabajo.

⁸⁹⁴Importante es resaltar algunas de las jurisprudencias que afirman la negación de la actuación de la Fiscalía Pública pertinente a la cuestión que involucre la situación personal del trabajador: "A Lei Complementar nº 75 regulamentou a atuação do Ministério Público do Trabalho via ação civil pública com intuito reparatorio e para demonstrar a existência de pessoalidade e subordinação na órbita das relações de trabalho, eis que interesses individuais e determinados ou determináveis. O Ministério Público não tem legitimidade para defender interesses relacionados a direitos que não sejam difusos ou coletivos, em especial por não tratar-se de cumprimento de obrigação de fazer preexistente. (TST, RR 261242/96.4, Rel. Min. Antônio Fábio Ribeiro, DJ de 9-4-99)". PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização, Op.Cit., pág.153.

Es importante citar a Guimarães Feliciano, que afirma que la Fiscalía Pública está legitimada a demandar judicialmente en favor de intereses individuales homogéneos⁸⁹⁵, notoriamente si indisponibles. Como será el caso, siempre que el objeto de la tutela sea un derecho fundamental del trabajador, en vista de la propia irrenunciabilidad de ese derecho. O todavía cuando este último, al respecto de ser individuales, asumieren, en su conjunto, forma colectiva, cuya violación podrá resultar grave perturbación al orden jurídico establecido⁸⁹⁶. En este sentido, Guimarães Feliciano resalta la importancia de las acciones civiles públicas y colectivas son particularmente idóneas a la demanda de indemnización por los daños morales colectivos. Visto que muchas veces, infelizmente, se verifican en los supuestos de violación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, como es el caso de la subcontratación y “cuarterización”, “coopergatos”, entre otros.

En relación a la discriminación de la mujer – por ser una agresión a un principio constitucional en Brasil –, en los casos de subcontratación, se percibe que se invierte el onus de la prueba como se puede observar: “Na mesma trilha de princípios, a Diretiva 97/80/CE do Conselho da União Européia (15.12.1997), ao examinar a questão do ônus da prova nos casos de processos de discriminação baseada no sexo (gênero), perfilhou o objetivo de "garantir uma maior eficácia das medidas adotadas pelos Estados-membros, em aplicação do princípio da igualdade de tratamento (...)" e, com essa premissa, instou os Estados-membros da União Européia a assegurarem, em suas legislações nacionais, "(...) que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de fato

⁸⁹⁵ Los intereses difusos son los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares las personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho, conforme el art. 81, párrafo único, I CDC, en el cual, aplicado al derecho del trabajo, sería el ejercicio ilimitado del derecho de huelga, que reclamaría la actuación de la Fiscalía Pública para garantizar un mínimo aceptable con el objetivo de mantener en funcionamiento actividades esenciales a la población, como también velar por la recaudación del FGTS por los empleadores. Diferentemente de los intereses colectivos que serían los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular el grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base, segundo el art. 81, párrafo único, II CDC. Estos son los de mayor interés para el derecho laboral, visto que corresponden a la idea de un segmento caracterizado de individuos, como las categorías económicas y profesionales segundo el art. 511 CLT, el cual se refiere a un universo determinable de trabajadores bajo la guardia sindical, como es el ejemplo del derecho a un ambiente laboral salubre y sin peligros. Caso en que actuaría la demanda de la Fiscalía Pública del Trabajo para prevenir o remediar los daños causados a la salud de un grupo o de todos los trabajadores de una empresa, sea la contratante o la contratista. Los intereses individuales homogéneos serían los decurrentes de origen común, conforme expone el art. 81, párrafo único, III CDC y se caracterizarían, por constituyeren en derechos subjetivos titularizados en las manos de determinadas personas, divisibles por su propia naturaleza. Inclusive eso sucede porque cada titular puede pleitear su defensa aisladamente, a título individual, por los esquemas clásicos o a través de un litisconsorcio. El CPC trata también de que esos bienes tengan tutela colectiva debido al origen común de la cual proviene, como ejemplo la Fiscalía Pública del Trabajo funcionando como sustituto procesal conforme dispuesto en el art. 91 CDC.

⁸⁹⁶ Texto basado en GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, en AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, N. 121, LTr, São Paulo, 2005, pág. 76. En general, en las acciones civiles públicas el entendimiento de los tribunales es que las indemnizaciones correspondientes deben revertirse para el Fondo de Amparo al Trabajador – FAT. Mientras que autores como es el caso de Guimarães Feliciano acreditan que en los casos de daños morales colectivos las indemnizaciones deberían ser revertidas a favor de las personas perjudicadas, aunque se verifica que éste no es el entendimiento dominante.

constitutivos da presunção de discriminação direta e indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento"⁸⁹⁷.

Al respeto de la utilización desvirtuada de sociedades cooperativas de trabajo asociado, las empresas o cooperativas con el objetivo de engañar, eludir o frustrar la aplicación de normas mínimas de protección al trabajo, serán sancionadas por la Fiscalía Pública del Trabajo brasileño. Ésta tiene el poder-deber de actuar en sentido de reprimir este tipo de práctica ilícita o ilegal. Caso haya solamente indicios de ilegalidades, la Fiscalía Laboral debe primeramente instaurar la investigación civil, para efectuar lo que verdaderamente haya pasado, después de concluirlo y habiendo indicios probatorios seguros y suficientes para fundamentar la demanda judicial, deberá hacerlo a través de una demanda civil pública ante la JT.

Varios posicionamientos doctrinales tratan de esta materia, como es el caso de Ferrari y Affonso, que afirman que la Fiscalía laboral no tiene legitimidad para promover demandas civiles públicas en los casos que involucran cooperativas y cooperados⁸⁹⁸, porque sus derechos son individuales y, caso sean colectivos, tendrán obligatoriamente que haya la participación de los sindicatos. Y que tales demandas no objetivan a la protección del patrimonio público y social, ni tampoco del medio ambiente, visto que los intereses difusos y colectivos son los del consumidor, expresados en el art. 129 CF/88. Otras tendencias mencionan que la Fiscalía Pública interpreta erróneamente y transforma todo en objeto de demanda civil pública, que se está creando una tercera vía de procedimiento estatal y una demanda especial para a cobertura de hechos, factos y personas, cuyo *modus operandi* – que son en las relaciones laborales - ya se encuentra amparado por tres formas y especies diferentes de demanda estatal: los procedimientos colectivos, por los sindicatos; la demanda y la fiscalización del Ministerio del Trabajo, estos aplican multas en los casos necesario y inclusive, pudiendo hasta

⁸⁹⁷Es válido mencionar: "(...) Y explicando sigue Guimarães Feliciano expresando: aos cidadãos discriminados em cada um dos países da União. Note-se que a menção a "elementos de fato constitutivos da presunção de discriminação direta e indireta" (na tradução portuguesa) poderia sugerir que não se trata de inversão propriamente dita, mas de desincumbência do ônus da prova pelo sedizente discriminado. Ora, dizer isso seria o óbvio. Ocorre que a definição dos "elementos de fato" incumbe às legislações nacionais e, para além delas, à jurisprudência dos vários países; e há, nesse diapasão, uma tendência minimalista (como, e.g., em Portugal, onde basta alegar e bem fundamentar a discriminação - o que é, na prática, uma inversão do ônus da prova). Cfr. art. 23º, 3, do CT (tópico 4.3 e nota n. 64. supra)". GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, em AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, n. 121, LTr, São Paulo, 2005, pág. 100.

⁸⁹⁸Posicionamiento diferente de Basto Ferraz: "Diante do exposto, é inegável que a proliferação no Brasil de cooperativas fraudulentas se acentuou logo após a inclusão do parágrafo único do art. 442 da CLT, através da Lei n. 8.949, de 9.12.94, provocando uma reação em cadeia do Ministério Público do Trabalho, ingressando com ações civis públicas nas diversas regiões brasileiras, após confirmar, através da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho, a veracidade das denúncias que recebe, sobretudo daqueles que sofrem na pele os efeitos de ser "cooperado" em falsas cooperativas". BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, pág. 146.

llegar a una eventual interdicción del establecimiento, conforme se encuentra dispuesto en los arts. 626 al 634 CLT; como también hay las demandas rectematórias plúrimas o individuales de los propios trabajadores, conforme el art. 483CLT.

Bastos, dentro de tantos ejemplos, menciona la demanda civil pública demandada en septiembre de 2001 por la Fiscalía Pública del Trabajo y el Sindicato de los Eletricitários del Estado de Ceará - Sindleetro. El Juez de la 1ª Vara de la JT de Fortaleza, en agosto de 2004, determinó que la Compañía Energética del Ceará – COELCE se abstenga de absorber mano-de-obra a través de empresa interpuesta, es decir, de contratar trabajadores subcontratados⁸⁹⁹.

La fiscalía laboral debe buscar junto al ente investigado o accionado, la formulación de un termo de ajustamiento de conducta a las exigencias de la ley, objetivando la inmediata cesión de la ilegalidad, segundo estipulado en el § 6º del art. 5º Ley 7.347/85. En este sentido explica Fernandes da Silva: “Este termo terá eficácia de um título executivo extrajudicial, podendo conter a cominação de multa diária (astreintes) em caso do seu descumprimento. (...) Dessa forma, o Ministério Público Laboral não possui discricionariedade para não agir, isto é, quando tiver contato com elementos bastantes para a formação de seu convencimento, para

⁸⁹⁹En este sentido: “A decisão, publicada no Diário da Justiça do Trabalho de 17.8.2004, proíbe esse tipo de contratação em mais de 20 atividades e estabelece a aplicação de multa de R\$ 10 mil por dia de descumprimento da determinação, reversível, se for o caso, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Pela referida decisão judicial, a COELCE não pode contratar terceirizados para: Construção e manutenção de redes de distribuição de energia elétrica; Manutenção de redes de energia elétrica energizada (linha viva ou em linhas de 13.8kV — 13.800 volts — e 69kV — 60 volts); Serviços de normalização e padrões definidos pela COELCE; Retirada de ligação clandestina; Leitura de medidores; Serviços de corte e religação de consumidores de baixa tensão (no poste, e no medidor), inclusive com retirada de ramal e/ou medidor; Vistoria em unidades consumidoras; Serviços de mudança de padrões de instalações; Ligações de novos clientes e outros serviços de atendimento ao cliente, de acordo com os procedimentos estabelecidos pela COELCE, inclusive se estes forem modificados; Serviços de revisão da malha de terra das subestações da COELCE; Serviços comerciais e emergenciais (telefones 120 e 196) por teleatendimento; Inspeções de instalações com suspeita de furtos de energia; Contratação de digitadores; Locação de mão-de-obra e profissionais com funções de almoxarife, auxiliar de almoxarife, operador de empilhadeira e operador de computador; Construção de redes aéreas e distribuição de energia elétrica em média e baixa tensão desenergizada; Instalação de quadro de medição, ramal de ligação, medidor e instalação interna da unidade consumidora para o Programa Luz no Campo”. BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, págs. 253-254. Se puede seguir citando vários casos como estos: “Caixa Econômica Federal: o que — Ação civil pública do Ministério Público Trabalho de 2001 questiona a contratação de funcionários terceirizados e pede a troca por empregados concursados. Resultado - A Caixa se comprometeu a substituir gradualmente parte dos 25 mil terceirizados até 2007 por concursados — 10% em 2004; 10% em 2005; 30% em 2006 e 30% em 2007. O acordo foi firmado em 30.6.04. Furnas: o que - 1 — Ação civil.pública do Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro pede a substituição de cerca de 2.500 trabalhadores contratados por meio de empresas terceirizadas ou cooperativas de mão-de-obra. 2 — Em outra ação civil pública, o MPT pede a substituição de 380 empregados que prestam serviço à empresa desde 1988. resultado - 1 — Furnas entrou com pedido de suspensão liminar no Tribunal Regional do Trabalho e a liminar foi cassada. O MPT entrou com recurso e aguarda decisão do órgão especial do tribunal. 2 — Em junho deste ano, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio concedeu liminar para impor que Furnas efetive os 380 terceirizados que não participaram de concurso público. Banco do Brasil: O que - Ação judicial foi pedida pelo MPT para impedir a contratação de trabalhadores por meio de cooperativas de trabalho. Na estimativa do Sindicato dos Bancários de São Paulo e da CNB (Confederação Nacional dos Bancários), mais de 40% são cooperados ou estagiários ou terceirizados no país. Resultado - No processo já houve uma tentativa de acordo para regularizar a situação. A Folha apurou que o banco deve se comprometer com o Ministério Público do Trabalho a não utilizar mais serviços de cooperativas. Petrobras: o que - A Federação Única dos Petroleiros (FUP) quer o fim da terceirização de trabalhadores em setores como o de manutenção, por causa do número elevado de acidentes de trabalho, e a realização de concurso público. Resultado - Desde o final de 2002, a Petrobras tem negociado o assunto e contratou 5.000 novos funcionários. No total, a empresa informa ter 85 mil terceirizados. Para a FUP, são 121 mil”. BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006, págs. 252-253.

investigação ou para a ação, deverá atuar, pois, nesta hipótese, estará no mister de defesa da sociedade, especialmente em socorro dos interesses coletivos e difusos, como insculpido no artigo 129, III, in fine, da Constituição da República de 1988”⁹⁰⁰.

Para finalizar es importante mencionar, como se puede percibir, la amplitud de la repercusión que la fiscalización puede causar para el combate de la precarización laboral en las subcontrataciones, como puede percibir Metzger y Leite, acordando que la tercerización referida en el texto tiene el significado de subcontratación : “Entretanto, se houver uma fiscalização para inibir terceirizações fraudulentas (que são as principais ensejadoras dos aspectos negativos do fenômeno), pode-se concluir que nem sempre a redução de custos se dará pela perda de direitos trabalhistas. Trata-se de uma lógica comumente utilizada, mas que pode ter outra solução. Pedro Paulo Teixeira Manus, por exemplo, diz que o objetivo do capitalista, com a terceirização, é diminuir seus custos, e que só conseguirá tal fim mediante a diminuição dos valores pagos aos trabalhadores. Tal diminuição é uma forma de economia - embora execrável, diga-se. Mas também o capitalista pode estar tendo lucro com a terceirização pelo fato de estar relegando determinada atividade a um terceiro e o que ele paga a esse terceiro é menos do que ele pagaria para que, com seus empregados regulares, ele próprio realizasse o serviço”⁹⁰¹.

⁹⁰⁰FERNANDES DA SILVA, Paulo Renato, Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Mão-de-Obra e Direito do Trabalho, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, págs. 152-154.

⁹⁰¹En este sentido: “Um exemplo: um empresário gasta R\$1.000,00 com a folha de salários de seus empregados que atuam na atividade-fim da empresa. O serviço de limpeza é uma atividade acessória da empresa. Para prestá-lo por conta própria, o empresário teria que contratar mais um empregado, aumentando seus gastos com pessoal para, por exemplo, R\$ 1.200,00 (isso sem contar os gastos com material de limpeza). Se ele terceirizar poderá ter um custo de R\$ 1.100,00. A terceirizada cobra-lhe R\$ 100,00 pela prestação de serviços de limpeza. Isso não quer dizer que o empregado da empresa interposta receba somente R\$ 100,00 e não R\$ 200,00. A empresa interposta tem condições de lhe pagar o mesmo tanto (R\$ 200,00), ou até mais, porque, primeiro, ela não presta serviços só para essa empresa tomadora; segundo, a mão-de-obra não é pessoal do tomador, logo, o mesmo trabalhador pode trabalhar quatro horas para uma empresa e as quatro restantes para outra tomadora (se fosse só empregado da tomadora, poderia concluir o serviço antes do término da jornada, ficando à disposição desta, auferindo salário). Também há uma economia com o material gasto, que pode ser usado em várias prestações de serviços (além da facilidade da aquisição pela empresa especializada na atividade terceirizada)”. METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 94-95.

11.3 Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las organizaciones sindicales en las contratas y subcontratas

“Nada se sabe bien sino por medio de la experiencia.”

Francis Bacon

506

La fiscalización del trabajo tiene como uno de sus principales objetivos el cumplimiento de la legislación laboral y la prevención de riesgos laborales. De esta forma, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actúa primeramente como un órgano pedagógico, y en los casos que no se cumplan lo requerido, como órgano disciplinario o punitivo⁹⁰². Su función pedagógica -según la Convención 81 OIT que fue incorporada al ordenamiento jurídico brasileño- consiste en facilitar informaciones y consejos técnicos a la empresa y los trabajadores sobre el medio más eficaz sobre la protección al trabajo. En los casos punitivos su función, siguiendo los reglamentos, pretende depurar las faltas y levantar las actas de infracción contra las empresas que no estén cumpliendo las normas, garantizado a éstas la oportunidad de defensa. Dependiendo del caso será impuesta una sanción o no⁹⁰³. En otras palabras, se puede decir que la función del inspector del trabajo no es solamente la de actuación y aplicación de sanciones, también ejerce otro papel importante, el de orientador.

⁹⁰² A nivel de complementariedad: “Uno de los esfuerzos mayores se presenta de la mano de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), que ha reforzado en muchas comunidades autónomas la red de inspectores y subinspectores para realizar un control exclusivo a las empresas de construcción para que se adapten a la legislación vigente”. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, pág. 140.

⁹⁰³ En relación al tema: “Foram os ingleses, em 1833, que vislumbraram a necessidade de estruturar os serviços de fiscalização do trabalho de forma a torná-lo efetivo, sendo criados cargos de inspetores especiais, com autonomia para entrar em fábricas, resolver conflitos decorrentes da aplicação das leis e impor sanções. Posteriormente, foi ela criada na Prússia (1853); na França (1874); na Alemanha (1878); na Suécia (1889); em Portugal (1893); na Itália (1906); na Argentina (1912); no Uruguai (1913); no Japão (1915), no Chile (1919) e no Peru (1920). A fiscalização do trabalho ganhou foros internacionais quando os Estados aceitaram a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, através do Tratado de Versalhes, o qual no inciso 9º do art. 427 estabelecia que os Estados deveriam organizar um serviço de inspeção visando a assegurar a aplicação das leis e regulamentos para proteção dos trabalhadores. No Brasil, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, através do Decreto n. 19.671-A, o Departamento Nacional do Trabalho surgiu com o objetivo de promover medidas de previdência social e melhorar as condições de trabalho, sendo incumbido, especificamente na área de fiscalização, de cuidar da organização, higiene, segurança e inspeção do trabalho. A consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, trouxe um capítulo exclusivo acerca do Processo de Multas Administrativas, conferindo conotação mais repressora do que educativa e orientadora ao órgão de fiscalização. Com a ratificação n.81 OIT, em 1957, sobre Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, o Brasil aderiu às orientações internacionais daquela Organização. O Decreto n. 55.841, de 15.3.65, disciplina o sistema federal de inspeção do trabalho, além das rotinas e procedimentos inspeccionais, constituindo-se no diploma básico da ação fiscalizadora. O Brasil após renunciar, em 1971, a Convenção n. 81, da OIT, voltou atrás e re-ratificou, com efeito repositório, sua adesão àquele diploma internacional, através do Decreto n. 95.461, de 11.12.87. em 1988, com a promulgação da Carta Constitucional em vigor, o legislador constituinte manteve nas mãos da União Federal a competência para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (art. 21, XXIV, CF), o que é criticado por parte da doutrina que entende desrespeitada a tendência de descentralização contida na própria Carta, impedindo, desse modo, a celebração de convênios entre União, Estados e Municípios para fazer face às necessidades de inspeção do trabalho pelo vasto território nacional, notadamente quando, segundo dados divulgados pelo Ministério do Trabalho em 1993, o quadro de inspetores não chega a 3.000. A fiscalização do trabalho está vinculada, diretamente, ao Ministério do Trabalho, segundo o disposto no art. 19, VII, letra a, da Lei n. 8.028, de 12.4.90.”. CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTR, São Paulo, 1996, págs. 138-139.

Deberá enseñar los puntos ilegales en una empresa con la finalidad de que ésta siga las normas.

A partir de ahora serán tratadas las legislaciones en las que se basan estos órganos (Poder Judicial, Fiscalía Pública Laboral y Inspección Laboral) para la vigilancia y el control de la subcontratación, empezando con Brasil y luego viendo su correspondiente en España. En Brasil, la principal normativa relacionado al tema de estudio fue la Instrucción Normativa 7/90 editada por el Ministerio del Trabajo brasileño (que es el correspondiente al Ministerio de Trabajo e Inmigración en España) acerca de la subcontratación. Uno de sus principales preceptos es el art. 2º en que trata de definir una empresa contratista, como se puede notar: “pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constituiu esta última”. La empresa contratante debe tener otra finalidad diversa de la contratista, aunque no se puede exigir conforme redacción pues tampoco está expresa en ley esta última exigencia, lo que no se permite es mantener el trabajador de la contratista produciendo un servicio distinto de lo cual fue contratado.

Algunas otras características pueden ser observadas en esta Instrucción Normativa 7/90, como por ejemplo, la práctica de la subcontratación puede ocurrir tanto dentro de la empresa contratante como externamente. Pudiendo la subcontratación ser hecha solamente de equipamientos como también, lo que es más común, de trabajo humano, o haciendo uso de ambas. También es importante resaltar que conforme los preceptos de la CLT, si un trabajador de la contratista labora dentro de la empresa principal y ésta hace parte de un grupo de empresas, el vínculo se establece con el grupo económico como un todo.

La Instrucción Normativa 7/90 fue revocada por la Instrucción Normativa 3/97; ésta menciona los requisitos básicos en lo pertinente a las obligaciones de la empresa contratista y de la contratante. Deberá constar el registro del empleado con todas sus identificaciones; en los casos de uso de tarjeta de identificación dentro de la empresa contratante, no es necesario que esté la documentación. El fiscalizador del trabajo los conferirá en la empresa contratista. En esta tarjeta debe estar especificado el nombre completo del trabajador, la función que presta en la contratante, la fecha de admisión y el número del PIS/Pasep. Tal instrucción trata también del horario de trabajo, en el cual el control de la jornada debe ser hecha en el local de la prestación del servicio. En los casos de trabajador externo, este control debe permanecer en la empresa contratante. Las actividades del trabajador igualmente deben ser vigiladas, el

fiscal laboral debe observar las tareas ejecutadas por el empleado de la contratista con la finalidad de constatar que tal servicio no es del tipo de la actividad principal de la contratante.

El contrato entre ambas empresas es otro tema que debe ser observado por los fiscalizadores, con la intención de conferir se las mismas proponen explorar la misma actividad. El contrato de prestación de servicios es el último punto determinado por la normativa como de vigilancia por los fiscalizadores, debiendo verificar si existe compatibilidad entre el objeto del contrato de prestación de servicios y las tareas desarrolladas por los empleados de la contratista. Todo con el intuito de constatar se ocurre algún tipo de desvío de la función del trabajador so pena de sanción de la contratante y pedido de reconocimiento del vínculo de empleo entre ésta y el trabajador de la contratista.

La única crítica hecha a esta Instrucción Normativa 3/97 es en relación a su párrafo único del art. 5º. Dado que éste afirma que ocurrirá la vinculación de la relación de empleo automáticamente entre el trabajador de la contratista y la empresa contratante en los casos de cesión de mano de obra. Aunque como ya se había dicho, es erróneo el precepto pues según el art. 114⁹⁰⁴ CF/88, es de competencia de la JT. Igualmente otro punto a ser destacado es que, como está tipificado en la legislación laboral española, que también ya se ha mencionado, el trabajador decide se prefiere la vinculación laboral con la empresa contratista o con la contratante, siendo de esta forma una elección libre que deja la legislación al trabajador subcontractando. De igual manera también hay una interpretación errónea del art. 1º §1º de la Portaria 925/95, en que expresa la autoridad de los fiscales del trabajo de determinar el vínculo de la relación de trabajo.

La Portaria 925/95 trata de la fiscalización del trabajo en empresa contratante de cooperativas, según esta Portaria el Agente de Inspección del Trabajo debe verificar junto a la sociedad cooperativa si sigue los requisitos legales establecidos por la Ley 5.764/71, sobre el análisis de las características a seguir: “a. número mínimo de 20 associados; b. capital variável, representados por quota-parte, para cada associado, inacessíveis a terceiros, estranhos à

⁹⁰⁴El art. 114 CF/88 es pragmático al determinar la competencia de la Justicia del Trabajo, expresando: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. §1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. §2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalhador. §3º. Compete ainda à Justiça do Trabalho executar de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195 I a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

sociedade; c. limitação do número de quotas-partes para cada associado; d. singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, exceção feita às de crédito, optar pelo critério de proporcionalidade; e. quórum para as assembleias, baseado no número de associados e não no capital; f. retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado; g. prestação de assistência aos associados; h. fornecimento de serviços a terceiros atendendo a seus objetivos sociais”⁹⁰⁵.

En las inspecciones hechas por los fiscalizadores del trabajo, deberá la empresa contratista tener toda la documentación referente al trabajador so pena de actuación y sanción de multa por parte de la fiscalización. Las obligaciones de las empresas son: El control de horario de los trabajadores de la contratista será hecho dentro de la empresa contratante, pero en los casos de trabajadores externos deberá tener el control la empresa contratista. El fiscal del trabajo observará al trabajador en el servicio que ejecuta en la empresa principal a fin de conferir si es una actividad auxiliar de la empresa. Como también es función del fiscal del trabajo examinar los contratos sociales de la contratante y de la contratista para comparar si ambas se proponen a explorar las mismas actividades fines, aunque no sea el objetivo fundamental. Y finalmente, deberá el fiscal del trabajo verificar si hay compatibilidad entre el objeto del contrato y las tareas desarrolladas por los empleados de la contratista, con la intención de observar si hay desvío en la función del trabajador.

Otras medidas a ser fiscalizadas son las relacionadas con la Seguridad Social. La empresa debe estar al día con las obligaciones con el Gobierno Federal, también se verificará si la contratación del funcionario cumplió con todos los requisitos formales, si hubo los exámenes médicos de admisión referentes al tipo del trabajo a ser realizado, los cuadros de horarios y las tarjetas de vigilancia del cumplimiento de los horarios por parte de los trabajadores. La mejor opción para evitar futuros problemas es que las empresas contratantes pidan rendición de cuentas a las empresas contratistas para verificar si todos los dictámenes legales están de hecho siendo cumplidos. Pudiendo el primero exigir del segundo, en el contrato de trabajo so pena de no realizar el pago regular de lo contratado, acceso a los comprobantes de pago de las remuneraciones de los trabajadores, como también todas las tasas debidas al FGTS, INSS, PIS, Finsocial, IR sobre la fuente.

⁹⁰⁵ALVES POLONIO, Wilson. Terceirização. Op. Cit., pág. 115.

La legislación del trabajo brasileño exige el cumplimiento de algunos procedimientos administrativos de las contratistas cuando en las instalaciones de las contratantes, los cuales deben auditar y en lo caso de encontrar irregularidades deberán determinar la inmediata corrección, conforme especifica Ramos Soares: a) La contratista tiene por obligación mantener en las instalaciones de la contratante una copia autenticada de los contratos de trabajo de todos sus empleados que allí trabajan; b) Deberá también cumplir las determinaciones de las Normas Reglamentadoras referentes a la prevención de accidentes laborales; c) Preparar el PCMSO - plano de controle médico y salud ocupacional - NR 07 ; d) Constituir la CIPA - NR 5; e) El SESMET donde sea aplicable - NR 4; f) Fornecer los EPIs; g) Instalar los EPCs; h) La contratante deberá también conferir las anotaciones en las CTPS de los empleados de la contratista; i) Exigir de la contratista la presentación periódica de los referidos documentos: Guía de recaudación del IAPAS; Guías de recaudación del COFINS; Guía de recaudación del IR en la fuente; Nómina destacada de los funcionarios en su unidad; Conferir: horas trabajadas, pago de vacaciones, auxilio-maternidad, auxilio-natalidad, horas extraordinarias, adicionales nocturno, insalubridad y peligrosidad, entre otros⁹⁰⁶.

En relación al caso español, de forma resumida, la fiscalización es hecha por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulada por la Ley 42/1997, desarrollada por el Real Decreto 138/2000, modificado por el RD 689/2005, y por el RD 928/1998. La Inspección laboral, como todas las demás Inspecciones Públicas, tiene como función velar por el correcto cumplimiento de las legislaciones pertinentes a cada tema. Al principio, como pasa en la legislación brasileña, la Inspección laboral tiene su función pedagógica, pero también se percibe a posteriori su función sancionadora al comprobar eventuales incumplimientos a la legislación. Lo que es conveniente destacar es que las materias a que extiende su competencia no termina en el derecho del trabajo en stricto sensu, como también trata de casos de cooperativas, Seguridad Social, prevención de riesgos laborales, entre otros. Además de la vigilancia y control, también tiene función de asesoramiento, mediación, posibles arbitrajes, propuestas de sanciones, e información a la Autoridad Laboral competente.

Los inspectores, tiene un ámbito de actuación y facultades amplias, inclusive de protección civil del derecho al honor, la intimidad familiar y personal y la propia imagen. Están vinculados por el deber de secreto profesional y también están vinculados por las restricciones de la Ley de incompatibilidad de los funcionarios públicos. En relación a sus facultades, es

⁹⁰⁶Texto basado en RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996, pág. 195-196.

pertinente enseñar algunas: entrar en empresas sin previo aviso; revisar la documentación de la empresa que crean necesaria para su perfecto labor; y la de requerir y obtener apoyo de todos los que están involucrados en este medio, como es el caso de los trabajadores, las empresas contratantes y contratistas, representantes sindicales, etc.

Es importante mencionar que las competencias de la labor inspectora no pertenecen solo al Estado sino también a las Comunidades Autónomas, y que la normativa española se encarga de hacer relacionar el funcionamiento de una con las otras, de sus competencias, divisiones y nomenclaturas. La función inspectora se realiza, normalmente, a través de visitas a las contratantes y contratistas, en las cuales al final hacen una Acta. Éstas pueden ser de Requerimientos (que son Actas de advertencia), de Obstrucción (que son las de denuncia), de Infracción o Liquidación (ambas se refieren a las de infracciones en las obligaciones de la responsabilidad para con la Seguridad Social).

Las empresas deben tener los conocidos “Libros de visita de la Inspección de trabajo”, en el cual serán anotados las inspecciones que se realicen en la empresa. En los casos que el Inspector considere necesario, puede ordenar que se paralice inmediatamente las actividades de la empresa contratante o contratista, debido a la no observancia correcta de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El correlativo de importancia de la Instrucción Normativa 3/97 en el caso español está reglamentado por ley, más precisamente en el art. 42 ET, como debe ser: dentro de una legislación laboral. En este sentido, es importante mencionar los deberes del empresario contratista en España, subcontratista y del contratante. En relación al deber de comprobación del empresario contratante, la empresa principal tiene el deber de demostrar que sus contratistas y subcontratistas están al corriente con los pagos de las cuotas de la Seguridad Social, debiendo ser, conforme art. 42.1 ET “por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Al finalizar este plazo, será considerado exonerada la responsabilidad subsidiaria de las deudas, en el supuesto de que existan, que la contratista tenga con la Seguridad Social.

Según Olmo Gascón, lo idóneo sería solicitar la certificación antes de la subcontratación ser realizada como también durante la vigencia de tal contrato entre ambas

empresas. Así ocurriría una mejor protección al trabajador subcontratado, como también es una garantía a la empresa contratante. Inclusive que se discutía entre la mayor parte de la doctrina acredita que el cómputo de los 30 días - civil o administrativo - que la Tesorería General tiene para dar una respuesta de la situación que se encontraba la contratista en relación a sus pagos en día, se tiende a ser considerado el cómputo administrativo⁹⁰⁷. Otra cuestión a ser analizada es que una parte de la doctrina consideraba que esto podría atentar contra el derecho de intimidad del contratista, mientras que otra parte cree que es importante que la certificación debe ser lo más completa posible para que la contratante realmente sepa con quien está haciendo una subcontratación. Relacionado con el resultado de la Tesorería Pública, a pesar de saber la responsabilidad que adquirirá caso quiera contratar con la contratista, la contratante no es prohibida de tal contratación, y eso está basado en el derecho fundamental de libertad de empresa garantizado por la Constitución española.

En lo que se refiere al deber de información del contratista y del contratante para con los trabajadores de ambos, es que estos deben saber los aspectos esenciales de sus contratos y sobre el centro de trabajo que prestarán sus servicios. Los trabajadores de la contratista deberán tener por escrito de la empresa contratista todas las especificaciones (de la empresa principal y local de trabajo). También es deber de la contratista informar sobre todos los datos de la contratante a la Tesorería General de la Seguridad Social conforme la regla lo determine.

Conforme expresa el art. 42.4 ET, sin perjuicio de las informaciones trimestrales sobre subcontrataciones conforme art. 64 ET, también es deber de la empresa contratista o subcontratista informar a los representantes legales de sus trabajadores, acerca del: “a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. b) Objeto y duración de la contrata. c) Lugar de ejecución de la contrata. d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal. e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.” Siendo añadido a

⁹⁰⁷ Conforme explica la autora: “Un segundo aspecto se centraría en la forma del cómputo de los 30 días —civil o administrativo—, concedidos a la Tesorería General para emitir la certificación de descubiertos. El civil como se sabe, no descuenta los días inhábiles, y a pesar de que el administrativo al ser más largo podría perjudicar al principal, puesto que, cuanto más largo sea el plazo que se concede a la entidad gestora, menos posibilidades tiene de exonerarse de responsabilidad en caso de silencio de la entidad, la doctrina mayoritariamente, ha defendido la naturaleza administrativa del mismo. La lógica indica que efectivamente se trata de un plazo administrativo, y la preocupación arriba manifestada es más una ventaja que un inconveniente pues cuanto más extenso sea el plazo, existen más posibilidades de que el organismo conteste, que al fin y al cabo es la finalidad de la norma; es decir, no procede tener tan en cuenta situaciones que debieran ser absolutamente puntuales y excepcionales, como lo es el hecho de que no se obtenga respuesta alguna con la consiguiente exoneración para la empresa principal, exoneración que no constituye el fin de la norma, que como reiteradamente se ha recogido, es de naturaleza garantista para aquellas entidades”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, pág.67.

este precepto la reciente reforma del art. 42 ET: “cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro de registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de trabajadores”.

La empresa debe tener al día el libro de registro. Su finalidad es dar una mayor transparencia y certeza en la información dada por la contratante, como también sirve para contrastar, verificar y enjuiciar la precisión de la información fornecida⁹⁰⁸. Caso no lo cumpla con tal normativa, y siguiendo el art. 14 RDLMCE que ha definido el apartado 12 del art. 7 LISOS, será dada la aplicación de la infracción grave, acordando siempre que deberán estar ambos elementos conjuntos (tanto la formal cuanto la material). Caso sea desobedecida solamente el elemento formal, es decir, caso la contratante tenga el libro de registro pero no ha fornecido la información a los representantes de los trabajadores, eso no constituye la infracción grave. Sino una falta grave estipulada por el art. 7.7 LISOS por haber cometido una transgresión de los derechos de información.

También es cierto mencionar en relación a la discusión sobre la necesidad de las empresas contratante y la contratista compartan de forma continuada un mismo lugar o centro de trabajo. Al tratarse de qué manera se puede clasificar lo que sería considerado como una forma continuada o no, y la diferencia entre lugar y centro de trabajo – cuestión esta última que grande parte de los autores consideran como sinónimos, como es el caso de Valdés Dal-Ré – son problemas interpretativos que los tribunales irán analizando con el pasar del tiempo⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ En relación al histórico del libro registro de contratas y subcontratas, se percibe que en la redacción introducida por la reforma de 2001, y su texto, el art. 42.4 ET, ha instituido el derecho de información estructurado en torno al sujeto activo del derecho, representación legal de los trabajadores de la contratista. Y los representantes legales de los trabajadores de las empresas contratistas – y el sujeto pasivo – el obligado a facilitar la información, que es el empresario que concierne con otra empresa una subcontratación, y con el objetivo principal la entrega del libro registro. Con la reforma de 2006 hecha por el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo – AMCE, pasando a ser parte del ordenamiento estatal por el RDL 5/2006 para la Mejora del Crecimiento y el Empleo – RDLMCE, que luego fue derrocado por la Ley 43/2006 también denominada LMCE ha ampliado el alcance del art. 42.4 ET, siendo entonces objetivado dos cuestiones: la formal (tener un libro de registro) y la material (información que debe reflejar el libro de registro).

⁹⁰⁹ En este sentido afirma Valdés Dal-Ré: “Trasladando las anteriores y elementales consideraciones al campo que aquí interesa, puede defenderse razonablemente el criterio de que el requisito legal incluye a las contratas o subcontratas de las que nacen obligaciones duraderas, y excluye, por lo mismo, a aquellas otras que implican una conducta o una prestación instantánea. Intentando desentrañar más el alcance del segundo apartado del art. 42.4 ET, a la luz de lo expuesto pueden formularse las cuatro siguientes afirmaciones: i) La ejecución de contratas o subcontratas de forma continuada incluye a las contratas de larga duración o de carácter indefinido. ii) Pero lo continuado o duradero no es sinónimo de permanente o indefinido. iii) Las obligaciones duraderas tampoco equivalen a obligaciones ininterrumpidas. También ha de estimarse que se ejecuta de forma continuada la contrata o subcontrata que impone una obligación periódica, con independencia de que las secuencias de la periodicidad sean conocidas y ciertas o sean inciertas. iv) Las obligaciones duraderas constituyen el contrapunto y se oponen a las instantáneas. Por consiguiente, quedan excluidas del ámbito de imputación del nuevo apartado del art. 42.4 ET las contratas o subcontratas cuya

Analizando con mayor detalles el art. 42.4 ET se perciben cuatro elementos que han de ser mencionados. El primero se refiere a que la empresa deberá disponer de un libro de registro. Aunque la ley no expresa nada a cerca de los rasgos estructurales de este documento, en lo que se traduce a la falta de mejor aclaración por parte del legislador español. El segundo es en relación al deber de llevanza del libro de registro, en el caso de que una contratante tenga varios centros de trabajo, ¿será necesario crear un libro de registro para cada lugar o uno solo para todos?, o al revés: que haya muchas contratistas dentro de un centro de trabajo de la contratante, ¿deberá existir un libro de registro por cada contrato acordado entre la contratante y sus contratista o solamente uno mencionando tal relación en él? Hay autores que están de acuerdo con la separación de libros – desde y cuando tenga soporte electrónico y no solamente en papel -, y así facilitaría el acceso de los representante de los trabajadores tener el registro, y eso relacionado tanto al primero caso de varios centros de trabajo. Lo que sí es cierto, en relación a la segunda indagación, es que en el libro de registro es obligatorio constar de manera diferenciada la información de cada una de las contrataciones – caso la contratante desee apenas abrir un único libro de registro - que compartan el mismo lugar de la contratista de forma continuada.

El segundo párrafo del art. 42.4 ET trata de la disponibilidad que el libro de registro deberá tener los representantes de los trabajadores, al cual se refiere a la representación unitaria, es decir, a los Comités de Empresa y Delegados de Personal. De todas maneras, la empresa contratante deberá colocar a disposición de la representación legal, intitulado por el delegado sindical, caso haya, tales informaciones por tratarse de un nivel comparativo, establecido por el art. 10.3.1 LOLS, entre ambas categorías de organización de los intereses de los trabajadores.

Otro apartado incluido en el art. 42 ET, con la Ley 43/2006, fue el séptimo que trata de la hipótesis que la contratante, contratista y subcontratista: “compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el art. 81 de esta

ejecución se consume con la prestación; aquellas contrataciones a las que no es posible imputar una vocación de perseverancia o reiteración en el tiempo. En razón de lo expuesto, el requisito legalmente establecido termina dibujando un campo de aplicación largo y ancho, que cubre la mayor parte de los procesos de descentralización productiva cuyo desenvolvimiento requiere la presencia de personal de las empresas contratistas o subcontratistas en un centro de trabajo del empresario principal. De este escenario solamente quedan excluidas, de manera clara y terminante, las contrataciones y subcontratas cuya presentación sea instantánea, esporádica o de duración breve. El resto de contrataciones y subcontratas, incluidas las que se cumplen con criterios de periodicidad, ha de estimarse en principio que se celebran de forma continuada. Y, por lo mismo, que se encuentran sometidas a la disciplina del párrafo segundo del art. 42.4 ET”. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, El libro registro de contrataciones y subcontratas, en AA.VV., Relaciones Laborales, N. 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007, págs. 07-08.

Ley”. En relación a la capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores y su crédito honorario será estipulado por legislación o, dependiendo del caso, por los convenios colectivos de aplicación.

Igualmente no se puede dejar de mencionar el en que la ley excluye el deber de comprobación, de información y la responsabilidad, conforme expresa el art. 42.2 ET: “No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”. Ambas excepciones existen, “se completan con un mandato muy parecido en el artículo 127 LGSS”⁹¹⁰, y no habrá responsabilidad desde que el contratante no tenga la calidad de empresario.

Para finalizar, es necesario mencionar una vez más que en los casos de vigilancia, limpieza entre otras actividades accesorias pueden ser subcontratadas sin ningún contratiempo; la problemática en España es en relación a las actividades consideradas como de la “propia empresa”. Estos son las que generan discusiones como se puede percibir en la doctrina y jurisprudencia española y que el legislador específico las contempla en el art. 42 ET, con el objetivo de disminuir los casos de cesión ilegal de mano de obra. Aunque todas estas sean formas de subcontratación, no cabe la aplicación de las responsabilidades enumeradas en este referido artículo a las subcontrataciones de carácter no esencial a la propia actividad de la empresa. Sin embargo, están sujetas a la responsabilidad del art. 24⁹¹¹ LPRL, en el cual engloba a todos los tipos de contratación.

⁹¹⁰PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, op. Cit., pág.519.

⁹¹¹El art. 24 LPRL define: “Coordinación de actividades empresariales 1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley. 2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores. 3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. 4. Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal. 5. Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo 6. Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente”.

Después de analizados los órganos correspondientes a los procedimientos de vigilancia y control de la subcontratación, serán vistos los procedimientos judiciales a nivel de derecho procesal y sus particularidades.

12. La subcontratación en el orden jurisdiccional social

"Las leyes buenas significan buen orden."

Aristóteles

No se puede olvidar que el Derecho Procesal tiene su debida importancia una vez que es el que garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos del trabajador subcontratado, en su caso, poder reivindicar sus derechos. Principalmente, serán estudiadas en este apartado cuestiones como la responsabilidad solidaria y su forma de demandarla judicialmente, a pesar de que el tema específico de la responsabilidad será mejor analizado en el próximo punto de esta tesis. Igual de importante es resaltar que serán estudiados apenas los temas pertinentes a reclamaciones de carácter individual.

En un principio el trabajador involucrado en la subcontratación no disponía de una tutela específica para conjurar los riesgos de que hayan denegrido o violado los derechos laborales de los trabajadores subcontratados, visto que la principal medida protectora era algunas previsiones procedentes del derecho común, en la cual ofrecía una tutela muy limitada. Solo posteriormente es que se fueron creadas normas laborales para la debida protección necesitada. Más específicamente relacionado con la tutela del código civil español, se percibía que había la posibilidad reconocida a los dependientes del contratista de plantear una acción directa contra el comitente o dueño de la obra reclamando la satisfacción de las cantidades que les adeuda el contratista lo que es debido, conforme se expresaba en el art. 1.597 CCE⁹¹².

⁹¹²En este sentido Norez Torres explica que este precepto es de alcance muy limitado: "por un lado, no inciden para nada en la conjura del primero de los riesgos arriba mencionados, esto es, en la aplicación de un tratamiento económico y normativo inferior en la empresa contratista; por otro, su influencia en el segundo es relativa, pues la suma que se puede obtener del empresario principal a través de la acción directa no llega a cubrir necesariamente la totalidad de los créditos laborales pendientes". NORRES TORRES, Luis Enrique, El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág 25.

Tal precepto civil continúa en vigor en los días actuales puesto que, a pesar de haber legislación laboral específica sobre subcontratación, se aprecia que no todos los tipos de subcontratación pueden entrar en la aplicación de la legislación laboral, sino las contrata y subcontratas que presentan una determinada cualidad. Por otro lado, las acciones reconocidas por las mismas, conforme Nores Torres, se encuentran sujetas a unos plazos de ejercicio específicos. De esta forma, los trabajadores subcontratados que no lo hicieron en el plazo determinado o quedaron fuera de la protección ofrecida por la norma laboral, tiene la oportunidad de hacer el reclamo basándose en el art. 1.597 CCE⁹¹³.

La subcontratación no influye solo en el derecho laboral y en las maneras de los tribunales decidieren acerca del tema como también influye, incuestionablemente, en las leyes procesales laborales de ambos países. Se puede demostrar sencillamente al analizar la cantidad de jurisprudencias que trata de cuestionamientos de asuntos como por ejemplo principios afectados o propiamente materia de hecho, entre otros en los cuales serán desarrollados en este tópico⁹¹⁴.

En Brasil, hay tres cuestiones generales pertinentes al tema que es válido ser nombradas, antes de adentrar específicamente en los asuntos relacionados entre la subcontratación y el proceso laboral brasileño. La primera es una particularidad en el derecho procesal brasileño que se menciona a nivel de medida de aclaración y detalle a cerca de esta legislación, que es lo que denominamos de *ius postulandi*. En otras palabras, significa que la parte afectada, normalmente el trabajador, pueda demandar sin tener que obligatoriamente la intermediación de un abogado, de manera similar a lo que sucede en España.

⁹¹³ En este sentido, sigue explicando el autor: "Al margen de la acción directa reconocida en el código civil, el ordenamiento laboral contiene unas previsiones más específicas cuyo objetivo es la protección del trabajo en las contrata de una forma más incisiva. En este punto, la norma de referencia, al margen de las previsiones específicas contenidas en la legislación de seguridad social — artículos 104 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social, según el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio— y de prevención de riesgos laborales —artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre—, es el artículo 42 ET, precepto que fue modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. 18.1.- El precepto en cuestión, al regular el trabajo ejecutado a través de contrata de obras y servicios, establece, además de ciertas obligaciones documentales e informativas, una responsabilidad solidaria del empresario principal respecto las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por el contratista con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata. En todo caso, esta responsabilidad fijada en el texto estatutario no se prevé para todo tipo de contrata, sino que, más limitadamente, la responsabilidad solidaria se restringe a aquellas que presentan una determinada cualidad, en concreto, la de pertenecer a la «propia actividad» de la empresa principal". NORRES TORRES, Luis Enrique, El trabajo en contrata. La noción de contrata de la propia actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 26.

⁹¹⁴ Postura defendida por Garcia de Oliveira y Cavalcanti de Andrade Neves, en cual expresan que: "seja considerada questão de extrema importância na atualidade: o direito material do Trabalho, envolto num processo de adequação de sua normativa jurídica ao processo de flexibilização, vem, como é sabido, de certa forma, rompendo e descaracterizando seu arsenal principiológico, fonte de sua gênese. Fato é que também a lei adjetiva vem se transformando devido às mudanças impostas ao mundo do trabalho contemporâneo. Entende-se que para a manutenção do caráter tutelar próprio ao Direito do Trabalho é necessário que, no tocante à terceirização trabalhista, a interpretação das normas processuais seja feita no sentido de facilitar a cobrança dos créditos do obreiro terceirizado em Juízo". GARCIA DE OLIVEIRA, Breno & CAVALCANTI DE ANDRADE NEVES, Eduardo. Tópicos de direito processual afetos à terceirização en: Terceirização no direito do trabalho, Série Ciências Laborais, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004, pág. 243.

De alguna manera este instituto es importante para el acceso a la justicia, en el caso en que nadie podrá ser considerado marginalizado, y que todos tienen derecho a un procedimiento efectivo compatible con sus carencias y necesidades planteadas en juicio. Aunque también hay un cierto riesgo de no contratar un abogado que es la falta de conocimientos técnicos específicos y básicos para dar continuidad al proceso. Pudiendo en muchas veces no saber cómo proceder en las fases de hechos probatorios, o fechas de entregas de documentos y lista de testigos. En realidad el instituto *ius postulandi* en la práctica sirve más para el no pago de los cargos procesales, por no tener la obligación de pagar los honorarios del abogado en la hipótesis de la sentencia ser favorable al otro lado de la lid. El segundo a ser nombrado es que la representación podrá ser hecha por el sindicato, una asistencia sindical, en que no necesariamente el trabajador subcontratado sea sindicalizado.

Las demandas en España al principio son hechas a través de un proceso laboral ordinario, que tiene como característica la simplicidad y adaptabilidad a todas las clases de pretensión, o también puede ser hecha a través de la especialidad del objeto de pretensión y de la naturaleza del derecho o como el interés objeto de tutela por parte de la norma de derecho sustantivo.

Generalmente las demandas en España van a requerir al juez una petición de condena, y requerirá, como todas, un pronunciamiento judicial previo sobre la realidad de la empresa que esté relacionada con la subcontratación que pertenece el trabajador autor de la demanda que, obviamente, servirá de base para la construcción de la demanda. Sin contar con otros problemas de calificación jurídicas que son complejos. Como por ejemplo, muchas veces hay el problema de interpretación del concepto de propia actividad declarada por el art. 42 ET, como también si es una cesión legal o ilegal de mano de obra conforme el art. 43 ET. Otra cuestión importante a ser mencionada es sobre el derecho de información dispuesto en el art. 42 ET, que es de utilidad al trabajador subcontratado para que éste se entere quienes son los probables sujetos que podrá demandar judicialmente, un mecanismo eficaz para frenar la cesión ilegal de trabajadores⁹¹⁵.

⁹¹⁵ A nivel de complementariedad, es válido citar que: "En lo que refiere a la cesión ilegal de trabajadores, la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario respecto a las obligaciones contraídas con la Seguridad Social (artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores) tiene su continuación en el artículo 127.2 de las LGSS, en el que se prevé la misma solidaridad respecto al pago de las prestaciones causadas durante la cesión prohibida, confirmada en el artículo 10.2 del Real Decreto 1637/1995 citado". ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, La descentralización productiva: Tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo, en AA.VV, La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 345.

Por último, hay que destacar la Enmienda Constitucional brasileña n. 45/2004 que hubo alteraciones bastantes considerables en relación a las atribuciones del tribunal laboral. Tales alteraciones no han afectado ninguno de los dispuestos relacionados con la subcontratación propiamente dicha, así que no hay dudas que la jurisdicción que juzgará casos entre contratista y su empleado es de la justicia del trabajo.

En el caso español, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal⁹¹⁶, la LPL determina ser de competencia del orden social las cuestiones litigiosas relacionadas entre empresario y trabajador en virtud de un contrato de trabajo. Inclusive la LPL también trata de la materia de Seguridad Social que hace parte del ámbito de la competencia del orden social. Aunque el art. 3.1.b)⁹¹⁷ LPL aparta la gestión recaudatoria de la competencia del orden social. Siendo competencia del contencioso-administrativo, a pesar de que la jurisprudencia del STS social 20/07/90, Ar. 6444 afirma que en cuestión de cotización y prestación es de competencia del orden social. Igual se encuentra dentro de esta competencia el conocimiento de las cuestiones litigiosas en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, conforme expresa tal normativa.

⁹¹⁶ En relación a la Ley Concursal y a la responsabilidad solidaria: “Esta calificación reporta indudables ventajas para el trabajador en las situaciones concursales, pues, si quien se encuentra en situación de insolvencia, declarada judicialmente, es la empresa contratista, el trabajador podrá opcionalmente acudir a reclamar la responsabilidad solidaria impuesta a la empresa principal, o bien dirigirse directamente al FOGASA, reclamándole las prestaciones previstas legalmente, sin que el Fondo pueda denegarlas en base a que previamente debe agotar las posibilidades de satisfacer dicho crédito de la empresa principal en situación de liquidez económica para hacerlo. Y en parecidos términos, si quien se encuentra en situación de concurso es la empresa principal, los trabajadores de la contratista no estarían obligados a hacer uso de los beneficios de la responsabilidad solidaria, pudiendo dirigirse directamente contra su empleadora sin necesidad de demandar conjuntamente a ambas. Y así, obtenido el título ejecutivo, podrán en fase de ejecución ir contra ella sin que se le pueda oponer la supresión de la ejecución separada, ya que «la incorporación obligada de los créditos pendientes de pago al concurso lo son exclusivamente respecto de las deudas del concursado, no del resto de las empresas que mantengan lazos contractuales con el concursado». De otro lado, añadir que esta interpretación no sólo resulta más favorable para el trabajador en situaciones concursales, sino también pensemos en los supuestos de cadenas de contratas, pues, con ello se descarga al trabajador de la supuesta obligación de demandar tanto al empresario principal, como al contratista, así como a los sucesivos subcontratistas que pudieran estar engranados entre sí por sucesivas contratas, especialmente, cuando de antemano se sepa que tan solo existe patrimonio en una o algunas de las empresas implicadas. (...) Finalmente, hemos de referirnos de nuevo a la Ley Concursal en la medida en que también ha incidido de manera importante en la ejecución respecto de tales supuestos de concurso. Concretamente, el art. 55 establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el patrimonio del deudor⁹⁵, y las que ya se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Por su parte, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan igualmente sometidas a lo establecido en la Ley Concursal”. SORIANO CORTÉS, Dulce, Aspectos procesales de las contratas, en AA.VV., Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2007, págs. 120-130.

⁹¹⁷ El art. 3.1.b) LPL expresa: “1. No conocerán los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social: b) De las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social”.

La cuestión más problemática es la que se encuentra en una zona gris tanto en Brasil como en España, es decir, por ejemplo, cuando ocurre una cuestión de subcontratación ilícita, en que el empleador verdadero está disfrazado de contratante y tiene la figura de la contratista solo como forma de burlar a la ley⁹¹⁸. En este caso, la jurisdicción será de la justicia laboral, o también en la hipótesis de subcontratación irregular, cuando no se observa todos los requisitos legales expresos en la CLT o en ley específica.

Otro caso en que consideramos jurisdicción de la justicia laboral es que el trabajador utilice su derecho de invocar la corresponsabilidad de la empresa contratante en los casos en que la contratista no esté al día con sus obligaciones laborales y de la Seguridad Social. Después puede la empresa principal entrar con un pedido de reintegro contra la empresa auxiliar requiriendo la cuantía determinada de los pagos debidos pero no dados por parte de ésta. Diferentemente de los casos en que hay una lid entre la empresa contratante y la contratista, caso en que no hay cuestiones que involucren los trabajadores, la jurisdicción será de la justicia común.

La relación entre subcontratación y litisconsorcio resulta uno de los temas más importantes de este punto, principalmente porque es el tema de mayor discusión en España, mientras que en Brasil, como será visto a seguir, también hay un enfoque en las intervenciones de terceros en el proceso de conocimiento del trabajo. Lo importante es saber que en los casos de subcontratación lícita al haber un litisconsorcio, éste tendrá que ser facultativo y simple. Será facultativo porque el subcontratado puede demandar apenas su empleador directo que es la empresa contratista, aun que, como se había mencionado, también puede estar en el lado pasivo de la relación jurídica la contratante, caso la primera no cumpla con sus responsabilidades legales hacia su empleado. Pues la contratante es considerada como una co-responsable según la legislación laboral brasileña. Será considerado simple porque no necesariamente la sentencia determine la misma obligación tanto para la empresa contratista como para la empresa contratante, al principio la contratista es que tiene la responsabilidad contractual con el empleado subcontratado.

⁹¹⁸En este sentido: "Vínculo de emprego — Empregado sócio — Caracterização da fraude — Declaração da unicidade contratual. Questão prejudicial. Embora a Justiça do Trabalho seja incompetente para declarar a nulidade da constituição da pessoa jurídica de direito privado, torna-se imprescindível à análise da questão, ainda que incidenter tantum, para posteriormente decidir sobre a possibilidade de admissão da unicidade contratual. Demonstrada a fraude na constituição da sociedade comercial com o intuito de burlar os direitos trabalhistas, e, verificado que o empregado, embora nominalmente sócio de empresa, preenche os requisitos do art. 3a, da CLT, imperioso reconhecer o vínculo de emprego e declarar a unicidade contratual" (TRT-PR-RO 4095/96, acórdão 002261/97, publicado no Diário da Justiça-PR, de 31.1.1997)". GOMES NETO, Indalécio, Terceirização – relações triangulares no direito do trabalho, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N. 09, São Paulo, 2006, pág.1035.

No olvidando, una vez más, que si la empresa contratista - o de la contratante en los casos en que judicialmente en la sentencia fue considerada la responsabilidad solidaria o subsidiaria, dependiendo del caso presentado en la demanda - hace parte de un grupo de empresas, el grupo como un todo responderá por los créditos a ser pagados al empleado subcontratado, tema mejor especificado posteriormente.

Será caso de litisconsorcio necesario y unitario cuando haya la subcontratación ilícita y el objetivo del empleado subcontratado es demostrar su vinculación directa con la contratante. Es necesario por ser éste el supuesto empleador del pseudo trabajador subcontratado y obligatoriamente en la sentencia el resultado, independientemente de cuál sea, tendrá que participar la contratante. Decisión que valdrá posteriormente como aclaradora de una verdadera vinculación y consecuentemente cargada de responsabilidades y obligaciones o una no vinculación por lo cual el veredicto mencionará la situación de la contratante como una subcontratación lícita. En los casos que ocurra la subcontratación ilícita declarada en juicio, el empleado subcontratado puede optar por la desvinculación de la empresa subcontratada y constituirlo con la contratante. Diferentemente de España, que conforme se ha visto en el punto anterior, el art. 43 ET permite la posibilidad del trabajador elegir la vinculación laboral con la contratante o contratista.

Subcontratación y denuncia de la lid, tema controvertido en Brasil una vez que la empresa contratante es la parte demandada y llama a la denuncia de la lid la empresa contratista. Es decir, la intervención de un tercero, para responder por las supuestas responsabilidades del empleado subcontratado. El entendimiento mayoritario de la doctrina laboral brasileña es que no pueden ocurrir esos casos y que el empleado subcontratado tiene que hacer una demanda directamente a su empleador. En otras palabras, sí debe demandar a la empresa contratista, pudiendo estar como responsable subsidiaria la empresa contratante, pero no demandar directamente a ésta y menos que la misma pida denuncia de la lid de la contratista. Incluso es solamente de competencia de la justicia del trabajo brasileña las demandas que estén relacionadas con el vínculo laboral de un trabajador y su empleador. Diferentemente de España que, como será visto, puede ser cobrado directamente de la contratante en virtud de la responsabilidad solidaria.

La parte de la doctrina laboral brasileña que entiende como inaplicable la denuncia de la lid se basa en la teoría de la no competencia de la justicia del trabajo. Tema todavía no

uniforme por tener varias teorías y explicaciones a cerca del cabimiento de la denunciación de la lid en los casos judiciales laborales.

Existe también la doctrina contraria y que defiende la posibilidad del uso de la denunciación de la lid en los casos de subcontratación, teniendo como fundamento el principio de la economía procesal. Otro argumento usado también, por ejemplo, para aceptación del uso de esta herramienta procesal es en los casos en que se trate de sucesión de empleadores – tema no abordado en esta tesis –, en el cual el sucedido pueda denunciar al sucesor. Visto que éste tendría, al principio, la responsabilidad de indemnizar al sucedido en una demanda de ejecución mercantil por la que se ejercita la vía de regreso.

Uno de los problemas que la subcontratación presenta en el cotidiano de los tribunales, tanto en Brasil como en España, además de que muchas veces no existe la satisfacción necesaria de los derechos fundamentales⁹¹⁹, es la dificultad de identificación del empleador en el momento de hacer la demanda. El encadenamiento de las empresas hace que muchas veces no se sepa quién es el responsable, o los responsables y eso en la práctica se convierte que en las audiencias sean marcadas para otro día. Pues no se sabe a quién invocar para el juicio; y en el final pueda que sea necesario hacer la citación judicial por edicto. Lo que significa decir que la efectividad judicial procesal brasileña no es verdaderamente efectiva.

Hay otros casos en Brasil en que se consigue llevar a juicio tanto a la empresa contratante y la contratista, cuando no hay un tumulto procesal por acumular pretensiones debido a más de una comitente que haya utilizado el servicio del trabajador subcontratado de una misma empresa contratista. Y cuando el juez consigue ultrapasar las preliminares del merito presentadas por las empresas contratantes en el cual generalmente se defienden diciendo que la postura jurisprudencial debe ser la dominante, que es la de la responsabilidad subsidiaria. Igualmente se encuentra dificultad en la fase de ejecución procesal en el cual se percibe una falta de efectividad de los derechos de los trabajadores subcontratados, al

⁹¹⁹En este sentido: "(...) a imensa maioria das ações propostas na Justiça do Trabalho não persegue a satisfação dos conteúdos de direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a privacidade ou a informação, mas a quitação de direitos de crédito de estrita aferição patrimonial (que seriam, se muito, emanações de um único direito previsto na Convenção de 1948, a saber, o direito de propriedade (...)). Não é crível que, em meio aos mais de trinta milhões de contratos formais de emprego que existem no Brasil, as lesões ou ameaças de lesão a direitos fundamentais sem expressão patrimonial (vida, integridade, liberdade, informação, etc.) reduzam-se a números tão marginais. Menos crível, ainda, se considerarmos as estimativas dos postos informais de trabalho subordinado no país do "jeitinho". É lícito conjecturar, portanto, que exista uma subutilização dos remédios judiciais preventivos e corretivos, provavelmente em função do medo de punições e dispensas, a que se soma uma cultura de monetização de direitos laborais inalienáveis que já vem de algumas décadas. Os trabalhadores preferem aguardar o término regular dos contratos de trabalho para reclamar, em juízo, todos os direitos violados (sempre pela ótica indenitória, eis que consumadas as lesões e impraticável a restituição ao "status quo ante")". GUIMARAES FELICIANO, Guilherme, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho, en AA.VV., Doutrina Nacional, Revista de Direito do Trabalho, N. 121, LTr, São Paulo, 2005, pág. 61.

encontrarse resistencia en la demora de ejecución de los bienes de la contratista. Y, solo después de probado, en determinados casos, que ésta no tiene provenientes pecuniarios o bienes para responder a la demanda judicial, se irá por los bienes de la contratante con nueva citación y nuevos tramites. Todo, al igual que en el sistema español, con la finalidad de hacer existir la supuesta efectividad de la justicia brasileña.

Con respecto de la fase de ejecución procesal en España, es oportuno mencionar que, en relación a la ejecución de sentencias, Soriano Cortés trata de algunos problemas, como es el caso de las dificultades generales en la fase de ejecución, que naturalmente se encuadran las relativas a la subcontratación. Y es lo relacionado más precisamente a la inclusión de supuestos en que se pretende ampliar la condición de ejecutado a los que no fueron parte de la demanda y tampoco condenados en el proceso. La cuestión es ver si realmente el trámite procesal es apropiado para dilucidar el vínculo empresarial que produce la responsabilidad de otras empresas que no fueron demandadas. Como también el alcance de tal responsabilidad, y que fue admitida por la jurisprudencia, y basado en el art. 236⁹²⁰ LPL es adecuado para solucionar esta cuestión, visto que, de esta manera, se puede satisfacer por completo los derechos de los que han ganado el juicio sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos.

Esta posibilidad se da desde y siempre que el vínculo empresarial sea posterior al título productivo, una vez que hubiera tal vínculo anteriormente debería hacer parte de la fase declarativa, caso de que no sea un supuesto de fraude, que no lo ha hecho a propósito para que los trabajadores no pudiesen demandar a los empresarios debidos. Y consecuentemente se puede decir que tal método concreta el derecho a la tutela judicial efectiva, pues los trabajadores pueden proceder contra quien no ha sido parte en el proceso, pero está involucrado de alguna forma. Tampoco se puede olvidar de los derechos de los que no han sido parte pero ven sus derechos afectados, para que no haya ningún tipo de injusticia. También será llevado en consideración los principios inspiradores del proceso declarativo ordinario y de las demás modalidades procesales, las reglas reguladoras del proceso laboral, y las garantías procesales al sujeto que se pretende expandir la condición de ejecutado.

⁹²⁰ El art. 236 LPL expresa: "Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en el plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días. Cuando la comparecencia se celebre ante el Magistrado, se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen conforme a lo previsto en el artículo 89".

En relación más específicamente a la subcontratación y el proceso del trabajo en Brasil, es importante mencionar que el litisconsorcio activo está previsto por el art. 842 CLT⁹²¹, mientras que el litisconsorcio pasivo no se encuentra en el mismo texto legal. Lo que se percibe es que el legislador no pensó en la posibilidad en que dos empresas podrían integrar el polo pasivo de la demanda. Se permitió la reunión de las acciones con el objetivo de posibilitar la tutela del empleado en las acciones múltiples, pues de esta forma, podrían obtener mejores resultados del que si estuviera litigando aisladamente.

En España el concepto de litisconsorcio voluntario y del necesario se encuentra en el art. 12⁹²² LEC. Además hay un tercer concepto litisconsorcial, importado de Italia, denominado cuasi-necesario y/o impropriamente necesario⁹²³. La LPL no os clasifica pero aun así contempla supuestos concretos tanto de los litisconsorcios pasivos necesarios como los voluntarios. Los primeros serán demandados o llamados al proceso los legitimados pasivamente, mientras que en los casos de litisconsorcio pasivo voluntario u opcional podrán hacer parte del proceso pero ninguna ley o reglamento os obliguen a estar presente. El litisconsorcio voluntario también se extrae de algunas reglas de derecho sustantivo, conforme se percibe en el art. 42.2 ET. Pues el legislador permite que tanto el trabajador como la TGSS pongan una demanda contra todos los responsables solidarios, en que se producirá un proceso con pluralidad de partes, o que direcciona solamente a uno de ellos.

⁹²¹El art. 842 CLT, afirma: “Sendo várias as reclamações e havendo identidade de matéria, poderão ser acumuladas num só processo, se tratar de empregados da mesma empresa ou estabelecimento”.

⁹²² El art. 12 LEC determina: “Litisconsorcio. 1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir. 2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

⁹²³ El cuasi-necesario es conocido como “que se deriva no de previsión legal sino de la naturaleza de la propia relación jurídicas material que exige una resolución única para todos los litisconsortes, quienes cuentan con una legitimación a título individual, que en caso de intervenir, habrán de hacerlo en un mismo proceso cuyo objeto es una única pretensión. (...) No obstante, esta calificación de la figura del litisconsorcio pasivo en los supuestos de solidaridad del art. 42 ET no resulta pacífica entre la doctrina. En contra del anterior criterio, algunos autores han considerado que el supuesto del art. 42 ET podría tener acogida en la categoría que anteriormente hemos denominado litisconsorcio “cuasi-necesario”, dado que si el trabajador demanda a un solo empresario, la relación jurídico-procesal estaría bien constituida, pero si aquél pretendiera demandar a más de un deudor, debiera hacerlo conjuntamente; dicho de otra forma, no existe obligación de demandar a más de uno, sino la carga de la demanda conjunta. Otros autores añaden que, desde el punto de vista de la práctica procesal, las obligaciones solidarias han de ser tratadas como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Consiguientemente, según este criterio se debiera exigir la concurrencia al proceso de todos los obligados solidarios en aras a garantizar el principio de contradicción, contenido, a su vez, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y con ello, evitar la indefensión de la empresa no demandada en juicio en el supuesto de resultar condenada”. SORIANO CORTÉS, Dulce, Aspectos procesales de las contrataciones, en AA.VV., Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2007, págs. 115-119.

El art. 769 CLT⁹²⁴ expresa la aplicación subsidiaria del derecho procesal común en los casos que haya incompatibilidad con las normas procesales laborales. En el caso brasileño se remite al CCB. En el caso español la regulación sobre el litisconsorcio es restricta, por eso la LPL y el art. 4⁹²⁵ Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC determina como carácter supletorio las normas procesales civiles. De esta manera en Brasil, puede existir de un lado el empleado de la contratista y del otro la empresa contratista y la contratante. Como no es un caso obligatorio que la contratante esté figurando en la demanda, ésta podrá estar inserida por tratarse de un litisconsorcio facultativo. Aunque es aconsejable que haya litisconsorcio pasivo para que se pueda evitar fraudes o no cumplimiento del objetivo propuesto.

La tesis de Pinto Martins es la contraria, según este autor no debería permitir la proposición de la demanda contra la contratante cuando ausente la justificativa en la petición inicial para la inclusión de ésta en el litisconsorcio pasivo. Inclusive, para este autor, es necesario que especifique la no idoneidad financiera de la contratista o que ésta haya desaparecido sin pagar a sus empleados. De igual manera es muy importante que la contratante haya sido parte del proceso de conocimiento, conforme se observa en el art. 832 CLT⁹²⁶. Otros artículos importantes en relación a este tema son: el art. 472 CPC⁹²⁷ el cual establece que la sentencia hace cosa juzgada a las partes entre la cual es dada, no beneficiando tampoco perjudicando a nadie. El art. 80 CPC⁹²⁸ que confiere naturaleza de título ejecutivo a la sentencia condenatoria de codeudores contra el deudor principal; mientras que

⁹²⁴ El art. 769 CLT determina: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

⁹²⁵ El art. 4 LEC expresa: “Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

⁹²⁶ El art. 832 CLT afirma: “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão. § 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento. § 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida. § 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. § 4º A União será intimada das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, na forma do art. 20 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, facultada a interposição de recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos. § 5º Intimada da sentença, a União poderá interpor recurso relativo à discriminação de que trata o § 3º deste artigo. § 6º O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União. § 7º O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União nas decisões homologatórias de acordos em que o montante da parcela indenizatória envolvida ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico”.

⁹²⁷ El art. 472 CPC menciona: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

el art. 455 párrafo único CLT⁹²⁹ se concilia con Enunciado 205 TST que menciona: “o responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado, e que, portanto não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”.

12.1 La subcontratación en la relación procesal

“La ley es una regulación que está de acuerdo con la razón
y es dictada por un superior lícito para el bien común”

Santo Tomás de Aquino

Basándose en el principio constitucional de la amplia defensa y en el contradictorio y en la no privación de su libertad y de sus bienes sin el debido proceso legal⁹³⁰, deberá constar en la petición inicial el nombre de la empresa contratante y no solamente de la contratista, caso quiera que sea resguardado y responsabilizado el primero por sus derechos laborales y de la Seguridad Social. La empresa contratante, como cualquier otra persona que esté en la demanda, tiene el derecho de ser citado y de presentar defensa para impugnar todas las alegaciones encontradas en la petición inicial.

En relación a los varios tipos de litisconsorcio, se estudiará el que se haya formado entre la empresa contratante y la contratista. De esta manera hay que considerar que modalidad será adoptada: solidaria o subsidiaria. Igualmente será visto si el litisconsorcio es facultativo o necesario y si la decisión proferida sería la unitaria o simple. Dependerá si la empresa contratante tiene o no la responsabilidad y el tipo que se haya aceptado (solidaria o subsidiaria). Primero se cita seguidamente la posición adoptada por el Enunciado 331 TST que

⁹²⁸ El art. 80 CPC determina: “A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar”.

⁹²⁹ El art. 455 CLT expresa: “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo”.

⁹³⁰ Conforme el art. 5º, apartados LIV y LV CF/88: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

es de un litisconsorcio pasivo necesario unitario, aunque serán analizadas las demás posibilidades⁹³¹.

En este sentido, y como ejemplo, es conveniente citar esta decisión del TST: “A Caixa Econômica Federal (CEF) foi condenada a pagar, de forma subsidiária, diferenças salariais entre o salário de caixa bancário e o de auxiliar de processamento recebido por empregada da Apta Empreendimentos e Serviços Ltda. A trabalhadora ajuizou ação não para postular reconhecimento de vínculo de emprego com a Caixa Econômica Federal, mas apenas para receber créditos decorrentes da equiparação salarial. Em decisão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a trabalhadora conseguiu reverter a situação de seu processo. Nas instâncias anteriores, os julgamentos tinham sido desfavoráveis a sua pretensão. No entanto, o Ministro Carlos Alberto Reis de Paulo, relator, considerou a atual jurisprudência da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) para conceder-lhe o direito à equiparação. O relator destacou que a SDI-1 já decidiu pela possibilidade de isonomia salarial entre os empregados da tomadora de serviços e da empresa terceirizada. Contratada como auxiliar de processamento pela Apta Empreendimentos e Serviços Ltda. para prestar serviços na Caixa Econômica Federal, na agência do Shopping Via Direta em Natal, no Rio Grande do Norte, a trabalhadora exercia, na verdade, a função de caixa. Segundo informou, ela abria, movimentava e encerrava caixa em agência bancária e operava máquinas registradoras idênticas às usadas por funcionários do banco que exercem a função de caixa. (...) Em sua reclamatória, a trabalhadora acionou a Apta e a CEF. Como a tomadora dos serviços era a real beneficiária do trabalho da empregada da Apta, foi chamada à lide como litisconsorte passiva necessária (devido à responsabilidade subsidiária), pois uma possível insolvência da Apta condenaria o direito trabalhista da ex-caixa a um vazio. Na audiência de conciliação e instrução, a Apta apresentou como preposto um prestador de serviço e não um empregado, e a ação reclamatória foi julgada à revelia da empresa. (...) No TST, o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula destacou em seu voto que o Regional reconheceu que a prova produzida pela trabalhadora demonstra que havia o desempenho de atividades típicas de caixa. Por

⁹³¹En este sentido: “Ocorrendo a constituição do litisconsórcio, teremos conseqüências processuais, entre as quais destacam-se: a regra do prazo em dobro para os litisconsortes com procuradores diferentes deve ser aplicada no caso de formação litisconsorcial passiva entre o prestador e o tomador dos serviços; na ausência de contestação da empresa prestadora ou da tomadora, não incidem os efeitos da revelia tanto para uma como para a outra, caso uma delas conteste a ação e se a contestação apresentada abarcar toda a matéria discutida na ação; se a empresa tomadora ou a empresa prestadora confessar a ação, a confissão de uma somente vai produzir os efeitos, se não houver prova em contrário nos autos; o recurso interposto por uma empresa poderá beneficiar a outra, mas a regra será aplicada se a defesa apresentada por uma delas manifestar interesse comum; o depósito recursal feito por uma empresa poderá beneficiar a outra e poderá ocorrer a desistência da ação em face de uma das empresas”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, págs. 179-180.

consequente, não há como negar à empregada o direito às diferenças pleiteadas, já que trabalhou em igualdade de condições com os economiários⁹³².

No se puede olvidar que la empresa contratante puede participar como litisconsorcio pasivo pero no es un litisconsorcio obligatorio, así que el trabajador tiene la elección de invocarlo en la demanda o no. En el caso que sea invocada, y si considerado el posicionamiento del Enunciado 331 TST de responsabilidad subsidiaria, la empresa contratante será como un tipo de garantía caso no sea cumplida las obligaciones de la empresa contratista. De esta forma en la petición inicial es necesario que traiga en la causa los hechos jurídicos alegados por el autor, como también la pretensión de éste, expresando si la condenación de la empresa contratante debería ser solidaria o subsidiaria. Caso sea pedido la responsabilidad subsidiaria se observa una acumulación de pedidos sucesivos, pues solo será acogido el último en caso de que no se haya logrado éxito en el primero. Igualmente no se puede dejar de mencionar que el juez, como en la legislación española, solo podrá juzgar lo planteado en la petición inicial del autor, conforme se encuentra dispuesto en el art. 128⁹³³ y 460⁹³⁴ CPC brasileño.

Si se considera el Enunciado 331 TST, que expresa la responsabilidad subsidiaria, para que pueda ser responsabilizado la empresa contratante, el litisconsorcio pasivo será necesario⁹³⁵. Diferentemente del entendimiento de que deberá ser elegido por el autor entre la responsabilidad solidaria y subsidiaria, y caso haya sido optada por la primera el litisconsorcio será facultativo, conforme el art. 46 CPC brasileño: “Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação

⁹³²Proceso: (RR) 854/2005-004-21-00.0. Publicado em 14 de Dezembro de 2007 às 11h09. Disponible en: newsletter@iob.com.br

⁹³³ Como se puede observar en el art. 128 CPC: “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁹³⁴ El art. 460 CPC afirma: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi denunciado”.

⁹³⁵ También es válido citar el art. 47 CPC que determina: “quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

da decisão”, pues cualquier devedor solidário puede ser demandado aisladamente, sin necesariamente la presencia de los demás deudores. De igual manera que tampoco se puede considerar un devedor subsidiario si no haya sido declarado un devedor principal.

En el litisconsorcio facultativo, tanto la empresa contratante como la contratista pueden responder la demanda individualmente, como ocurre con los deudores solidarios, diferentemente si el litisconsorcio es necesario en el cual la demanda deberá ser ejercida en vista de todos los reos, el deudor subsidiario no tiene legitimidad para solo figurar en el polo pasivo de la demanda, delante de la naturaleza de su obligación pues ésta es subsidiaria. A partir de allí será analizado la decisión del juez, caso éste considere que ambos reos tendrán la misma sentencia será el litisconsorcio unitario. Diferentemente si el juez da un tratamiento diferenciado entre las dos, en este caso será considerado un caso de litisconsorcio simple, pues a principio la decisión del juez, siguiendo el Enunciado, debería ser unitaria, pero como ésta no tiene efecto vinculante, el juez podrá decidir conforme su convicción.

En este sentido, conforme expresa el autor Ribeiro de Campo: “Quanto à obrigatoriedade, caso o pedido do autor seja de responsabilização solidária, desprezando o entendimento exposto na Súmula, o litisconsórcio será facultativo e, caso o pedido seja de responsabilidade subsidiária, conforme consta na Súmula, o litisconsórcio será necessário. No tocante à decisão a ser proferida, se o julgador entender que o tomador dos serviços não tem responsabilidade, contrariando a Súmula, o litisconsórcio será simples, mas se entender que o tomador é responsável pelos créditos devidos ao trabalhador, e adotar tanto a responsabilidade subsidiária como a solidária, o litisconsórcio será unitário”⁹³⁶. Combinando las clasificaciones, segundo sigue explicando el autor, tendrá dos posibilidades: si el pedido es de responsabilidad solidaria de la empresa contratante y el juez denegar el pedido del litisconsorcio será facultativo simple; y si el juez deferir el pedido, el litisconsorcio será facultativo unitario.

Si el pedido es de responsabilidad subsidiaria de la empresa contratante y el juez lo deniega, el litisconsorcio será necesario simple, y si el juez difiere el pedido, el litisconsorcio será necesario unitario. De esta forma, delante de la falta de reglamentación legal sobre la subcontratación, la clasificación del litisconsorcio formado entre las empresas dependerá de

⁹³⁶RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, págs. 139-140.

cada caso concreto, dependiendo, obviamente, de la pretensión del autor y posicionamiento adoptado por el juez.

En España, y debido al art. 42 ET que especifica las responsabilidades, la solución es más sencilla que en Brasil. El enfoque mayor es en lo relacionado a la figura del litisconsorcio pasivo en los supuestos de solidaridad del art. 42 ET, inclusive se percibe varios posicionamientos a cerca de este tema. Igualmente, la tendencia que debería ser predominante es observar que no se debe tratar la cuestión como si fuera un litisconsorcio pasivo necesario, visto que al empleado subcontratista le fue consignado el derecho de elegir el cobro de sus derechos directamente a la contratante, como también a la contratista – y como se trata de una responsabilidad solidaria⁹³⁷ – da igual que sea cobrada a cualquiera de una de las partes⁹³⁸. Lo mejor estratégicamente hablando de la perspectiva práctica procesal sería que el trabajador demandara las dos a la vez y a los demás sujetos que estén implicados, como por ejemplo en un encadenamiento de subcontratación. Inclusive que para mejo efecto procesal, y consecuentemente influye en la sentencia proferida, seria que todos los implicados estuvieran mencionados en la petición de la demanda.

⁹³⁷ Al respecto: ““(…) La jurisprudencia (ha) precisado que en el supuesto de responsabilidad solidaria no existe la situación de litisconsorcio pasivo necesario, pues la acción puede dirigirse contra cualquiera de las personas obligadas por ser deudores por entero de las obligaciones, lo que no excluye la posible repetición con acción y efecto interpartes”. Conviene precisar que a unque el pronunciamiento anteriormente citado fue dictado con ocasión de un supuesto relativo a una ETT, y no de una contrata, entendemos que su argumentación jurídica resulta extrapolable al supuesto que estudiamos por cuanto, en palabras del propio Tribunal, “dicha posición es perfectamente aplicable al supuesto de cualquier responsabilidad solidaria, la cual tiene como presupuesto que, con independencia del derecho del condenado a repercutir posteriormente con aquel que crea debe compartir responsabilidad que no ha sido llamado al proceso, el condenado como único demandado deberá satisfacer la totalidad de la responsabilidad declarada”. Dicho de otra forma, “ese tipo de responsabilidad conjuntas se ponen a disposición de los trabajadores, por si a los mismos les resulta útil hacer uso de ellas, pero no les fuerza a exigir las”. SORIANO CORTÉS, Dulce, Aspectos procesales de las contratas, en AA.VV., Temas laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2007, pág. 117.

⁹³⁸ Algunas sentencias fueron mencionadas por Jimeno Bulnes, como es el caso: SSTS 8 de febrero de 1991 (Ar. 1157), 11 y 31 de octubre de 1991 (Ar. 6913 y 7248), 21 de abril de 1992 (Ar. 3315), 30 de septiembre de 1992 (Ar. 7426), 22 de noviembre de 1993 (Ar. 9180), 1 de octubre de 1994 (Ar. 7439), entre otras. Mayores informaciones véase JIMENO BULNES, Mar, Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: La figura del litisconsorcio, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

12.2 Principales efectos de la formación del litisconsorcio pasivo entre la empresa contratante y la contratista

“Lo correcto es conocer a los quienes han de reivindicar algo y cobrarles lo debido para que se haga verdaderamente la justicia.”

Marsha F. Valois

En relación a la autonomía de los litisconsortes, y única y exclusivamente en los casos de subcontratación, conforme el art. 48 CPC⁹³⁹ brasileño, cada litisconsorte es parte distinta en la relación a la parte contraria, se aplica en los casos en que se forma un litisconsorcio simple y podrá existir una solución distinta para cada litisconsorte. No aplicando lo mismo en los casos de un litisconsorcio unitario, como ya se había mencionado antes, en el cual la acción debe ser resuelta de modo igual para todos los litisconsortes. En el régimen de litisconsorcio unitario, los hechos de unos siempre benefician los demás, siendo irrelevante la actuación de los litisconsortes que quedaron inactivos. No se admite, al revés, que las omisiones de unos perjudiquen a los demás, y conforme el art. 49 CPC⁹⁴⁰, cada litisconsorte tiene el derecho de promover el andamiento del proceso y todos deben ser intimados de los respectivos hechos, y este precepto es válido tanto para los litisconsorcios simples como para los unitarios.

El CPC brasileño establece también, en su art. 191 CPC⁹⁴¹, que al tener diferentes representantes legales, serán contados en doble el plazo para contestar, para recurrir y en modo general para pronunciarse en los autos, caso sean representadas la empresa contratante y la contratista por el mismo abogado el plazo será el ordinario. Diferentemente, el TST, y acordando que el CPC brasileño es utilizado como legislación complementaria al proceso laboral, no se encuentra de acuerdo con este entendimiento conforme expresa en la Orientación Jurisprudencial 310: “Litisconsortes. Procuradores distintos. Prazo em dobro. Art. 191 do CPC. Inaplicável ao processo do trabalho. A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista”. Autores como es el caso de Ribeiro de Campos y Camargo Sobrinho, están a favor de la duplicación del plazo por no entenderen que estará molestando a la

⁹³⁹ El art. 48 CPC afirma: “Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”.

⁹⁴⁰ El art. 49 CPC expresa: “Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos”.

⁹⁴¹ El art. 191 CPC menciona: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

celeridad procesal, y que por tener representantes legales distintos hay que dejar que cada abogado tenga el tiempo necesario para analizar el caso y pronunciarse sobre ello.

En relación a la declaración en rebeldía de uno de los litisconsortes, se percibe que en el proceso del trabajo brasileño, la respuesta del reo es hecho de audiencia, y su no comparecencia al tribunal es considerado acto de rebeldía y a la confesión de la materia de hecho, conforme se encuentra expuesto en el art. 844 CLT⁹⁴² y art. 319 CPC⁹⁴³ respectivamente. Aunque en los casos de litisconsorcio pasivo, en el caso de que uno de los litisconsortes presente una respuesta no será caso de rebeldía, segundo el art. 320 CPC⁹⁴⁴. En la hipótesis de que ocurra el acto de rebeldía de la empresa contratante, la contratista tendrá condiciones de presentar contestación impugnando los hechos y pedidos, juntando los documentos necesario una vez que la documentación principal para afrontar los hechos presentados en los autos generalmente se encuentra con la empleadora que es la contratista, y pudiendo la contratante aprovechar la documentación de la primera. Diferentemente si el acto de rebeldía es de la contratista pues dificulta una buena impugnación por parte de la contratante, y éste es el riesgo que ésta corre por no contratar una empresa contratista seria.

Al tratarse de la instrucción procesal, las pruebas producidas por cualquiera de los litisconsortes podrán beneficiar o perjudicar a los demás, pues actualmente prevalece el principio de la comunión de pruebas. Mientras que en los casos de confesión el art. 350 CPC⁹⁴⁵ solo hace prueba para el litisconsorte que está confesando y no para los demás, una vez que esta regla está en acuerdo con el principio de autonomía de los litisconsortes. Así explica Ribeiro de Campos: “Se a empresa tomadora ou a empresa prestadora confessar a ação, a confissão de uma somente vai produzir os efeitos se não houver prova em contrário nos autos. Pode, por exemplo, a empresa prestadora dos serviços confessar o não-pagamento de determinada verba ao autor da ação, mas, se a tomadora junta documento em sentido contrário, a confissão não a prejudicará e, no caso, nem à confitente. (...) Somente no caso de

⁹⁴² El art. 844 CLT determina: “O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”.

⁹⁴³ El art. 319 CPC especifica: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

⁹⁴⁴ El art. 320 CPC declara: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato”.

⁹⁴⁵ El art. 350 CPC menciona: “A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”.

ambos os litisconsortes confessarem é que a parte contrária poderá utilizar a confissão como prova”⁹⁴⁶.

Al interponerse un recurso por uno de los litisconsortes se aplicará el dispuesto en el art. 509 CPC⁹⁴⁷ brasileño en el que expresa que el recurso interpuesto por uno de los litisconsortes a todos beneficia, salvo se distintos o opuestos sus intereses, en los casos en que el litisconsorcio sea unitario, obviamente. Por ejemplo, la empresa contratista fue condenada al pago de las cuotas de la Seguridad Social y la contratante es la responsable subsidiariamente, y la contratista interpone un recurso y lo aceptan, será beneficiada también la contratante.

El depósito recurso es presupuesto objetivo de la admisibilidad del recurso ordinario, de revisión, embargos a la Sesión de los Disidios Individuales del TST y extraordinario. Conforme el art. 899 CLT⁹⁴⁸ tiene el depósito recurso naturaleza jurídica de garantía de la demanda, y en relación a este tema hay una controversia que si todas las empresas condenadas solidariamente deben hacer el depósito recurso, o si con el depósito hecho por una de ellas sea suficiente para que las demás puedan aprovechar de ésta. El TST ha elegido un posicionamiento a cerca del tema que se encuentra en la Súmula 128, III: “Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide”⁹⁴⁹.

En lo que se refiere al desistimiento de la demanda, en términos equivalentes a los previstos en el artículo 20 LEC, el autor podrá hacerla en virtud de uno o de todos los

⁹⁴⁶RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 147.

⁹⁴⁷El art. 509 CPC afirma: “O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns”.

⁹⁴⁸ El art. 899 CLT determina: “Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

⁹⁴⁹En este sentido sigue explicando Ribeira de Campos: “No caso do litisconsórcio passivo formado entre tomadora e prestadora, uma empresa não pode beneficiar-se do recurso interposto por outra se seus interesses forem conflitantes. Tendo o depósito recursal a finalidade de garantir a execução, e se a empresa tomadora que o efetuou pretender sua exclusão da lide, caso provido o recurso, deixa de existir o depósito e, conseqüentemente, a garantia da execução. Caso a matéria devolvida ao Tribunal seja pertinente a todo o objeto do processo e não apenas à questão da responsabilidade da tomadora, o depósito recursal efetuado por uma delas beneficia as duas empresas diante da comunhão de interesses”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 151.

litisconsortes pasivos, desde que sean seguidas las reglas del art. 267 CPC⁹⁵⁰ brasileño, en el que expresa que después de discurrido el plazo para la respuesta, el autor no podría sin el consentimiento del reo desistir de la demanda. Juntamente con el art. 158 CPC⁹⁵¹ brasileño que preceptúa que el desistimiento de la demanda solo producirá efectos después de homologada por la sentencia.

En los casos de litisconsorcio pasivo facultativo, el actor podrá desistir de la demanda cuanto a uno de los reos pero la demanda continuará para el otro o para los demás. Diferente en el caso de que el litisconsorcio es pasivo y necesario, pues desistir de la demanda sufre algunas restricciones debido a la naturaleza de este régimen litisconsorcial. Caso sea aplicado el desistimiento será de ámbito general, es decir, se aplicará para todos. Si el autor pedir la condenación subsidiaria de la contratante. Él podrá desistir de la demanda a favor de éste, especificando que desiste de la pretensión apenas de la responsabilización de la empresa contratante, siguiendo la demanda la contratista.

Distinta interpretación será en el caso de que el autor pida la condenación subsidiaria de la contratante y quisiera desistir de la demanda por parte de la contratista, en el cual es imposible pues no existe responsable subsidiario sin el responsable principal. Diferente también en la hipótesis de que el autor, pidiendo la condenación solidaria de la empresa contratante y la contratista, en los casos de litisconsorcio facultativo, el desistimiento podrá ser dirigido tanto a una como a la otra empresa, y ocurriendo los requisitos legales, el desistimiento podrá ser homologado.

⁹⁵⁰ El art. 267 expresa: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código. § 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas. § 2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao nº II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao nº III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28). § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. § 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”.

⁹⁵¹ El art. 158 CPC menciona: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença”.

12.3 La subcontratación y la intervención de terceros en el proceso de conocimiento del trabajo

“Deben ser responsables los que de alguna manera se ven implicados en la cuestión.”

Mírcio de Albuquerque

535

La intervención de tercero, es cuando una persona interviene en la relación procesal ya formada, mediante autorización legal. Tal intervención puede ser espontánea como es el caso en Brasil de la oposición⁹⁵² y de la asistencia, o provocada cuando se trata de iniciativa de una de las partes de la demanda o por parte del juez, que sería el caso del nombramiento a la autoridad⁹⁵³, la denuncia de la lid o llamado a la demanda. Serán vistas las intervenciones

⁹⁵²La oposición, segundo el art. 56 CPC brasileño es el instituto jurídico en que un individuo, llamado de oponente, pretende para sí, completo o una parte, la cosa o derecho sobre el cual disputan el autor y el reo. Su intervención es de forma espontánea, moviendo una demanda contra el autor y el reo, denominado de opuestos. La aplicación de la oposición en el proceso del trabajo es divergente, hay autores como es el caso de Mascaro Nascimento, entiende ser aplicable tal instituto en el proceso laboral, en el caso en que un empleado y un empleador discuten derechos sobre invención del empleado en la época que éste trabajaba para el primero. Difiere la exposición teórica de Teixeira Filho, en la cual no está de acuerdo con la utilización de la oposición en el proceso laboral. El autor explica que “a oposição pressupõe a existência de um conflito de interesses entre autor e réu, que tem como objetivo coisa ou direito, e um terceiro que intervém no processo para reivindicar para si essa coisa ou direito, não se vislumbrando, na maior parte das ações trabalhistas, uma disputa acerca de determinado direito ou coisa. Mesmo nas hipóteses em que pode ocorrer disputa, deverá ser solucionado o conflito formado entre trabalhadores, o que foge da competência material da Justiça do Trabalho se ocorrer a hipótese do art. 58 do Código de Processo Civil ao prescrever que se um dos opostos reconhecer a procedência do pedido contra o outro prosseguirá o oponente”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 160. En relación a la oposición y la subcontratación, no es compatible las dos, visto que teóricamente es incongruente, pues ninguna de las empresas tiene interés de entrometerse en la demanda para reivindicar para sí el derecho pretendido por el autor de la demanda. Es pertinente mencionar rápidamente sobre la renuncia y de la transacción que, en los casos de hechos practicados por el trabajador, también pueden encerrarse por la declaración de nulidad cuando haya lesión a derechos laborales, conforme explica Ferreira de Castro, en el cual afirma ser la primera un acto de desistimiento de un derecho por parte del titular de tal derecho, mientras que la transacción es el acuerdo entre las partes mediante concesiones recíprocas en relación a una obligación litigiosa o dudosa. En ambos casos – renuncia y transacción – no servirán para disfrazar una verdadera relación de empleo mascarada de una subcontratación. No será aceptado que una empresa diga que el trabajador ha abdicado de sus derechos laborales por el hecho de ser un trabajador subcontratado, ni en ninguna otra hipótesis. Tampoco se admite, conforme expresa Ferreira de Castro que no es admisible que el trabajador otorgue recibo generalizado abdicando de todos sus derechos relacionados a su relación con la contratista o, si es el caso, con la pseudo contratante, en el cual podrá ser hecha una declaración de nulidad. También es válido mencionar que lo correspondiente a la transacción y suspensión en la legislación española se encuentran en el art. 19 LEC, y la renuncia y el desistimiento se encuentran en el art. 20 LEC.

⁹⁵³El nombramiento a la autoridad, conforme el art. 62 y 63 CPC brasileño, ocurre cuando la persona que detiene la cosa en nombre ajeno sea demandada en nombre propio, debiendo indicar quien es el verdadero propietario o poseedor. En el nombramiento a la autoridad el reo que fue demandado, denominado de nombrante, indica otra persona, llamada de nombrado, para asumir el puesto en la parte pasiva de la demanda, demostrando que el autor ha demandado contra una persona que no tiene legitimidad pasiva. Como las demás, su admisibilidad en el proceso laboral también es discutible. Autores como Mascaro Nascimento entiende que ella es aplicable en la hipótesis de empeños de bienes decurrentes de ejecución laborales, cabiendo el nombramiento a la autoridad del propietario o poseedor, que será nombrado por el que simplemente detiene la cosa ora discutida. En posicionamiento contrario, dentro de varios otros posicionamientos, se encuentra Wagner Giglio, considerando que el nombramiento a la autoridad es aplicable apenas en la fase cognitiva, pero admite que podrá ocurrir en la hipótesis de la discusión resultar de la divergencia sobre la pose o propiedad del bien, como es el caso de una herramienta o de un uniforme. Ribeiro de Campos defiende el caso de que se un trabajador acciona apenas la empresa contratante, pretendiendo recibir sus derechos laborales, éste no podrá utilizar del nombramiento a la autoridad de la empresa contratista, pues este instituto es apenas aplicable en las demandas que traten de derechos reales de indemnización por daños causados a la cosa. Sigue explicando que el nombramiento a la autoridad no puede ser utilizado para corregir la ilegitimidad pasiva, y sí para autorizar excepcionalmente a la sustitución de la parte, sin que ocurra la extinción del proceso. En la ilegitimidad para la causa, en la hipótesis que sea así reconocida, acarrea la extinción de la demanda sin juzgamiento de mérito, mientras que en el nombramiento a la autoridad, en el caso de ser aceptada, ocurrirá el cambio del reo, con la continuidad de la demanda.

exclusivamente relacionadas a la subcontratación. En España este asunto se suscita de manera análoga por los artículos 13 y 14 LEC.

La intervención de terceros es un tema importante en Brasil porque la doctrina discute su uso en la subcontratación, mientras que en España la concentración mayor, como se pudo percibir, es en el litisconsorcio. Aunque no se imponga un litisconsorcio la ley española posibilita que ciertos sujetos que estén relacionados o que vean que sus derechos estén afectados de forma refleja, puedan participar si lo desean, actuando como parte, visto que la LPL posibilita esta opcional pluralidad de partes, que puedan comparecer en el proceso diversos sujetos.

La intervención de tercero en el proceso del trabajo, y con aplicación subsidiaria del proceso civil, es discutida y no aceptada por todos los autores de derecho laboral brasileño. Unos de ellos como es el caso de Giglio que fundamentándose en la economía procesal y en la celeridad procesal es adepto de la intervención de tercero. Diferentemente de Souto Maior que es contrario a la intervención, alega que el procedimiento laboral es oral y que este tipo de procedimiento no comporta terceros y que solamente hace con que se complique el proceso⁹⁵⁴.

La asistencia, como se ha dicho anteriormente, es una forma de intervención espontánea. Su función es de asistencia a una de las partes y el interés del tercero es que el asistido obtenga una sentencia favorable. La asistencia puede ser simple/adhesiva o litisconsorcial/calificada⁹⁵⁵. Las diferenciaciones básicas entre la asistencia simple y la litisconsorcial, son las siguientes: en la asistencia simple el derecho discutido pertenece solamente al asistido, mientras que en la litisconsorcial el derecho también es del asistente o solamente de éste.

⁹⁵⁴ En este sentido, es válido las palabras de Ribeiro Campos: "Um dos argumentos contrários à utilização do instituto da intervenção de terceiros no processo do trabalho é a questão da competência material da Justiça do Trabalho. Nesse sentido, não se pode deixar de refletir sobre o alcance da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho introduzida pela Emenda Constitucional nº45. Oportuno, para o presente trabalho, é o ensinamento de Amador Paes de Almeida quando escreve que "do exame das diversas espécies de intervenção de terceiros se conclui pela conveniência de evitar posições radicais, pois o conhecido dinamismo do direito do trabalho implica sempre fatos novos, como, por exemplo, o fenômeno relativamente recente da terceirização, que consiste, como se sabe, na contratação de empresas prestadoras de serviço como empresas de vigilância ou de limpeza etc.". O Código de Processo Civil regula como intervenção de terceiros a oposição (arts. 56 a 61), a nomeação à autoria (arts. 62 a 69), a denunciação da lide (arts. 70 a 76) e o chamamento ao processo (arts. 77 a 80). A assistência (arts. 50 a 55), embora não regulada pelo Código como espécie de intervenção de terceiros, é classificada como tal pela doutrina". RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 155.

⁹⁵⁵ El art. 50 CPC determina: "Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la".

En la asistencia simple, la relación jurídica es entre asistente y asistido, y en la asistencia litisconsorcial, la relación jurídica es con la parte contraria al del asistido. El art. 53 CPC⁹⁵⁶ brasileño dispone que la asistencia no obsta a que la parte principal reconozca la procedencia del pedido, desista de la demanda o transija sobre derechos controvertidos. Casos en que, terminando la demanda, cesa la intervención del asistente. Lo que no se aplica a la asistencia litisconsorcial, visto que el asistente podrá oponerse al desistimiento del asistido, al reconocimiento de la procedencia del pedido, a la transacción y al acuerdo. En la asistencia litisconsorcial, la cosa juzgada material despliega sus efectos el asistente, mientras que en la simple el asistente no está afectado por la cosa juzgada material, sufrirá solamente los efectos de la sentencia⁹⁵⁷.

La asistencia es permitida en el proceso del trabajo caso siga los requisitos de legitimidad y del interés jurídico de actuar. Como es el caso de admisión como asistente el empleado en relación al otro empleado, el sindicato en relación al empleado, o el empleado en relación al sindicato, o el sindicato en relación al empleador, o el empleador con el otro empleador. El TST admite la asistencia en el proceso del trabajo conforme el Enunciado 82 TST que expresa: “A intervenção assistencial, simples ou adesiva, só é admissível se demonstrado o interesse jurídico e não o meramente econômico”. De esta forma se verifica que puede existir la asistencia en los casos de subcontratación, tanto la empresa contratante como la contratista puede ser asistente una de la otra.

En los casos en que el empleado demande a la empresa contratante pidiendo la condenación solidaria en las verbas laborales, la contratista puede intervenir como asistente de la primera. Inclusive su interés de que la sentencia sea favorable es justamente para que no sea accionado contra él una demanda vía regreso. Igualmente si la demanda es dirigida contra la contratista, la contratante podrá ser asistente, por ejemplo en el caso de que suceda que el autor pida a la contratante el pago de adicional de insalubridad, debido al sitio que debe la fiscalización pertenecer en las dependencias de la contratante. Pues podrán existir, como en España, repercusiones en la relación jurídica de la contratante con los empleados subcontratados o con sus propios empleados.

⁹⁵⁶ El art. 53 CPC expresa: “A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente”.

⁹⁵⁷ El art. 54 CPC afirma: “Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”.

El pedido de intervención de asistente debe ser hecho al juez de causa de forma fundamentada, en el proceso del trabajo se admite que sea hecho oralmente. Segundo el art. 51 CPC⁹⁵⁸, en los casos que no haya impugnación de las partes en relación al pedido de asistente, en un plazo de 5 días, la asistencia será admitida. Caso alguna de las partes alegue falta de interés jurídico el juez analizará el caso y decidirá la cuestión, que tendrá la característica de decisión interlocutoria y, consecuentemente, irrecurrible de inmediato.

A partir de ahora serán vistas las intervenciones de terceros provocadas o por iniciativa de una de las partes o por decisión del juez. La primera es la denuncia a la lid. Ésta ocurre cuando el autor o el reo llama al juicio un tercero al cual se está de alguna manera relacionado por una relación jurídica decurrente, en virtud de sentencia que reconozca al tercero derecho sobre la cosa por aquel adquiriera, o para que éste o reembolse de los perjuicios decurrentes de la demanda.

En otras palabras significa decir que el objetivo de la denuncia de la lid⁹⁵⁹, es anticipar una demanda en que el denunciante podría proponer el eventual coste procesal de la demanda principal, visto que en el mismo proceso surgen dos relaciones jurídicas procesales. Diferencia básicamente de la acción de regreso, es que en la denuncia pasará a existir dos demandas, una originaria, en la cual participa el reo, y una secundaria o incidental, entre el denunciante y el denunciado, debiendo la sentencia solucionar las dos demandas. Mientras que la acción de regreso solo es pedida posteriormente, después de la sentencia condenatoria en este caso de la empresa contratante al pago de las verbas salariales, o por cualquier otro valor que le corresponda, y consecuentemente tardará más para ser apreciada.

A respecto de la acción de regreso en España, es válido mencionar al art. 1.137 CCE, y partiendo del supuesto de no presunción de la solidaridad expresa: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas

⁹⁵⁸ El art. 51 CPC determina: “Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz: I - determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem autuadas em apenso; II - autorizará a produção de provas; III - decidirá, dentro de 5 (cinco) dias, o incidente”.

⁹⁵⁹ El art. 70 CPC estipula: “A denunciação da lide é obrigatória: I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que a evicção lhe resulta; II - ao proprietário ou ao possuidor quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”, sin perjuicio de la acción de regreso o reembolso prevista en el art. 1.145⁹⁶⁰ CCE. Igualmente el art. 1.144⁹⁶¹ CCE determina la posibilidad del acreedor demande contra cualquiera de los deudores solidarios o a la vez contra todos. Este precepto hace referencia al litisconsorcio, sea activo o pasivo, que en los casos de subcontratación suelen ser en el lado legitimado pasivo entre la empresa contratista y la contratante.

En relación al TST, éste consideraba que la denuncia a la lid no tenía cabimiento en el proceso del trabajo, segundo indicaba la Orientación Jurisprudencial 227. Posteriormente en el año de 2005 fue cancelada debido a la ampliación por la Enmienda Constitucional 45, que amplió la competencia material de la Justicia del Trabajo. Aunque no se encuentra cabimiento, después de analizado el contenido del art. 70 CPC brasileño, en sus artículos primero y segundo. Y solamente siendo de relieve para el estudio de la subcontratación el apartado tercero en que trata de los que estén obligados por ley o por contrato a indemnizar, en acción de regreso, el perjuicio del que perder la demanda. De tal forma, podría discutir el caso de que la empresa contratante es cobrada judicialmente por los derechos laborales del empleado subcontratado, y en la hipótesis arriba expuesta, venga a pedir el derecho de regreso ante la empresa contratista.

Es válido mencionar que la tesis de incompatibilidad de la denuncia de la lid en la Justicia del Trabajo brasileña, solamente es justificable en los casos donde se discuten los derechos provenientes de la relación de empleo. Aunque podrá ser admitida, conforme el art. 114 CF/88, está en la justicia especializada. Tampoco será de competencia de la justicia del trabajo la discusión sobre la relación entre las dos empresas⁹⁶².

⁹⁶⁰ El art. 1.145 CCE dispone: “El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno”.

⁹⁶¹ El art. 1.144 CCE afirma: “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”.

⁹⁶² Es válido mencionar, conforme explica Ribeiro de Campos: “No caso da terceirização, ou seja, na ação movida pelo trabalhador somente em face do tomador dos serviços, torna-se incabível a denúncia à lide da empresa prestadora, devendo o juiz, além de julgar a demanda proposta pelo trabalhador, julgar ainda a ação incidental (regressiva) que vai se formar entre as duas empresas, o que afasta a competência material da Justiça do Trabalho, pois não se trata de relação de trabalho, conforme dispõe o inciso I do art. 114 da Constituição Federal, por tratar-se de uma relação estabelecida entre duas pessoas jurídicas”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, págs. 167-168.

La segunda forma de intervención de terceros relacionado con la subcontratación es el llamamiento a la demanda⁹⁶³. Es una facultad que tiene el deudor que está siendo demandado para el pago de determinada deuda, que en este caso laboral oriunda de una relación de subcontratación. Es de llamar a la demanda los co-deudores o los que al principio serían los responsables de tal deuda, para hacer con que éstos también se conviertan en reos de la demanda. De esta manera, y después de solicitar al juez, el reo podrá llamar para hacer parte de la lid como sus litisconsortes el deudor principal, los corresponsables o coobligados solidariamente para que respondan por lo que se encuentra pedido en la demanda.

Es de competencia de la JT brasileña el caso especificado en el apartado tercero del art. 77 CPC, en el cual trata de la existencia de solidaridad entre el reo y uno o varios co-obligados⁹⁶⁴. En el caso de que solo sea demandada la empresa contratante se presume que la responsabilidad es solidaria, y es posible que se llame a la demanda la contratista, conforme dispuesto en el art. 77 III CPC. Pues caso haya una condenación éste también se verá afectado por la sentencia. Ésta deberá ser procedida delante del reo y del llamado, segundo expresa el art. 80 CPC⁹⁶⁵. En realidad, lo que se observa en esta sentencia es como se fuera dos en una, pues habrá dos decisiones con repercusiones mutuas de una sola vez. Por ejemplo, en la hipótesis que el reo esté condenado a pagar al autor, que es el empleado subcontratado, luego después será analizado la relación del reo con los co-obligados y entre éste y el deudor principal.

⁹⁶³ El art. 77 CPC afirma: "É admissível o chamamento ao processo: I - do devedor, na ação em que o fiador for réu; II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum".

⁹⁶⁴ Ribeiro de Campos, en su libro, hace una recopilación doctrinaria en que varios autores defienden el cabimiento del llamamiento a la demanda, como es el caso de "AMADOR PAES DE ALMEIDA diz que "hipótese de chamamento ao processo comum na Justiça do Trabalho é o do empreiteiro principal com relação ao subempreiteiro, conforme o disposto no art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho". AMAURI MASCARO NASCIMENTO explica que "o chamamento ao processo presta-se, no processo trabalhista, para a integração de todos os devedores solidários, quando o credor exige de um ou alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum". WAGNER GIGLIO, depois de anunciar que mudou de opinião, admite "o cabimento do chamamento ao processo nos casos de o empregador ser uma sociedade de fato ou um condomínio irregular, ainda inexistente síndico ou administrador, a fim de que venham a integrar a lide todos os sócios ou condôminos, se apenas um deles foi citado, ou se somente alguns o foram". COQUEIJO COSTA arrola o mesmo exemplo aduzindo que "esse inciso III do art. 77 do CPC espelha uma questão trabalhista. Quando for ajuizada ação contra um dos sócios de sociedade de fato, ou contra condômino de condomínio não regularizado, pode o empregador reclamado, na contestação, ou antes dela (que se produz em audiência) requerer a citação dos demais sócios ou condôminos, para integrarem a lide". CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA também cita os mesmos exemplos". RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 169.

⁹⁶⁵ El art. 80 CPC expresa: "A sentença que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfazer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos codevedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

Algunos autores, debido a estas características, creen que la JT brasileña no tiene competencia para juzgar demandas entre los reos (empresa contratante y contratista). La explicación dada por Ribeira de Campos al argumento de incompetencia de la JT es que: “O argumento de que a Justiça do Trabalho é incompetente para se pronunciar sobre eventual conflito entre as empresas está condicionado à hipótese de o chamado negar a sua condição de responsável pelo pagamento da dívida trabalhista. Se não ocorrer essa situação, não há conflito a ser solucionado. Aliás, essa hipótese é remota, já que a empresa chamada ao processo manteve ou mantém contrato de trabalho com o autor da ação, sendo a principal responsável pelo pagamento dos créditos. Somente litigando de má-fé é que o chamado, como empregador do autor, poderá negar a sua condição de parte legítima para responder como principal devedor. Mesmo se o chamado negar a sua condição de devedor, e se instaurar um conflito entre réu e chamado, é superável o argumento da incompetência material da Justiça do Trabalho para resolver esse conflito”⁹⁶⁶.

La relación existente entre el reo y el llamado será analizada por el juez de forma indirecta, objetivando apenas los límites subjetivos de la cosa juzgada. Al apreciar la relación entre los reos, el juez observará si hay un verdadero contrato de subcontratación.

Defensores de la competencia de la JT para juzgar el llamamiento a la demanda no solamente en los casos de subcontratación como también en general, como es el caso de Wagner Giglio, explicando que ocurre incluso tal episodio en el cotidiano de los tribunales laborales en Brasil. Pues para juzgar una relación entre el subempreiteiro y el empreiteiro principal, o si es para definir entre más de un empleador, en la hipótesis que sean distintos y apenas uno de ellos es responsable como deudor solidario, por integraren un mismo grupo de empresa. O también, como explica el autor, para solucionar lides secundarias entre

⁹⁶⁶ Inclusive, de forma precisa, Ribeiro de Campos hace un resumen sobre este tema: ““Outro aspecto processual que poderá surgir é a intervenção de terceiros. Será possível a assistência em ações movidas em face do tomador ou do prestador dos serviços, tanto um como o outro pode ter interesse em atuar como assistente. Nas ações movidas pelo trabalhador pedindo o pagamento de verbas trabalhistas em face de uma das empresas, não se vislumbra a possibilidade de oposição. Nenhuma das empresas tem interesse em se intrometer no processo para reivindicar para si o direito pretendido pelo autor da ação. Será incabível a nomeação à autoria se um trabalhador acionar apenas o tomador dos serviços, pretendendo receber direitos trabalhistas. Ele não poderá nomear à autoria a empresa prestadora, já que a nomeação à autoria é aplicável apenas nas ações que versem sobre direitos reais de indenização por danos causados à coisa. Na ação movida pelo trabalhador somente em face do tomador dos serviços, torna-se incabível a denúncia à lide da empresa prestadora, devendo o juiz além de julgar a demanda proposta pelo trabalhador, julgar ainda a ação incidental (regressiva) que vai se formar entre as duas empresas, o que afasta a competência material da Justiça do Trabalho. Como a empresa tomadora pode ser condenada solidariamente a pagar direitos trabalhistas não pagos pela empresa prestadora, é possível o chamamento ao processo da empresa prestadora dos serviços. Mesmo se o chamado negar a sua condição de devedor e se instaurar um conflito entre réu e chamado, é superável o argumento da incompetência material da Justiça do Trabalho para resolver este conflito. O exame feito pelo juiz acerca da relação entre o réu e o chamado é indireto. Somente deve ser admitido o chamamento ao processo quando o tomador dos serviços chama ao processo o prestador dos serviços, não sendo possível o contrário”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 180.

arrematante y depositario, perito y parte, aunque tales conflictos no sean entre empleado y empleador.

Conforme el art. 80 CPC brasileño la sentencia podrá valerse como título ejecutivo a favor del deudor que satisfaga la deuda, lo que no se aplica en el proceso del trabajo, visto que la ejecución deberá ser intentada ante el juez que profirió la sentencia condenatoria, por tal motivo no se puede la JT proceder la ejecución de una empresa por otra. Para que sea considerado un título ejecutivo, es necesario que quien pague la deuda laboral sea el deudor secundario o la empresa contratante. Pues caso sea pagado por la contratista no habrá más motivos para valer como título ejecutivo para con el llamado en la demanda que es la empresa contratista.

Uno de los aspectos básicos para la revalidación del llamamiento a la demanda es que solamente debe ser admitido los casos en que el deudor secundario, es decir la empresa contratante, llame a la demanda el deudor principal, que es la empresa contratista. En el caso contrario no sería posible, que el principal llamara al secundario. Inclusive no hay razón de ser que la contratista llame al contratante si uno de los fundamentos de la subcontratación es que ésta no tenga que preocuparse de los trabajadores subcontratados ya que está pagando para una empresa hacer esta tarea.

Para finalizar, es pertinente mencionar que en el momento en que el llamante deberá requerir la presencia del llamado es al hacer la contestación inicial, que ocurrirá, en el caso de los tribunales laborales brasileños y según el art. 847 CLT⁹⁶⁷, en la audiencia designada para la presentación de la respuesta. Este llamado podrá ser hecho tanto de forma oral como por escrito, so pena de preclusión, y la decisión que acepte o defiera el llamamiento a la demanda tendrá naturaleza de decisión interlocutoria, que podrá ser apelada en la interposición del recurso ordinario.

Terminado este análisis de la subcontratación y del derecho procesal, se verán, a partir de ahora, las responsabilidades en la subcontratación.

⁹⁶⁷El art. 847 CLT expresa: "Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes".

13. Responsabilidades en materia de contrata y subcontratas

"El mejor modo de resolver una dificultad es no tratar de soslayarla."

Noel Clarasó

543

El último punto a ser tratado en esta tesis, y quizás uno de los más importantes para el desarrollo del tema, es el referente a la responsabilidad en la subcontratación pues es uno de los temas que más existe decisiones judiciales a cerca de él; tanto es que será uno de los temas a ser sugerido su cambio a seguir en las propuestas. Tal importancia es debida a que la responsabilidad en materia de subcontratación es uno de los puntos claves para que sean respetados y cumplidos los derechos salariales del trabajador y de la Seguridad Social tanto por la contratante como por el contratista, o contratistas si es un caso de encadenamiento de subcontratación. El tema de las responsabilidades es muy vasto, pero serán breves las palabras visto que ya se ha sido mencionada en varias ocasiones en esta tesis. Y también porque solo será visto único y exclusivamente lo que sea relacionado con la subcontratación relevante al caso brasileño.

La responsabilidad surge y deberá ser imputada a una persona cuando es violada una norma jurídica que haya causado un daño a alguien, debiendo el agente activo resarcir- generalmente de forma pecuniaria-, una vez que se genera una obligación para con el pasivo. Con estas mismas palabras se pronuncia Diniz: "a responsabilidade está diretamente associada a um comportamento humano que seja contrário à norma jurídica, portanto, ilícito. A ilicitude não se verifica, entretanto, quando eventual dano decorra do uso regular e legítimo de um direito"⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸DINIZ, Maria Helena, Código Civil comentado, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 169. Autores como es el caso de Carelli expresa que la lucha contra los argumentos de no pago de las deudas por parte de los contratantes, alegando que es deber de la contratista, y a pesar, que al final de un largo plazo, dependiendo de cada caso, también es obligado a asumir la responsabilidad que les son debidas, en el cual muchas veces se percibe en los tribunales un acuerdo relacionado con la reducción de los valores de los derechos no usufruidos por el trabajador subcontratado, percibiendo que hay una afronta a los derechos humanos fundamentales laborales, como se puede denotar en las palabras del autor: "A saga continua por anos com a negativa de pagamento por parte dos tomadores de serviço, sendo que ao final, estes são responsabilizados, após longo decurso de prazo, isso se, por acaso, não houver um acordo com redução do valor dos direitos não usufruídos pelo trabalhador. Esse é, em grossas linhas, o quadro perverso que atualmente vige no cenário trabalhista. Assim, a realidade social, pela não vigência generalizada dos direitos humanos fundamentais do trabalho, impõe seja modificada a forma atual pela qual o Poder Judiciário Trabalhista, trata a questão da responsabilização pelo pagamento de verbas oriundas da relação de trabalho quando presente a terceirização. O próprio ordenamento jurídico atual já prevê de forma diversa a questão da responsabilidade civil como vem sendo julgada a questão pelo Tribunal Superior do Trabalho e demais cortes trabalhistas". LACERDA CARELLI, Rodrigo, A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, en AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N. 06, São Paulo, 2006, pág. 715. A nivel español es pertinente observar a RIVERO LAMAS, Juan, La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

El Código Civil brasileño también hace otra distinción en relación a la responsabilidad que puede ser de carácter contractual o extracontractual⁹⁶⁹, en términos semejantes al ordenamiento español. La primera, como se puede percibir, es originaria de un acuerdo común hecho por las dos partes y de la violación del mismo. Mientras que la segunda es la violación de un precepto general de respetar las personas o los bienes ajenos⁹⁷⁰. En relación al contrato de trabajo, la empresa es responsable por las obligaciones previstas en ley, en convenios colectivos y por el contrato laboral realizado por ésta y el empleado. De la misma manera en que el empleado también tiene la obligación de cumplir con las tareas y papeles firmado por él. Igual es posible imputar la responsabilidad contractual a ambas partes después del término del contrato de trabajo, pues como ejemplo hay el deber del ex empleado de guardar los secretos de la empresa. Como también por otro lado, hay la obligación del empleador de no perjudicar el ex empleado en la obtención de un nuevo empleo. Más específicamente al tema de subcontratación, es imprescindible el estudio de las responsabilidades solidarias y subsidiarias, como también en relación a la Seguridad Social y otros institutos que serán vistos a partir de ahora.

⁹⁶⁹ En relación a la responsabilidad de una manera en general, que puede ocurrir debido a dos hipótesis: por la no ejecución de una obligación – que es la conocida responsabilidad contractual - o por no adimplemento normativo, que es la responsabilidad extracontractual o aquiliana. En el primero caso, la obligación de reparar el daño surge por el no-cumplimiento de la obligación negocial, y en el segundo caso la obligación surge de la lesión a un derecho subjetivo, sin que entre aquél que haya provocado y aquél que ha sufrido el daño preexista cualquier relación jurídica. La responsabilidad civil contractual es la que es originaria del no adimplemento de un contrato, causando perjuicio para una de las partes, también conocida como la responsabilidad por la no ejecución de una obligación expresa en el contrato, es decir, la obligación de indemnizar es debida a la relación contractual entre las partes. Diferentemente de la responsabilidad extracontractual pues aquel que haya causado el daño no tiene vínculo contractual con el ofendido. Ésta es debido a la violación de la ley, de la práctica de un acto ilícito o de lesión a un derecho subjetivo de otra persona, en otras palabras, es resultante de la obligación de no perjudicar a otra persona. Por tanto, la responsabilidad a que se trata en este estudio es la atribuida a la contratante cuando los derechos laborales son vulnerados es la extracontractual visto que no hay vínculo contractual entre la contratante y el subcontratado. Igual se observa la responsabilidad en los casos de frustración de las negociaciones preliminares, en el caso de que pueda existir una eventual obligación indemnizatoria decurrente de los daños causados por estar en una fase pre-contractual que se muestra posteriormente frustrada, evidenciada, obviamente, por una culpa extra-contractual, como es el ejemplo de un empleado que ha pedido dimisión de su antiguo trabajo por consecuencia del nuevo y que en última instancia. Después de negociaciones preliminares casi concretizadas, no ha empleado y no tiene ningún motivo aparente de relevante importancia para no haber hecho.

⁹⁷⁰ Este tema se encuentra dispuestos en los artículos 186 hasta el 188 del CC brasileño de 2002.

13.1 La solidaridad y la subsidiariedad en las contrataciones y subcontratas

“La primera igualdad es la equidad.”

Victor Hugo

545

En lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, ésta se instituye para garantizar debidamente el cobro, potenciar la responsabilidad patrimonial y evitar reclamaciones innecesarias en circunstancias, en donde se percibe que el deudor principal no cuenta con los recursos patrimoniales necesarios para cumplir con tales obligaciones. De esta manera, es necesario expresar que en Brasil la legislación laboral pertinente al tema de la responsabilidad y subcontratación es insuficiente, teniendo la legislación civil como suplementaria, dejando en la mano de la jurisprudencia tal hecho. Diferentemente de España, -que a pesar de que también utilice del derecho civil como legislación suplementaria- que el art. 42 ET estipula muy bien la responsabilidad existente entre la contratante y la contratista para con el trabajador subcontratado.

La responsabilidad solidaria en materia de subcontratación supone una obligación legal en igualdad de circunstancias en la cual se puede cobrar⁹⁷¹ -indistintamente el orden, tanto de la empresa principal como de la contratista- la deuda existente con los trabajadores de ésta; es válido resaltar que esto no significa que la responsabilidad sea ilimitada. Respecto a la responsabilidad subsidiaria⁹⁷², el responsable subsidiario -que es la empresa contratante-

⁹⁷¹ A nivel de complementariedad, es válido mencionar que las obligaciones laborales pueden ser decurrentes de la estipulación de las partes, de la ley o de convenios colectivos. De esta manera los enunciados no pueden establecer la solidaridad de esas obligaciones, so pena de no generar eficacia por provocar un conflicto directamente con las normas procesales civiles brasileñas. Aunque este precepto no es válido al tratar de relaciones ilícitas, en estos casos, conforme el CCB, la solidaridad es automáticamente implantada.

⁹⁷² En la legislación brasileña, no hay definición legal de responsabilidad subsidiaria, lo que hay es la previsión específica de la responsabilidad subsidiaria del fiador, el denominado beneficio de orden, al tratar el CCB de los efectos de la fianza, conforme el art. 827 CCB que dispone que el fiador demandado por el pago de la deuda tiene derecho a exigir, hasta la contestación de la lid, que sean primero ejecutados los bienes del deudor. El beneficio de orden es un derecho del fiador, el cual podrá exigir que sean ejecutados antes que los suyos los bienes del deudor, una vez que el fiador tiene la obligación subsidiaria, visto que su función es de solamente ser una garantía de la deuda principal. Tampoco se puede dejar de mencionar el art. 596 CPC que ejemplifica un caso más de responsabilidad subsidiaria de los bienes de los socios en relación a la sociedad, pues, conforme el precepto legal, los bienes particulares de los socios no responden por las deudas de la sociedad, sino en los casos previstos en la ley, el socio, demandado por el pago de la deuda, tiene el derecho a exigir que sean primero ejecutados los bienes de la sociedad. El Tribunal Superior do Trabalho livra empresa ferroviária de responsabilidad subsidiaria, como se puede percibir: “A Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu o recurso de um empregado terceirizado que, por meio de uma ação autônoma, pretendia responsabilizar subsidiariamente a Ferrovia Centro-Atlântica S. A. pelos seus créditos trabalhistas que julgava de direito e não foram pagos pela empresa contratante Coliseu Segurança Ltda. Em decisão anterior, o Tribunal Regional da 3ª Região (MG) já havia negado a pretensão do empregado, com o entendimento que o momento próprio para ele ter pedido a condenação do devedor subsidiário foi quando ingressou com a reclamação contra a empresa empregadora, “sob pena de, assim não agindo, correr o risco de a execução se voltar, tão-só, contra o real devedor”. Contra essa decisão o empregado recorreu ao TST, sustentando a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente, por meio de uma ação autônoma, o tomador dos serviços, no caso a empresa Ferrovia Centro-Atlântica, pelas suas verbas. Ao examinar o recurso na Sétima Turma, o relator ministro Pedro Paulo Manus avaliou que a decisão regional estava correta e deveria ser mantida, porque está em conformidade com o

sólo responderá a la deuda existente en el caso que la contratista no cumpla con la obligación o no pueda cumplir, pudiendo posteriormente ejercer la contratante una acción restitutiva relativa a la obligación principal cubierta.

La característica principal de las obligaciones subsidiarias⁹⁷³ corresponde a la cobranza primeramente al responsable principal, que en este caso es la empresa contratista; en caso

entendimento da jurisprudência do TST, “que não admite o ajuizamento de ação autônoma, com a simples finalidade de incluir, no título executivo, o tomador dos serviços, na qualidade de responsável subsidiário”. Manifestou o relator que caso a pretensão do empregado fosse atendida “ofenderia ou a coisa julgada (decisão que não cabe mais recurso), tendo em vista a necessidade de rediscussão de matérias já decididas, ou direito à ampla defesa e ao contraditório do tomador de serviços, visto que ele estaria impedido de impugnar as verbas que compõem o título executivo judicial transitado em julgado”. O caso - O empregado foi admitido pela Coliseu Segurança em janeiro de 2002 e foi demitido em agosto de 2005, sendo que entre novembro de 2003 até a sua dispensa, trabalhou prestando serviços à empresa ferroviária. Inicialmente, ele propôs a reclamação contra a empregadora. Ação foi julgada procedente e transitada em julgado. Mas como os créditos relativos ao período em que esteve à disposição da Centro-Atlântica não foram satisfeitos, ele ajuizou nova ação contra a essa empresa, pedindo que fosse responsabilizada subsidiariamente por suas verbas. O voto do relator foi seguido por unanimidade na Sétima Turma, com ressalva de entendimento da ministra Delaíde Alves Miranda Arantes. (RR-109700-46.2007.5.03.0004). Publicado em 3 de Maio de 2011 às 10h10”. Disponível em: newsletter@iob.com.br. Se puede citar inúmeras decisiones del TST, como es el ejemplo de que ha condenado la Petrobras en las subcontrataciones en la que los subcontratados trabajaban apenas en la area administrativa de la contratista aceptando la responsabilidad subsidiária de la Petrobras por se tratar de un mismo grupo económico, conforme se puede percibir: “(...) a Sexta Turma, em voto do ministro Horácio Senna Pires, manteve decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES) que condenou a Petrobras a pagar verbas indenizatórias a um grupo de ex-empregados de uma empresa prestadora de serviços. Trata-se do caso de três trabalhadores, admitidos pela Dawnstec Power Ltda. para trabalhar no município de Serra, no Espírito Santo, em razão de contrato de prestação de serviços com a Petrobras. Demitidos da empresa e sem receber qualquer indenização, eles entraram com reclamação trabalhista contra a Dawnstec reclamando o pagamento dos direitos e apontando a responsabilidade subsidiária da Petrobras. Apesar de ter comparecido à audiência, a Dawnstec não apresentou defesa e, por essa razão, foi condenada à revelia pelo juiz da 10ª Vara do Trabalho de Vitória, que determinou o pagamento de aviso prévio, 13º salário, férias, FGTS e outras verbas indenizatórias. Entretanto, a sentença rejeitou o pedido de responsabilidade subsidiária, por entender que os autores da ação trabalhavam em atividades administrativas da empresa que os contratou e não estavam sob a direção da Petrobras”. Y sigue explicando la decisión: “O grupo interpôs então recurso ordinário contestando a sentença e obtiveram do TRT da 17ª a sua reforma nesse aspecto, com a condenação da Petrobras ao pagamento dos créditos trabalhistas. O TRT considerou que, ao contrário do que decidira o juiz de primeiro grau, o fato de os reclamantes trabalharem na área operacional ou administrativa da Dawnstec em nada afetaria a responsabilidade da Petrobras sobre os direitos trabalhistas em questão. A decisão baseou-se, entre outros fundamentos, no que determina a Súmula 331 do TST: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações”. A Petrobras apelou ao TST, mediante recurso de revista, no intuito de rever a condenação, e insistiu na tese de que a Súmula 331 não se aplicaria aos casos em que os empregados trabalham apenas na área administrativa da empresa tomadora de serviços. O relator da matéria, ministro Horácio Senna Pires, refutou essas alegações, mantendo, portanto, a decisão do TRT. Para o ministro Horácio Pires, apenas o fato de o tomador de serviços beneficiar-se do trabalho dos empregados da empresa prestadora de serviços é imprescindível para caracterizar a responsabilidade subsidiária. E, nessa linha, concluiu, “tratando-se de empresa prestadora de serviços destinada exclusivamente a fornecer trabalho ao grupo econômico, este último é responsável subsidiário pelos débitos trabalhistas da primeira, ainda que os empregados trabalhassem apenas na área administrativa”. Síntesis Proceso: (RR) 1635/2005-010-17-00.1 Publicado em 25 de Agosto de 2008 às 11h09”. Disponível em: newsletter@iob.com.br. Es válido mencionar a la decisión Del TRT15: “- Terceirização: 6ª câmara mantém condenação de segunda reclamada como responsável subsidiária. A ação trabalhista foi ajuizada em Ribeirão Preto pela trabalhadora, em face de duas reclamadas. A primeira, uma empresa do ramo de refeição empresarial, responsável pela contratação da reclamante, e a segunda, uma rede de supermercados, onde de fato a autora prestou serviços como auxiliar de cozinha. Na ação, a trabalhadora pediu o reconhecimento do vínculo empregatício (a contar de 2 de janeiro de 2003), adicional de insalubridade ou periculosidade e, também, a condenação das reclamadas, sendo a segunda de forma subsidiária, ao pagamento de horas extras e outras verbas. (...) A empresa disse que “firmou contrato de prestação de serviço com a primeira reclamada, devendo ser afastada a responsabilidade subsidiária, pois não houve fraude na terceirização, sendo inaplicável a Súmula 331 do TST”. (...) O relator do acórdão da 6ª Câmara do Tribunal, desembargador Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, entendeu que (...) é “irrecusável a existência da responsabilidade subsidiária da tomadora, eis que ela, conquanto não tenha sido a empregadora direta do trabalhador, se beneficiou do trabalho do obreiro, o que faz exsurgir a sua responsabilidade subsidiária, o que implica o reconhecimento da legitimidade da parte, quanto ao débito”. (Processo nº 0030600-14.2007.5.15.0067 RO). Publicado em 11 de Março de 2011 às 10h13”. Disponível em: newsletter@iob.com.br. En relación al caso español, véase BLASCO PELLICER, Ángel, Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social, Actualidad Laboral, La Ley, Madrid, 2005.

⁹⁷³El Tribunal Regional del Trabajo de la 15ª Región - TRT15 – expresa que: “Transportadora e supermercado não têm responsabilidade subsidiária em ação de vigilante: A sentença da 10ª Vara do Trabalho de Campinas condenou três reclamadas (a massa falida de uma empresa de segurança e transporte de valores e, subsidiariamente, uma transportadora e um supermercado) a pagarem as verbas rescisórias pleiteadas pelo trabalhador, que alegou ter “o contrato de emprego marcado por irregularidades”. Dentre os seus pedidos, constam aviso prévio indenizado e projeções, 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas do

que ésta no responda por sus obligaciones pasará a ser cobrado al responsable secundario, que es la empresa contratante.

Importante es mencionar que la contratante tiene dos atribuciones a cumplir. El primero es el de culpa in vigilando lo que significa decir que debe fiscalizar el ejercicio de la contratista, como en España, so pena de responder a una futura demanda laboral en la que será parte como corresponsable subsidiario. En consecuencia, basándose en el entendimiento jurisprudencial brasileño, descorrería la culpa in eligendo, que es la responsabilización económica subsidiaria por el no cumplimiento de la contratista con sus empleados. Para que sea reconocida la co-responsabilidad, la empresa contratante debe figurar conjuntamente con la contratista en una demanda con litisconsórcio pasivo.

Según la interpretación jurisprudencial en Brasil, la empresa contratante tiene el derecho al beneficio de orden, que significa decir que puede exigir que los bienes de la empresa contratista sean ejecutados antes de los suyos. Para que eso ocurra, la principal necesita nombrar bienes suficientes para la solvencia del débito, que sea en el mismo municipio, que estén libres y sin embargos. Inclusive en el caso de que los bienes sean insuficientes para el pago del cargo laboral, responderá con su patrimonio por tal obligación judicial.

terço constitucional, FGTS acrescido da multa de 40%, férias vencidas acrescidas do terço constitucional simples e em dobro, 13º salário proporcional, saldo de salário, seguro desemprego, diferenças de horas extras e reflexos, adicional por risco de vida e reflexos e indenização do tíquete-refeição. Recorrem, inconformadas com a decisão de primeira instância, a segunda e a terceira reclamadas. A primeira recorrente (a transportadora) sustenta que “não pode ser mantida a sua condenação subsidiária, pois não contratou os serviços de transporte de valores em carro-forte prestados pela primeira ré, empregadora do autor”. Também “alega que os serviços de escolta não caracterizam terceirização, uma vez que tais atividades não são ‘atividades-meio’ de empresas transportadoras, nem são prestadas nos estabelecimentos destas, pelo contrário, tais atividades apenas podem ser executadas por empresas especializadas em vigilância com veículos próprios, não se enquadrando a hipótese nos termos da Súmula 331 do Colendo TST”. Argumenta, porém, que “no caso de ser mantida a sua responsabilidade subsidiária, esta deve ser limitada a 5% do valor da condenação”. E por fim pede “a exclusão da multa por litigância de má-fé que lhe foi aplicada por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a sentença, pois não houve intuito protelatório quando da interposição do aludido recurso”. Concluiu pedindo a nulidade da decisão dos embargos “por não ter sido proferida pela mesma juíza que prolatou a sentença”. A segunda recorrente (o supermercado) sustenta que “o obreiro confessou que trabalhava em seu benefício por apenas cinco dias por mês, requerendo a limitação de sua responsabilidade subsidiária”. Alega que “não pode prevalecer a sua condenação ao pagamento de horas extras, pois do depoimento pessoal do autor, constata-se que o tempo despendido diariamente para a realização das coletas de valores nos seus estabelecimentos era de uma hora e quinze minutos”. (...)A decisão colegiada salientou que “a responsabilidade subsidiária não decorre única e exclusivamente do aproveitamento do trabalho de outrem. Se assim fosse, toda e qualquer relação comercial estabelecida entre empresas implicaria a responsabilidade subsidiária da contratante, ainda que o objeto da contratação não estivesse inserido no contexto de sua atividade-meio ou atividade-fim”. E por isso concluiu que “deve ser reformada a decisão de origem para absolver as recorrentes quanto à responsabilidade subsidiária que lhes foi atribuída pelo Juízo a quo”. Quanto à multa por litigância de má-fé imposta às recorrentes, o acórdão concluiu que “os apelos prosperam, tendo em vista que os embargos de declaração opostos pela segunda e terceira ré s objetivavam sanar a omissão do julgado relativa à delimitação da responsabilidade de cada uma delas, não se vislumbrando o caráter protelatório, como entendeu a decisão de primeiro grau”. E nesse sentido, excluiu da condenação a multa por litigância de má-fé imposta na origem, determinando, ainda, que “sejam restituídos à segunda e à terceira reclamadas os depósitos” feitos nos autos. (Processo 025700-93.2007.5.15.0129 RO). Publicado em 28 de Abril de 2011 às 10h38”. Disponible en: newsletter@iob.com.br.

Aunque hay autores, pertenecientes de la corriente minoritaria, como es el caso de Olivera Gonçalves que es contra la responsabilidad solidaria en los casos de subcontratación, como se puede percibir en sus palabras: “Esta solidariedade é completamente incompatível com o processo de terceirização, já que acarreta prejuízos ao gerador de cargos de trabalho, no caso o tomador dos serviços. Vamos supor urna situação: urna indústria estrutura a terceirização de seu setor de segurança. Para isto, contrata urna empresa especializada pagando-lhes um custo considerável pelo serviço. Esta empresa deixa de quitar algumas das obrigações trabalhistas dos seguranças, que imediatamente propõem urna demanda trabalhista. Julgada a ação procedente, a empresa de segurança não tem meios financeiros para arcar com a condenação. Neste caso, o tomador dos serviços que, frise-se, já pagou valores consideráveis na contratação da empresa interposta, terá que arcar também como montante da condenação”⁹⁷⁴.

Es importante resaltar, a nivel de complementariedad, la diferenciación de varios tipos distintos de responsabilidad clasificada por Ferreira de Castro: la total y directa - para las hipótesis de responsabilidad exclusiva; la solidaria - para las hipótesis de existencia de dos o más deudores responsables individualmente por la totalidad de la deuda y con derecho de regreso contra los demás⁹⁷⁵; la subsidiaria - para las hipótesis en que se agotaron los medios de obtenerse la satisfacción del crédito por cuenta del deudor principal, pasando a responder el deudor subsidiario; y la ausencia de responsabilidad - para las hipótesis en que no es posible imputar cualquier responsabilidad, por ausencia de nexo entre el daño y el hecho practicado o por existencia de excluyente⁹⁷⁶.

En Brasil, es aplicada la responsabilidad solidaria en el caso de ser demostrado judicialmente que es un caso de cesión ilícita de mano de obra, la cual remite a la penalización conforme el art. 942⁹⁷⁷ CCB. Pues ambas empresas fueron concomitantemente responsables por el engaño de la relación jurídica triangularizada existente. Inclusive debería ser ampliada

⁹⁷⁴ OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005, pág. 15.

⁹⁷⁵ En este sentido: “O fundamento para a ação regressiva e a retenção é a aplicação analógica do parágrafo único do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho, que reza: Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo”. RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 108.

⁹⁷⁶ Véase FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 150.

⁹⁷⁷ El art. 942 CCB define: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

tal responsabilidad para los casos de subcontrataciones lícitas, como está dispuesto en la legislación laboral española.

En este sentido, el TRT 15ª Región decide sobre trabajador subcontratado obtiene vínculo laboral con banco, reconociendo la responsabilidad solidaria de la contratante: “O trabalho na triagem, preparação e autenticação de documentos mediante chancela com valor de recibo, dentre os quais cheques sob custódia, insere-se no âmbito da atividade-fim de uma instituição bancária. O entendimento é da 10ª Câmara do TRT da 15ª Região, que manteve sentença da 2ª Vara do Trabalho de São José dos Campos, ratificando o reconhecimento de vínculo empregatício do reclamante, na função de escriturário-caixa, com a segunda reclamada, um grande banco multinacional que mantém agências no País. Também foi reconhecida a responsabilidade solidária da primeira reclamada, a empresa prestadora de serviços. Com a decisão, o trabalhador terá direito a verbas e benefícios exclusivos dos bancários, como, por exemplo, receber como hora extra toda hora trabalhada além da sexta diária. A Câmara determinou ainda a expedição de ofícios ao INSS, à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego e ao Ministério Público, para as providências que entenderem cabíveis”⁹⁷⁸.

Las responsabilidades, en el caso español, utilizadas por el ET son: la subsidiariedad y la solidaridad⁹⁷⁹. La primera, conforme el art. 42.1 ET, sucede en los casos en que la empresa

⁹⁷⁸Sigue la decisión: “(...) O banco admitiu possuir empregados dentro das instalações da primeira reclamada, bem como que os empregados desta prepararam os documentos de malote e caixa rápido oriundos das agências bancárias. Só após isso, afirmou o banco, seus funcionários atuam, e “apenas e tão somente na autenticação bancária de tais documentos”. Todavia, em seu depoimento, contrariando essa última afirmação da entidade financeira, o preposto da primeira reclamada revelou que o autor tinha entre suas atribuições inserir chancela em documentos, e que “essa chancela substitui a necessidade de autenticação, servindo como recibo de pagamento”. Para o relator, ao realizar a autenticação de documentos com valor de recibo, o reclamante desempenhava funções típicas de caixa bancário. “A fraude é flagrante”, reagiu Borges. Ele observou, inclusive, que a matéria discutida no processo já foi objeto de decisão do TRT, numa Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pela Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região em face das mesmas empresas e de uma cooperativa – assim oficialmente constituída, pelo menos – de trabalhadores na área de informática. Também nesse caso, o Tribunal confirmou a sentença de 1ª instância, julgando procedente a ACP e decretando a ocorrência da relação de emprego dos trabalhadores da empresa prestadora e dos “cooperados” diretamente com o banco. A decisão determinou ainda que a instituição financeira se abstenha de terceirizar sua atividade-fim, bem como que a prestadora de serviços deixe de locar mão-de-obra e efetuar contratação de serviços cuja modalidade se constitua em atividade-fim do tomador. Atualmente, o processo se encontra pendente de análise de recurso de revista interposto pelas requeridas”. Publicado em 13 de Janeiro de 2009 às 10h14”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

⁹⁷⁹En resumen, la delimitación en el tiempo de la responsabilidad solidaria se basa en: “El criterio central contenido en las dos leyes es que “la responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra”. Esto determina que el empresario principal debe necesariamente tener un control nominativo del personal tercerizado. Es muy frecuente que servicios que se subcontratan, el personal rote por distintas razones. Hasta el presente, esta circunstancia era irrelevante para el empleador principal, cuya única preocupación era que el servicio cumpliera con los estándares de satisfacción acordados. El segundo criterio de limitación temporal que contiene la ley señala que “... cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de períodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el empresario principal o la empresaria usuaria no podrá exceder el equivalente de lo que se hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo”. Esa segunda regla o criterio que consagra la ley es el de la prorratea. Si un trabajador tercerizado trabaja durante tres meses para un empresario principal, éste será solidariamente responsable del pago de sueldo y demás prestaciones mensuales devengados en ese período, cinco días de licencia, del salario vacacional de cinco días y de tres doceavas partes de un aguinaldo completo. El tercer criterio o

principal es responsable subsidiariamente por las cuotas de la Seguridad Social -quedando por fuera las mejoras voluntarias de la Seguridad Social- que la empresa contratista no haya pagado en el momento de suscribir el encargo de la obra o servicio como contratante o subcontratante.

Es decir, la responsabilidad requerida por el art. 42 ET y sus indagaciones iniciales, han sido superadas por la reforma operada por la Ley 12/2001, en el cual no importando la sucesión de la cadena de interpretación. Todas las empresas participantes de la subcontratación son responsables por los trabajadores subcontratados, como también lo relacionado a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas⁹⁸⁰. Igualmente es importante mencionar que el pago de la contratante de las deudas en materia de salario o Seguridad Social -tema mejor analizado posteriormente- en caso de falta de cumplimiento por parte de la contratista, pueden ser resarcidas a través de una acción de regreso y de subrogación⁹⁸¹ conforme el art. 1.838 y 1.839 CCE, pero no puede la primera ser responsable por las responsabilidades administrativas, patrimoniales o penales.

En relación al alcance subjetivo de la responsabilidad, la jurisprudencia del STS 17 de mayo de 1996, Ar. 4472, se considera como empresario principal tanto el primero de la cadena de contrataciones como también a los contratistas y subcontratistas, la interpretación en este caso es teleológica del precepto legal. Igualmente es válido citar que en los casos de

regla que establece el artículo es el del tope. La responsabilidad del empresario principal queda limitada al monto máximo que le hubiera debido pagar al trabajador si lo considera directo y no tercerizado. Esta regla parte de una premisa que no siempre se da: que el tercerizado gana menos que el permanente. En particular en materia de suministro temporal de trabajadores, no siempre se da esta condición. El aceptar una posición temporaria suele venir acompañada de una mayor paga para poder asegurar el cumplimiento de la misión". AMEGLIO, Eduardo J., Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 2008, págs. 480-481.

⁹⁸⁰ En relación a la materia de obligaciones previsionales, conforme el art. 1 Ley 18.099, la contratante es responsable solidariamente con la contratista, como se puede percibir: "En la actualidad, las entidades previsionales que operan son el Banco de Previsión Social, el Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas, la Dirección Nacional de Asistencia Social Policial, la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias, la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios y la Caja Notarial de Seguridad Social. El alcance de este artículo es muy precioso, ya que en materia previsional, la responsabilidad está circunscrita a las contribuciones especiales de la seguridad social. La segunda ley ratifica que las obligaciones previsionales respecto del trabajador contratado comprende las contribuciones especiales de seguridad social y aclara que se excluyen las multas, los recargos, los impuestos y adicionales recaudados por los organismos de seguridad social. En consecuencia, está fuera de toda duda que la responsabilidad no alcanza al Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas, ni al Fondo de Reconversión laboral, ni a cualquier futuro tributo que se cree y que sea recaudado a través de la red de organismos de seguridad social el alcance de la responsabilidad del empresario principal en materia de obligaciones previsionales está claramente definido. Solo comprende las contribuciones especiales de seguridad social, tanto las patronales, como las personales". AMEGLIO, Eduardo J., Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 2008, pág. 479.

⁹⁸¹ Al respecto: "En este sentido, las diferencias entre la acción de regreso y la subrogación son importantes: en la primera, el comitente gozará de un crédito nacido en la fecha del pago; en la segunda, la antigüedad del crédito será la originaria, pudiendo ser incluso compatibles. Finalmente, junto a estas acciones, el principal podrá ejercer compensación de créditos entre los laborales satisfechos por él, y las deudas que tenga pendientes con el contratista". OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contrataciones, Editorial Comares, Granada, 2002, pág.83.

encadenamiento de subcontratación, podrán haber dos tipos de interpretación en lo que se trata de la responsabilidad: la primera es la del encadenamiento máximo, en lo cual todas responderán a las demandas hechas, que es el de la tendencia jurisprudencial clásica (conforme con la del 9 de julio de 2002, Ar. 10538) y del entendimiento general del art. 42 ET. La segunda es la del encadenamiento mínimo, que significaría decir que el empresario principal (y no solamente en el sentido propio de la palabra) tendrá obligaciones apenas con el empresario siguiente en la cadena.

No se puede pasar el límite material de la responsabilidad que sería, conforme explica Olmo Gascón, de lo que hubiese establecido como salario de un personal fijo de la misma categoría, a pesar de que otra parte de la doctrina acepta la diferencia de salario entre fijos de la contratante y los subcontratados de la misma. Su punto de vista es dar un carácter idóneo a la subcontratación de ser un fenómeno para rebajar los costes de producción.

La responsabilidad material también debe ser vista en relación a la consecuencia que puede ocasionar en el ámbito administrativo laboral, en el cual sería imputado una infracción administrativa en los casos de impago y retrasos reiterados en el pago del sueldo debido, conforme se encuentra expuesto en el art. 96.1 ET.

Habrá responsabilidad solidaria⁹⁸², según el art. 42.2 ET, en los casos en que hasta después de un año de término del contrato el contratante es responsable por las obligaciones

⁹⁸²Sobre el contenido: STS UD de 23 de diciembre de 2004: “Esta Sala en sus sentencias de 20 de mayo de 1988 (RJ 1998, 4738) y 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 10538), ha aplicado el art. 42-2 del ET decretando la responsabilidad solidaria de la empresa principal en materia de liquidación de vacaciones no disfrutadas, en supuestos de contratas y su bien es cierto que allí no se cuestionaba la naturaleza salarial de dicha liquidación de vacaciones, con dicha decisión implícitamente también estaba resolviendo el problema aquí planteado que es lo trascendente”. LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna. DOSSIER últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. IUS Labor 2/2006, Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>, en 03 / 07/2007, hora 03:20. También es válido ver a este respecto “STS UD de 3 de mayo de 2004: “el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) establece que el empresario principal “responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores... durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo”. Ante la claridad de los términos de la Ley, que dispone “con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo” (suprimido en la nueva redacción introducida por la Ley 12/2001 [RCL 2001, 1674]), no puede aceptarse la doctrina de la sentencia combatida que rechaza todo límite cuando se trata de deuda salarial, derivado de un ficticio personal fijo de la misma categoría y puesto de trabajo, pues si en la empresa principal no existe personal fijo de la misma categoría y puesto de trabajo, necesariamente entra en juego como límite el salario establecido en el correspondiente Convenio y, no es válido argumentar “que si cobraban algo más que el mínimo del sector era porque su actividad era más provechosa... [pues]... si se ha aprovechado de su trabajo, lógico es que se extienda su responsabilidad a todo su salario, si en los límites fijados y los salarios establecidos no hay sospecha alguna de preconstitución fraudulenta de situaciones abusivas, ni los salarios pretendidos resultan desproporcionados con las cantidades que ordinariamente se pagan en las empresas del sector”. LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna. DOSSIER últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. IUS Labor 2/2006. Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>

de naturaleza salarial⁹⁸³ contraídas por el contratista y subcontratista con sus trabajadores, como también será responsable solidariamente en las obligaciones referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. Este precepto aborda cuatro cuestiones a ser analizadas: “el tipo y el alcance material de la responsabilidad, el tiempo durante el que se despliega la responsabilidad, el plazo de prescripción para reclamarla”⁹⁸⁴. En España hay muchas peculiaridades a cerca del tema, que no serán tratados en este estudio⁹⁸⁵.

El autor sigue explicando el alcance de la responsabilidad solidaria de ambas partes, que será lo que corresponde a los salarios y los beneficios decurrentes de éstos, sea de orden legal o convencional. Lo que significa decir que la percepciones extrasalariales⁹⁸⁶, del art. 26.2 ET, no entran en la responsabilidad de igual manera que las mejoras voluntarias de Seguridad Social. En relación a esta sólo es responsable por las “cuotas y prestaciones de las que se hubiera declarado responsable al contratista por falta de afiliación, alta o cotización”⁹⁸⁷.

De igual manera las partes implicadas tiene la responsabilidad solidaria -y solamente por el plazo que dure la contrata o subcontrata conforme el art. 42.2 ET y 23.2 LISOS- por el

⁹⁸³En este sentido, es válido revisar: STS UD de 9 de marzo de 2005: “En la actualidad, el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores dispone que “se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación personal de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo... o los períodos computables como de trabajo”, y el art. 38 del citado Estatuto, dentro de la Sección Quinta, dedicada a regular el “Tiempo de trabajo” incluye en el art. 38 el período de vacaciones para calificarlo como “período de vacaciones anuales retribuidas”, y por lo tanto retribuidas como se fueran tiempo de trabajo aunque no lo sea de trabajo efectivo sino de descanso necesario, en interpretación que es aceptada sin fisura alguna por toda la doctrina científica existente sobre el particular. Por si hubiera alguna duda, el propio art. 26.2 del Estatuto al establecer los conceptos que no tienen la consideración de salario sólo se refiere como tales a “las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”, y en ninguno dicho conceptos sería posible incluir el relacionado con las “vacaciones” de conformidad con las apreciaciones antes indicadas.” (...) “La conclusión que se desprende de todas las consideraciones anteriores es la de que la retribución correspondiente al concepto de “vacaciones” es salario a todos los efectos y en concreto a los efectos previstos en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)”. LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna, DOSSIER últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. IUSLabor 2/2006. Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>.

⁹⁸⁴PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos - ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Op. Cit., pág.517.

⁹⁸⁵En relación a las responsabilidades frente a las obligaciones salariales en España, véase SALA FRANCO, Tomás, Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos, Actualidad Laboral N. 9, La Ley, Madrid, 2005.

⁹⁸⁶Al respecto: “Por tanto, la responsabilidad solidaria no se extiende a las percepciones de naturaleza indemnizatoria o compensatoria ni, en general, a los conceptos extrasalariales, pudiéndose afirmar que en esta cuestión la interpretación jurisprudencial es claramente restrictiva; postura reiterada recientemente en la STS 19 de enero de 1998 (Ar. 98), en la que se plantea expresamente la doble opción de interpretar el art. 42.2 como referido sólo a la materia salarial ex art. 26.1 ET 1995 o bien como un concepto retributivo amplio que incluye las percepciones extrasalariales con la finalidad de ofrecer una mayor protección al trabajador. El TS se decanta de forma contundente por la primera de las opciones, fundamentándose para ello en el cambio de redacción producido en el mencionado art. 42.2 respecto de sus antecedentes normativos y la consiguiente restricción de su ámbito material de aplicación”. GALA DURÁN, Carolina, Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2000, pág. 142.

⁹⁸⁷PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos - ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Op. Cit., pág.518.

incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la seguridad y salud laboral⁹⁸⁸. La empresa principal tiene el deber de vigilar, principalmente en lo que dice respecto a las normas de prevención y riesgos laborales, la empresa auxiliar cuando éstas trabajen en el centro de trabajo de la principal. Lo que es importante resaltar es que el trabajador tiene el derecho de exigir tal responsabilidad solidaria y lo que acarrea ésta, hasta un año después del término de la contrata o subcontrata. Es decir, la empresa principal debe colaborar en la aplicación de las medidas pertinentes al resguardo y seguridad de los trabajadores contra los accidentes laborales y enfermedades profesionales. Pues ella es la responsable de la prima por tales accidentes y enfermedades, como también responsable de las sanciones y recupero que se adeuden al Banco de Seguro del Estado, debido a estos incidentes⁹⁸⁹. El supuesto de hecho

⁹⁸⁸Al respecto, STS UD de 11 de mayo de 2005: "... son dos los puntos o extremos cuyo examen ha de afrontarse necesariamente: a) en primer lugar, si las obras o servicios contratados responden a la propia actividad de la empresa principal o comitente (Unión FENOSA Distribución S.A); y b) en segundo lugar, si dichas obras y servicios "concretamente la actividad que se estaba realizando cuando se produjo el accidente. se llevaban a cabo en centros de trabajo de esta empresa principal. tales son las exigencias contenidas en esos transcritos preceptos de la Ley de Prevención de riesgos Laborales (RCL 1995, 3035) par que pueda examinarse si dicha empresa, ahora recurrente, debe responder solidariamente en esos términos establecidos por la sentencia recurrida." (...) "No se trata de la exigencia de un control máximo y continuado – que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva-. Pero sí de un control efectivo, que no puede afirmarse se ha producido en el presente caso, visto que no consta que la empresa recurrente hubiera realizado inspección alguna de la actividad que la contratista realizaba en el municipio en donde ocurrieron los hechos, ni tampoco consta que los controles efectuados en otros municipios, en relación con la misma empresa contratista, hubieran recaído sobre actividades semejantes a las que se estaba efectuando cuando se produjo el accidente. De ello deriva la responsabilidad de la empresa principal y que, como dijimos en la sentencia de 5 e mayo de 1999 (RJ 1999, 4705) (rec. Núm. 3656/1997) "es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad". LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna, DOSSIER últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contrata y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. IUSLabor 2/2006, Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>, en 03 / 07/2007, hora 03:20. Importante también es observar el STS UD de 26 de mayo de 2005: "Siguiendo las orientaciones contenidas en nuestra sentencia de 18 de abril de 1992 (RJ 1992, 4849), recordada en la más reciente de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9320) (Recurso 136/1997) el substrato fáctico y legal en este tipo de situaciones viene dado por el hecho de que el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente, tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista – en caso de subcontrata – o en relación con lugar, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de éstas, y que además los frutos y consecuencias de este trabajo repercuten en ellas, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contrata, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así – continúa diciendo la sentencia de 18 de abril de 1992 – "es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control". LUQUE PARRA, Manuel y GINÈS I FABRELLAS, Anna, DOSSIER últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contrata y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. IUSLabor 2/2006. Disponible en: <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>.

⁹⁸⁹En este sentido: "El Banco de Seguros del Estado podrá reclamar al empresario principal, la prima por accidentes de trabajo que el empresario tercerizado adeude, ya sea porque omitió contratar el seguro, como cuando habiéndolo contratado, no está al día en su pago. También podrá reclamar el pago de las sanciones por el incumplimiento de la obligación de contratar el seguro, que es igual al doble de las primas de los seguros que haya omitido la primera vez y del cuádruplo de esta cantidad en las omisiones siguientes (Art. 56 ley 16.074). esta multa como mínimo será equivalente al importe de 50 UR la primera vez, y de 200 UR en cada reincidencia. La acción de recupero del banco está dirigida a cobrar del empleador no asegurado, los gastos de asistencia médica que generó el accidente de trabajo, como así también el capital necesario para servir la renta que cobra el trabajador accidentado. Esta hipótesis se puede dar tanto si el empleador no contrató el seguro, como si habiéndolo contratado, el accidente ocurrió por culpa grave o dolo en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención (Art. 7 ley 16.074). el controlador de las normas en materia de prevención y reparación de accidentes de trabajo por parte del empresario principal no presentará mayores dificultades cuando los trabajadores tercerizados desempeñen sus tareas dentro de la empresa principal. Muy distinta será la situación cuando los servicios u obras subcontratadas se desarrollen fuera del establecimiento comercial o industrial del empresario. En estos casos será responsabilidad del empresario principal inspeccionar con cierta regularidad las condiciones de trabajo en materia de seguridad e higiene en el local donde el subcontratista presta el servicio o la obra contratada. Será una

es al ocurrir una subcontratación en la propia actividad de la empresa principal, y que la labor ocurre dentro del centro de trabajo de la contratante, según el art. 24.3LPRL y el art. 10 SD 171/2004. La contratante tiene la obligación, como ya se ha comentado anteriormente, de seguir a las normativas prevención de riesgos laborales, de coordinación y de información a los trabajadores autónomos y a todas empresas contratistas a cerca de los riesgos que pueden ocurrir en el centro de trabajo, como también las medidas de prevención que deben ser tomadas, y estos repasen a sus trabajadores tales informaciones. La responsabilidad – que pueden ser penales, administrativas y civiles – entre la contratante y la contratista, obviamente, durará el tiempo que dure la contrata, conforme el art. 42.3 LISOS.

Los únicos casos en que la ley excluye el deber de comprobación, de información y la responsabilidad, conforme el art. 42.2 ET, es en el caso de actos del contratista, cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción acordado por un cabeza de familia en relación a su vivienda, o en la hipótesis que un propietario de obra o industria no contrate la realización del servicio. En otras palabras, como se había dicho, no habrá responsabilidad siempre que el contratante no tenga la calidad de empresario. En relación a la responsabilidad por naturaleza salarial, hay un comentario a ser hecho, que es lo de la exclusión de la responsabilidad. Quedan excluidos de la responsabilidad, debido a su naturaleza no salarial: las indemnizaciones, dietas, salarios de tramitación.

Igual de importante es resaltar, una vez más, que después de la demanda ante la jurisdicción social y declaración de reconocimiento de una cesión ilegal de trabajadores, siendo la responsabilidad solidaria entre el contratante y contratista, el trabajador tiene la opción de hacer parte de la plantilla de la empresa como empleado fijo tanto de la empresa contratante o de la empresa contratista, conforme el art. 43 ET, en el cual sigue expresando: “Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

Después de observar como es la responsabilidad en España, es válido analizar el caso brasileño. En Brasil, la responsabilidad de la empresa contratante por los costes laborales de

típica facultad que deberá estar prevista en el contrato de arrendamiento de servicios u obra que ligue al empresario principal pueda exigir que el derecho a inspeccionar sea una condición esencial del acuerdo. La extensión y alcance de esta facultad de inspección será objeto de discusión y negociación entre las partes”. AMEGLIO, Eduardo J., Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 2008, págs. 478-479.

los empleados subcontratados⁹⁹⁰ debería ser directa y objetiva basado en el art. 932 III CCB⁹⁹¹ y 927 párrafo único CCB⁹⁹². Lo que trata ambos artículos es de llevar justicia social a las relaciones laborales en las subcontrataciones falsas, y por lo tanto, ilícitas, trayendo al ordenamiento jurídico nacional una responsabilidad social. De esta manera, la empresa contratante sería la responsable y en los casos de demanda contra ella, ésta podría accionar, a través de una acción regresiva, a la empresa contratista que no cumplió con su deber y obligación para con sus empleados. Lo que significa en otras palabras que hay una inversión de conceptos en el cual el trabajador no tiene que demandar a la empresa contratista – la que tiene un contrato laboral directo con ésta – y si la contratante pues ella fue la que eligió la primera, por lo tanto, la que asumió el riesgo de contratarla⁹⁹³.

En relación a la responsabilización de la contratante, se percibe que el Enunciado 331 TST está en conformidad con los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil⁹⁹⁴. Visto que

⁹⁹⁰Las legislaciones mas desarrolladas, como es el caso de España, ya prevén la responsabilidad solidária de la contratante, en este sentido Carelli cita otros ordenamientos jurídicos: “É o caso, por exemplo, do direito canadense, onde é prevista a solidariedade do contratante pelas obrigações pecuniárias decorrentes das normas trabalhistas, segundo o art. 95 da Lei das normas do trabalho de Quebec. Assim também é o tratamento no ordenamento jurídico italiano. Prevê expressamente o art. 23, item 3, do Decreto Legislativo n. 276, de 10 de setembro de 2003, que “o tomador é obrigado em solidariedade ao prestador, a corresponder aos trabalhadores os tratamentos retributivos e os tributos previdenciários”. Além disso, há a previsão, no mesmo artigo, no item 1, de isonomia de direitos e tratamento com os trabalhadores diretamente contratados pela tomadora. A lei sul-coreana, por sinal, além de obrigar o tomador ao pagamento das verbas trabalhistas, também reconhece o direito a isonomia e tratamento igual entre os terceirizados e os empregados da tomadora, sendo inclusive os tomadores considerados como empregados na assinatura de convenções coletivas, valendo aos trabalhadores os direitos dos empregados. A legislação argentina também protege o trabalhador terceirizado, garantindo a solidariedade da tomadora no pagamento das dívidas trabalhistas não adimplidas pelas empresas terceirizadas. Tal previsão também existe no art. 10.14 do Contract Labour Act da Índia, que impõe a obrigação de pagamento dos débitos trabalhistas ao tomador quando não realizados pela prestadora. Também, no mesmo artigo, há previsão na lei indiana de isonomia de condições de trabalho e salários entre os terceirizados e os empregados da empresa tomadora”. LACERDA CARELLI, Rodrigo, A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N. 06, São Paulo, 2006, pág. 718.

⁹⁹¹El art. 932 CCB expresa: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

⁹⁹² El art. 927 CCB determina: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁹⁹³ Como se puede ver, es pertinente citar a Carelli: “A função antropológica do direito é a humanização das relações sociais e a do direito do trabalho é justamente humanizar uma relação por natureza díspar. Assim, faz-se premente a mudança de orientação da Justiça do Trabalho, para ser realmente uma Justiça Social, além de se adequar à ordem jurídica atual. E feita de reparar o preconceito, eis que o cidadão trabalhador está sendo discriminado em relação ao cidadão comum. Se uma terceirizada lhe causa um dano como cidadão, ele tem direito de responsabilizar a empresa contratante, e se ele for um trabalhador, tem que enfrentar uma saga perversa atrás da prestadora de serviços, para somente então poder acionar a tomadora. Essa lógica indecente deve acabar e o ordenamento jurídico deve ser corretamente cumprido, adequando-se ao tratamento jurídico já dado nas mais avançadas legislações do mundo”. LACERDA CARELLI, Rodrigo, A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, em AA.VV., Doutrina, Revista LTr, Vol. 70, N. 06, São Paulo, 2006, pág. 718.

⁹⁹⁴ En relación al fundamento de la responsabilidad civil en España, véase GONZÁLES MOLINA, María Dolores, La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios, Temas Laborales, Sevilla, 2000.

la contratante, como beneficiaria de los servicios del trabajador subcontratado, aunque fuera de forma indirecta, ha ofendido o violado el derecho del trabajador. Lo que ha ocasionado una violación mismo que indirectamente, visto que la responsabilidad civil obligará al causador del daño a reparar el perjuicio cometido al trabajador, aunque sea a través de hecho propio o de otra persona.

La responsabilidad de la contratante es objetiva, pues el Enunciado 331 TST prescribe que en el caso de no cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la contratista, lo hará el contratante. Igualmente, conforme el CCB, es en la responsabilidad por hecho de tercero que se encuentra el fundamento más sólido para la responsabilización objetiva de la contratante. Ésta debe ser igualada al comitente mientras que la contratista al prepuesto, segundo expresa Ribeira Campos, dado ser la subcontratación un contrato de prestación de servicios por lo cual la contratista recibe órdenes de la contratante, en la medida en que ella no tiene total autonomía para la realización de los servicios objeto del contrato. En este caso la contratante dirige la prestación de los servicios, determinando a la contratista el modo como los servicios deberán ser realizados y mediante fiscalización.

El TST, como ya se había dicho, ha optado por la responsabilidad subsidiaria, pero si hubiera hecho la opción por la responsabilidad solidaria, ambas empresas serian las responsables por las deudas laborales. No habría casos de preferencia, pudiendo el trabajador cobrar el adimplemento de la obligación tanto de la contratista como de la contratante. Considerando que la responsabilidad de la empresa contratante pueda ser fundamentada en la responsabilidad por hecho de tercero⁹⁹⁵ por expresa determinación del CCB, la responsabilidad es solidaria⁹⁹⁶.

Está muy claro que la responsabilidad de la empresa contratante, en los casos de subcontratación ilícita, será solidaria a la empresa contratista, debido al texto legal expreso en el CCB, que expresa la responsabilidad solidaria en los casos de obligaciones por hechos ilícitos. Diferentemente de los casos de la subcontratación lícita, el entendimiento del TST, expresado en el Enunciado 331, considera la responsabilidad subsidiaria. Válido es citar lo expuesto en el art. 942 CCB: “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem

⁹⁹⁵Mayores informaciones véase RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006.

⁹⁹⁶ Hay una parte de la corriente doctrinaria que defiende que la responsabilidad subsidiaria es la que mejor concilia con la subcontratación, pero ella no encuentra amparo en la legislación común, que debe ser aplicada en el derecho laboral, delante de la omisión legislativa, siendo que la posición del TST no está en conformidad con el CCB.

ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.” La única vez que la CLT habla de responsabilidad solidaria, segundo el art. 2º CLT, como ya se había mencionado, que se aplica para la subcontratación es en la hipótesis de grupo de empresas, o también, como en el ordenamiento español, cuando se ha demostrado el fraude a la ley.

Es pertinente mencionar algunos puntos en relación al grupo de empresas y responsabilidad en la subcontratación. Se puede denominar como grupo de empresa en Brasil la unidad compuesta de, no mínimo, dos empresas en el cual cada una tiene personalidad jurídica propia, no se considerando, entonces, la personalidad jurídica al grupo completo⁹⁹⁷. En este sentido es válido mencionar al Enunciado 129 TST al mencionar que un trabajador pueda ser empleado de más de una empresa del mismo grupo económico; conjuntamente con lo que expresa el art. 444 CLT⁹⁹⁸.

En España no hay una regulación legal única sobre grupo de empresas, aunque los problemas son diversos por la cantidad que hay de trabajadores que tiene una prestación laboral simultánea en varias empresas del grupo. La tendencia es imputar una responsabilidad

⁹⁹⁷Al respecto: “As empresas modernas apresentam uma notável dinâmica, onde muitas vezes se constata a existência de uma pluralidade de pessoas jurídicas que, girando em torno de uma principal, dedicam-se a diversas atividades ou se especializam num determinado segmento para o objetivo comum. Desapareceu do cenário empresarial aquela pessoa física, detentor de capital e de notável projeção social (e até política), para dar lugar a sociedades que tem ramificações tentaculares. A Consolidação das Leis do Trabalho, conforme rememoramos noutra oportunidade, apresenta em favor do empregado de qualquer das empresas coligadas - pertencentes a um mesmo grupo econômico - uma proteção especial: a da solidariedade dessas empresas no que tange às responsabilidades trabalhistas”. FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993, pág. 187. En este sentido, es válido mencionar que: “Es notoria la proliferación del fenómeno económico de concentrar capitales y controlar actividades a través de la fórmula del grupo de empresas en el que se articulan varias, con formas societarias individualizadas, pero que están planificadas en una estrategia empresarial común. Es una consecuencia de la descentralización empresarial para procurar tanto una especialización económica en la que se desarrolle como para diversificar los riesgos y las responsabilidades. Las formas que adoptan esos grupos son diversas y no sometidas a una unitaria regulación legal y que varía en razón a que la existencia del grupo se funde en técnicas de jerarquía empresarial o en técnicas de coordinación por reparto de un mercado. No hay una regulación legal unitaria del grupo de empresa, pero sí las suficientes expresiones de derecho positivo que obligan a analizarlas en lugar preferente; todas ellas ponen el acento en la unidad de decisión como característica definitoria y primordial del grupo”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 534-535.

⁹⁹⁸En este sentido: ““Ajuste em contrário”, expresso ou tácito, segundo o art. 442, da mesma. Quanto a não ser atribuída ao grupo personalidade jurídica, e, portanto, não ser sujeito de relação processual, há o Enunciado 205, da mesma Súmula. Qualquer grupo é uno, ou não é grupo. Um uno múltiplo, mas unitário sempre. O econômico é, em essência e no final das contas, uma empresa diversificada ou diferenciada. Sendo um grupo, como outro qualquer, sua unidade surge e é assegurada por ter um comando central. Entretanto essa necessidade de centralização, resultado de centripetismo, é acompanhada de descentralização, efeito de centrifugismo. Grupo dotado de movimento ou dinamismo rotativo em torno do seu eixo e de dinamismo ou movimento translativo na órbita do mercado. A forma de descentralização do grupo econômico, relacionada continuamente com a sua centralização, devido a controle e direção únicas, é a de assegurar autonomia jurídica e administrativa às empresas agrupadas, que não se dispersam — haveria desorganização, anarquia e até implosão — por estarem sob a dependência da empresa agrupante — a independente. A afirmação de que, em derradeira análise, o grupo econômico, considerado como um todo, é uma empresa, uma “família empresarial”, reflete-se na linguagem. Não há diferença de monta entre filial de empresa isolada e subsidiária de empresa-mãe agrupante. Aquela e esta são unidades internas, dependentes, dotadas de capacidade gerencial relativa”. MARTINS CATHARINO, José, Neoliberalismo e seqüela, LTr, São Paulo, 1997, págs. 90-91.

solidaria a todos, conforme se encuentra en la decisión SSTS 09/05/1990, Ar. 3983 y 31/01/1991, Ar. 200. Inclusive para determinar la solidaridad es necesario que haya una pérdida de independencia de cada una de las empresas o de las relacionadas con el trabajador que se encuentra en la problemática.

En este sentido debe citarse a Palomeque López, que afirma que “El nexo entre las empresas del grupo debe reunir ciertas características especiales: se precisa un funcionamiento integrado o unitario, una confusión de patrimonios sociales o de plantillas con una prestación de trabajo indistinta o común; en suma una apariencia externa de unidad empresarial (STS 29-10-1997, A. 7684). Puede, también, probarse con la técnica conocida como del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real para conseguir una dispersión o elusión de responsabilidades laborales (STS 12-7-1998, A. 5802; no determina la existencia del grupo, desde la perspectiva laboral, la mera coincidencia de accionistas, STS 20-1-2003; A.1825 de 2004). Debe, igualmente, acreditarse la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios integrantes del grupo (SSTS 7-10-1987, A. 8851 y 30-01-1990, A. 233). La carga de prueba de la existencia del grupo corresponde a quien pretende hacer valor los efectos jurídico-laborales atribuidos al mismo la responsabilidad solidaria de los integrantes, (STS 3-5-1990, A. 3946, y STSJ Madrid 19-12-1994, A. 5043)”⁹⁹⁹.

En relación más específicamente al grupo de empresas y la subcontratación en Brasil es importante considerar que existe la responsabilidad solidaria de cada integrante del grupo y de todos entre sí, en el cual es importante para no haber una subcontratación de empresa dentro del grupo económico¹⁰⁰⁰. Todas las empresas agrupadas son segundas en relación a la

⁹⁹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos & ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 540.

¹⁰⁰⁰ Es válido mencionar uma decisão donde hay cuestión sobre el grupo económico: “Responsabilidade subsidiária 12ª Câmara reconhece Senai como parte legítima em processo de terceirização TRT 15. A 12ª Câmara do TRT da 15ª Região rejeitou a preliminar de ilegitimidade de parte, e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) contra trabalhadora e empresa do ramo de limpeza. (...) A relatora do acórdão, desembargadora Olga Aida Joaquim Gomieri, afirmou que não se pode acatar a preliminar do recorrente (Senai), “uma vez que ele próprio admitiu haver firmado contrato de prestação de serviços de limpeza com a real empregadora da autora, colocando-se na qualidade de tomador dos serviços”. A relatora lembrou com isso que, ao menos em tese, o Senai “se torna parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação”. E concluiu que “a questão atinente à responsabilização subsidiária pertine ao mérito da demanda e não implica o reconhecimento da ilegitimidade de parte”. A relatora salientou que entidades como o Senai, “não obstante oficializadas pelo Estado, não compõem a Administração Pública, seja a Direta ou a Indireta”, e portanto “o ente público, quando responsabilizado subsidiariamente, deve ter tal responsabilidade adstrita à observação dos termos da Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho”. Quanto ao fato alegado pelo Senai de que “não foi o real empregador do reclamante, tampouco compôs grupo econômico com a primeira reclamada, tendo, ademais, realizado contrato de prestação de serviços em total conformidade com a legislação vigente”, a relatora lembrou que “ninguém contesta ser a primeira reclamada a legítima empregadora da autora, porquanto a admitiu, assalariou e sempre dirigiu a prestação pessoal de seus serviços”, mas que é “pertinente a responsabilização, de forma subsidiária, do tomador de serviços, por culpa in vigilando e in eligendo na hipótese de a prestadora de serviços se revelar inadimplente”. (...). (Processo 0096300-47.2009.5.15.0137). Publicado em 30 de Agosto de 2010 às 10h11”. Disponible en: newsletter@iob.com.br.

primera y más importante, siendo el trabajador contratado por una o más empresas como previsto en el Enunciado 205 TST. Los trabajadores contratados harán parte del grupo económico y basándose en este raciocinio, y sedimentado por el art. 2º CLT, no se puede decir que haya subcontratación en las relaciones dentro del grupo económico, y la responsabilidad solidaria¹⁰⁰¹ del grupo económico hace con que siempre el empleado tenga la relación laboral directa con la empresa que le contrató e indirecta con todo el grupo económico, no teniendo características, por consiguiente, de un trabajador subcontratado.

En los casos de prestación de trabajo para una empresa perteneciente a un grupo económico es importante subrayar que hay ocurrencias que la contratista y la contratante hace parte del mismo grupo económico, en el cual se percibe la complejidad del temario de la subcontratación en el conglomerado empresarial. En este sentido es válido citar a los diferentes entendimientos de los tribunales brasileños: a) primero caso es de una subcontratación en la cual la contratista dispone de trabajador subcontratado para la contratante, y que hace parte del mismo grupo económico, como también la prestación del servicio ocurre dentro del establecimiento de la contratista, y que raramente la contratante mantiene contacto con los trabajadores subcontratados. En favor de la contratista y apenas indirectamente el resultado del servicio es en provecho de la contratante con quien el empleado mantiene raros contactos. b) Justamente sucediendo el opuesto, el trabajador subcontratado presta servicios para sus empleados y para una o más empresas del mismo grupo económico. Llevando al TST a proclamar el Enunciado 129 TST¹⁰⁰². c) la tercera hipótesis es si la contratación es hecha por la contratista que pone directamente a su empleado para trabajar para la contratante dentro del establecimiento de ésta. En los casos de trabajos para bancos, el TST ha dado un tratamiento especial para estos empleados, conforme se encuentra en el Enunciado 239 TST que afirma ser bancario el empleado de la empresa de procesamiento

¹⁰⁰¹ Al respecto: "Ainda que a transferência da atividade se faça em estabelecimentos distintos de pessoas jurídicas diversas, a situação pouco se altera, pois a identificação da efetivação de uma produção organizada em cadeia, mesmo sem a formação de uma empresa controladora, gera a configuração do grupo de empresas, com responsabilidade solidária entre as empresas pelos créditos trabalhistas. (...) Assim, quando não se puder vislumbrar, juridicamente, a formação de um grupo econômico entre as diversas empresas que se utilizam dos serviços de um mesmo trabalhador, há de se identificar o fenômeno da terceirização jurídica. A formação de uma cadeia produtiva, que se faz horizontalmente, implica, necessariamente, a construção, na mesma proporção, de uma teia jurídica que possibilite a fixação de uma responsabilidade entre todos aqueles que se aproveitam, conjuntamente, do trabalho exercido pelo trabalhador, seja pelo instituto do grupo econômico (art. 2o, § 2o, da CLT), seja pela "terceirização". SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A terceirização sob uma perspectiva humanista, em AA.VV, Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 57-61.

¹⁰⁰² Es válido expresar: "Mas ainda os conglomerados econômicos mostram uma segunda faceta que tem sido objeto de incontáveis controvérsias nos tribunais. Queremos nos referir à situação onde o serviço de uma é complementar ou acessório da de outra e que, por isso, o empregado de uma também labuta em favor de outra empresa. Tais e tantas foram os atritos entre estes assalariados e seus empregadores que o Tribunal Superior do Trabalho se viu na contingência de editar o Enunciado nº 129, pondo fim a uma antiga discussão. Isto foi tomado pela Resolução Administrativa nº 26/82, de 14.4.82 e publicada no DJ 4.5.82: "A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário". FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993, pág. 187.

de datos, que presta servicio a banco integrante del mismo grupo económico. En esta última situación la contratista es una intermediadora de mano de obra, visto que no la aprovecha y hace con que el subcontratado se subordine totalmente a la contratante¹⁰⁰³.

En relación a España, hay que llevar en cuenta primeramente verificar si hay una diferencia en el supuesto de hecho entre los grupos centralizados y los descentralizados, observando si la hay una dirección económica unificada. A partir de allí será analizada si hay un caso de responsabilidad entre las empresas del grupo¹⁰⁰⁴.

Otro tema a ser tratado es sobre la responsabilidad civil y responsabilidad por hecho de tercero. El propio CCB, que trata de la responsabilidad objetiva, establece la responsabilidad solidaria en los casos de subcontratación pero que no es seguido por los tribunales laborales, como ya mencionado antes, y uno de los argumentos más frecuentes es que el derecho civil es una fuente subsidiaria de la laboral. Debiendo, en este caso, ser reglamentada por la legislación de trabajo el tratamiento específico a ser dado a los casos de subcontratación. Existe la previsión por el CCB de la responsabilidad subjetiva, oriunda de culpa, como también de hipótesis de responsabilidad objetiva, es decir, sin la necesidad de la

¹⁰⁰³ En este sentido es válido mencionar a Ferreira Prunes: "Assim o empregado "E", contratado por "A" e labutando para " B" e "C" (sendo todas do mesmo grupo), é empregado apenas da primeira, dela vencendo salários de um único contrato, embora a execução possa beneficiar terceiras. Por certo pode haver a multiplicidade de pactos, sendo isto objeto da parte final do Enunciado, desde que esta pluralidade contratual resulte da vontade prévia das partes. Não resta dúvidas que se trata de uma relação triangular ou até análoga a um polígono de maior número de lados (tantos quanto as empresas), mas resulta numa única figura irradiada de dois vértices originais". FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993, pág. 187.

¹⁰⁰⁴ Al respecto: "Esta revisión jurisprudencial parece conveniente que parta de estos dos principios. En primer lugar, de la diferenciación en el supuesto de hecho entre los grupos centralizados y los descentralizados, reparando para la caracterización de los primeros en la existencia de una dirección económica unificada. Este dato debe ser el punto de partida para la imputación de responsabilidades a las empresas del grupo como supuesto distinto de la subcontratación, ya que sólo para esta forma de descentralización la responsabilidad se regula en el presente en el artículo 42 LET. Por lo demás, sin perjuicio de la aplicación de la doctrina sobre el «levantamiento del velo»¹ cuando se pruebe la existencia de fraude de ley o abuso de derecho (arts. 6.4 y 7.2 CC) ante los grupos «de hecho», en los que se registre una centralización por existir una dominación económica, no se puede ignorar que el problema que se plantea a los distintos sectores del ordenamiento jurídico, pero con carácter crítico al Derecho del Trabajo y al Derecho Mercantil, es tomar razón de la distribución de funciones entre los distintos sujetos de derecho que integran el grupo, no ya para identificar al empleador formal con el que contrató el trabajador sino para descubrir los centros de imputación de responsabilidades, los vínculos de coordinación y la distribución de funciones entre las sociedades que integran el grupo, aspectos en los cuales la autonomía privada puede jugar un importante papel, como ponen de manifiesto las propuestas del Forum Europaeum". AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena): Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 56-57. También es válido mencionar que: "(...) Por ello, las cadenas y redes de contratistas que dependen de una empresa principal, las empresas filializadas que son creadas por otra que las controla y, con carácter más general, los grupos de empresa, centralizados o no, originan una trama de intereses en la que resultan primados los propios de las empresas fuertes -con capacidad de contratar para externalizar y de controlar- en perjuicio de la seguridad y estabilidad de las empresas que giran en torno de aquéllas y de los trabajadores de las mismas". AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Cord. Ángel Luis de Val Tena), Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 61.

existencia de culpa o daño, conforme se encuentra previsto en el art. 927 CCB¹⁰⁰⁵, sin contar con las demás hipótesis que la ley especifica.

Tratando de otro tema, en relación a la responsabilidad civil, es válido mencionar la responsabilidad por hecho de tercero, que es otra forma de responsabilidad prevista por el CCB, conforme se encuentra dispuesto en el art. 932 CCB¹⁰⁰⁶. Ésta responsabilidad independe de culpa o dolo, objetiva, por lo tanto, como expresa el art. 933 CCB. Observado el expuesto en el CCB, se denota que la responsabilidad de la contratante por el no adimiento de la deuda por los débitos laborales deberá ser objetiva y directa, conforme el art. 932 III CCB, visto que la contratante es comparada a una comitente¹⁰⁰⁷. Es decir, a la que incumbe a alguien, mediante el pago de una comisión, de ejecutar ciertos actos en su nombre y so su dirección y responsabilidad, que traspasa la realización de un determinado trabajo a la empresa contratista¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵El art. 927 CCB determina: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

¹⁰⁰⁶El art. 923 CCB expresa: "São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedadas, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia".

¹⁰⁰⁷Al respecto: "O tema ora estudado- responsabilidade pelo pagamento de direitos trabalhistas em face do contrato de prestação de serviços entre duas empresas- coaduna-se com a figura do comitente e do preposto, sendo a empresa tomadora o comitente e a empresa prestadora o preposto. Explica RUI STOCO que o legislador civil "não esclareceu nem definiu o conceito de preposto, expressão abrangente e de largo espectro, podendo significar, empiricamente, aquele que dirige um serviço, um negócio, por delegação de outrem". O comitente é responsável indireto pelo ato ilícito praticado pelo preposto, mesmo que ele não tenha participado da ação do preposto, sendo que a responsabilidade indireta pressupõe a culpa do preposto e, demonstrada esta, responderá pelos danos causados à vítima. Para caracterizar a relação entre preposto e comitente deve existir sujeição ou dependência do preposto para com o comitente que decorre do direito de dar ordens. Se não existir subordinação, deixa de existir a autoridade, sem subordinação e dependência desaparece a figura do comitente e do preposto". RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, pág. 101. Los actos que irán generar el derecho a la reparación del daño pueden ser hechos por el propio agente, así siendo denominados como hechos propios, y sufrirá, entonces, la responsabilidad directa, como también pueden ser cometidos por terceros, en el cual acarreará la responsabilidad por acto de tercero o responsabilidad indirecta. Son varias las teorías que entienden que el comitente debe responder por los actos del prepuesto, como se puede percibir: la teoría de la culpa, que abarca la culpa in eligiendo y in vigilando y la culpa presumida; la teoría de la representación o sustitución, la teoría de la garantía y la teoría del riesgo. La doctrina clásica se basa en la teoría de la culpa - culpa in eligiendo y en la culpa in vigilando -, lo que significa decir que la responsabilidad del comitente deriva de la mala elección del prepuesto (que en este caso se refiere al contratista) o de la ausencia o insuficiencia de la vigilancia, o de ambos. Para esa corriente doctrinaria, segundo Ribeiro de Campos, el comitente, al elegir el prepuesto, tiene de verificar su aptitud y su capacidad para desempeñar sus actividades y todavía hay el deber de vigilar las actividades desarrolladas por el prepuesto. En relación a la presunción de culpa de la empresa el TST ha adoptado el Enunciado 341: "é presumida a culpa do patrão ou comitente, por ato culposo do empregado ou preposto". Aunque hay otra teoría que busca presentar fundamentos para la responsabilidad del comitente que es la de la representación delictual o de la sustitución, en la cual consiste que el acto del prepuesto es acto del comitente o del empleador, que consecuentemente, la culpa del prepuesto es la culpa del comitente; visto que éste absorbe la personalidad del primero.

¹⁰⁰⁸ En este sentido: "TRT3ªR - Terceiros que se beneficiaram dos serviços respondem pelos créditos devidos ao trabalhador: "Há situações em que as obrigações decorrentes da relação de emprego podem ser atribuídas também a terceiros que tenham se beneficiado dos serviços prestados pelo trabalhador, ainda que não se trate, propriamente, da empregadora ou da empresa tomadora de serviços terceirizados. A decisão é da Turma Recursal de Juiz de Fora, com base em voto da juíza convocada Ana Maria Amorim Rebouças, ao negar provimento a recurso no qual a Infraero contestava a responsabilidade subsidiária que lhe foi

El CCB, segundo el parecer de Diniz, ha elegido la responsabilidad objetiva¹⁰⁰⁹, visto que la idea de riesgo atiende mas a los reclamos actuales, haciendo con que el daño sea reparado por el empleador, no porque tuvieron la culpa en la vigilancia o en la elección, y sí porque ha aceptado el riesgo de que podría suceder un acto o hecho lesivo.

No importa que el comitente no ejerza el derecho de dar orden, o el poder de dirección, el poder no desaparece, es suficiente con solamente el poder que pueda ser ejercido en potencial. Alvin Lima observa que en los contratos autónomos no se puede hablar en prepuesto, caso no aparezca el poder de autoridad del comitente si él no dar las ordenes o dirigir el prepuesto en el ejercicio de sus funciones, como se percibe en el contrato de empreitada, en el cual el empreiteiro no es un prepuesto del propietario. Como trabajador autónomo, que actúa con conocimientos técnico-profesionales, con capacidad profesional y título de habilitación para el ejercicio de la profesión, no está subordinado al dueño de la obra. Ribeiro de Campos explana que en los casos que los daños causados sean debidos a actos practicados por el empreiteiro o por su prepuesto por cumplir órdenes dadas por el propietario, o si los daños sean decurrentes del cumplimiento de cláusulas contractuales, habrá la responsabilidad del comitente. Si el empreiteiro no actúa con libertad, sigue explicando el autor, perdiendo parcialmente su autonomía, recibiendo ordenes del

atribuída pela sentença sobre créditos deferidos a um vigilante de aeroporto. Impedido de retornar ao trabalho ao fim do seu auxílio-doença-acidentário, em razão do término do contrato de prestação de serviços firmado entre sua empregadora e a administração do aeroporto, o reclamante veio buscar na Justiça os seus direitos, pois teve ciência de que a reclamada havia encerrado suas atividades. O Juiz de 1º Grau condenou a empregadora (prestadora de serviços) ao pagamento das verbas rescisórias e imputou responsabilidade subsidiária ao Município de Juiz de Fora e à Infraero. (...) A responsabilidade subsidiária imposta à Infraero resulta da teoria da responsabilidade civil, com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil, pelos quais, aquele que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, causar dano a alguém, será obrigado a indenizar. "Ainda que assim não fosse, a responsabilização daquele que se aproveita dos serviços de um trabalhador deita raízes na principiologia que rege o Direito Laboral, a saber, artigos 2º, §2º, 10, 448 e 455 da CLT, que dispõem a respeito de grupo econômico, sucessão trabalhista e responsabilidade do empreiteiro principal, e apresentam situações específicas em que é possível proceder a uma despersonalização das obrigações decorrentes da relação de emprego, atribuindo-as também a terceiros que tenham se beneficiado dos serviços prestados pelo trabalhador. É necessário compreender, porém, que essa despersonalização não se restringe aos dispositivos legais supracitados, porque consagra um princípio valioso do Direito do Trabalho: o de que devem responder pelos créditos do trabalhador todos aqueles que se beneficiaram de seus serviços" – frisa a relatora. Processo: RO nº 00618-2007-036-03-00-8. Publicado em 23 de Maio de 2008 às 13h22". Disponível em: newsletter@iob.com.br.

¹⁰⁰⁹ En relación al tema: "Doutrinadores já se manifestaram no sentido de que a responsabilidade do tomador dos serviços na terceirização deriva da responsabilidade objetiva. Emmanuel Teófilo Furtado emitiu sua opinião dizendo "que o mais correto é a consideração de uma responsabilização objetiva, ou seja, constando o prejuízo para o obreiro, há que responder a empresa tomadora, independente da existência da culpa in eligendo, in vigilando, ou abuso de poder". Dárcio Guimarães de Andrade escreveu que "se o tomador se abstém de vigiar, deve responder pelos prejuízos, pois se beneficiou do trabalho prestado. A responsabilidade do tomador é objetiva, ou seja, independe de demonstração de sua culpa in eligendo e in vigilando, que se presume". Vantuil Abdala, analisando a responsabilidade do tomador, disse que "o princípio de proteção ao trabalhador e a teoria do risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o obreiro". (...) O risco do empreendimento é inerente à atividade empresarial, conforme a definição de empregador, contida no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.(...) Preferindo o empresário contratar uma empresa de prestação de serviços, por ser, de uma forma ou de outra, mais vantajosa, ele assume os riscos da terceirização, não só perante o trabalhador, como em face de outras pessoas, conforme determina o art. 931 do Código Civil: "ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação". RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006, págs. 98-99.

propietario, él pasará a ser un prepuesto y el propietario, el comitente. Lo mismo sucederá se existir cláusula contractual expresando la subordinación del constructor, conforme sigue explicando el autor. Visto que la subordinación del empreiteiro a la voluntad del propietario fulmina la autonomía del constructor, que obedecerá a la voluntad del propietario, que pasa a actuar como prepuesto, visto que está obedeciendo al que fue contratado.

Godinho Delgado es uno de los varios autores que declinan para la responsabilidad por acto de tercero en los casos de subcontratación, arguyendo que no se trata de responsabilidad por acto propio, debido a la inexistencia de relación de empleo entre el responsabilizado indirecto y el empleado de la contratista. El CCB regula la responsabilidad por acto de tercero, pues la relación causal repercute en el responsabilizado, al cual caerá el deber de reparar, deber justamente debido al vínculo jurídico especial firmado con el tercero.

En el mismo sentido se puede citar a Vantuil Abdala, el cual expresa que la responsabilidad por acto de tercero puede ser de gran valía para el TST, pues éste puede adoptar la tesis de la responsabilidad subsidiaria del contratante, en los casos de legítimo contrato de prestación de servicios, la contratista no tenga idoneidad económico-financiera para satisfacer los derechos de sus empleados. En resumen, se puede decir que la responsabilidad del contratante está fundamentada en la responsabilidad por acto de tercero, y consecuentemente debe ser reconocida la responsabilidad solidaria y no la subsidiaria como consta en el Enunciado 331 TST, visto que la decisión tomada por este tribunal va de encuentro con los fundamentos de la responsabilidad civil. El raciocinio a ser seguido es que al principio, el sujeto pasivo será el que ocasionó el daño a la otra persona, pero se hay pluralidad de agentes – contratante y contratista – delante de una causalidad común que en este caso sería el contrato de prestación de servicios, con la actuación de todos los agentes, la responsabilidad es solidaria. Es decir, la víctima que sería en tal hipótesis el trabajador, podrá pleitear de cualquier uno de ellos la indemnización.

13.2 Responsabilidad de la Seguridad Social y subcontratación

“La responsabilidad es la sabiduría que da la experiencia para poder cumplir con las obligaciones.”

Anónimo

564

En Brasil se da una singularidad que debe mencionarse en primer lugar: la contribución al INSS antes era hecha por la contratista, y en los casos de que ésta no hubiera hecho la responsabilidad era solidaria entre la contratante y la contratista, en el cual, muchas veces el valor referente al pago de la cuota era traspasado de la empresa contratante para la contratista, pero ésta no lo repasaba a la Seguridad Social. La ley 9.711/98 alteró el art. 31 Ley 8.212/91¹⁰¹⁰, eliminando los principios de solidaridad y subsidiariedad en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, repasando a la empresa contratante la responsabilidad de retención en un valor de 11% de la factura de servicios contenidos en el cupón fiscal, en la factura o en el recibo emitido por la contratista. De esta manera la contratante efectúa el pago de la cuota garantizando a ella misma futuros problemas de débitos de la Seguridad Social. Una medida del gobierno federal para la eliminación de ocultación de impuestos y estimular la contratación de empresas contratistas.

La retención deberá ser hecha por la contratante en nombre de la contratista en el segundo día del mes subsecuente al de la emisión del cupón fiscal, factura o recibo, prorrogándose para el primero día hábil siguiente, caso no sea expediente bancario. El valor ora mencionado deberá ser compensado por el establecimiento de la contratista en el momento de la recaudación de las contribuciones incidentes sobre la nomina de los asegurados empleados y contribuyentes individuales. El valor recaudado será compensado con contribuciones destinadas a la Seguridad Social recaudadas por el INSS, no pudiendo absorber

¹⁰¹⁰ El art. 31 Ley 8.212/91 determina: “A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei”. En este sentido válido transcribir la decisión dada por el Tribunal Regional Federal de la 2ª Región: “Contratante tem que reter 11%, a título de contribuição previdenciária, sobre o valor bruto cobrado por de mão-de-obra terceirizada. A 2ª Seção Especializada do TRF da 2ª Região, ao julgar embargos infringentes em apelação cível, concluiu que o artigo 31 da Lei 8.212, de 1991, alterado pela Lei 9.711, de 1998, não criou novo tributo, como alegava a Transturismo – Transportadora Oriental Ltda, de São João de Meriti (baixada fluminense). A empresa, contratante de serviços terceirizados, ajuizara ação na 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro para que não fosse obrigada a reter 11%, a título de contribuição previdenciária, sobre o valor bruto de nota fiscal de serviços prestados por empresa fornecedora de mão de obra terceirizada. A sentença do juízo de 1º grau isentou a companhia de ônibus da obrigação de reter antecipadamente a contribuição para o INSS. Por conta disso, o Instituto apelou ao TRF. A 4ª Turma do Tribunal, então, reformou a sentença. Em razão disso, a empresa apresentou os embargos infringentes, cujo relator é o Desembargador federal Luiz Antonio Soares. Proc. 2000.02.01.054110-6. Publicado em 20 de Novembro de 2007 às 11h35”. Disponible en: newsletter@iob.com.br.

contribuciones destinadas a terceros, sean estas entidades o fondos, a los cuales deberán ser recaudadas íntegramente. En los casos de imposibilidad de compensación total por el establecimiento en la competencia correspondiente, el saldo podrá ser compensado en recaudaciones posteriores, siguiendo la norma que es de respetar el límite de 30% impuesto por la legislación para las compensaciones normales, o ser objeto de pedido de restitución.

Los servicios sujetos a la retención, en los casos de cesión de mano de obra o empreitadas son: I — limpieza, conservación o consejería, que se constituyen en barrer, lavar, enceramiento, desinfectar, desatascar, utilización de DDT o en otros servicios destinados a mantener la higiene, el aseo o la conservación de playas, jardines, carreteras, monumentos, edificaciones, instalaciones, dependencias, bienes públicos, vías públicas, patios o de áreas de uso común; II — vigilancia o seguridad, que tengan por finalidad la garantía de la integridad física de personas o la preservación de bienes patrimoniales; III — construcción civil, que involucren la construcción, la demolición, la reforma o el incremento de edificaciones o de cualquier mejora agregada al suelo o al subsuelo o obras complementares que se integren a ese conjunto, tales como la reparación de jardines o paseos, la colocación de grades o de instrumentos de recreación, de urbanización o de señalización de carreteras o de vías públicas; IV — naturaleza rural, que se constituyan en desforestación, cortar la leña, arar o enrejar, desbrozo, colocación o reparación de cercas, irrigación, fertilizar el suelo, control de plagas o de hiervas dañinas, plantío, cosecha, lavado, limpieza, manejo de animales, esquila, inseminación, castración, marcación, ordeñar, empaquetar o extracción de productos de origen animal o vegetal, bien como la industrialización rudimental definida en el apartado V del art. 247; V — digitación, que comprendan la inserción de datos en medio informatizado por operación de teclados o de similares; VI — preparación de datos para procesamiento, ejecutados con vistas a viabilizar o a facilitar el procesamiento de informaciones, tales como el escanear manualmente o por lectura óptica¹⁰¹¹.

¹⁰¹¹ También son sujetos a la retención al contratar mano de obra los servicios abajo expuestos, aunque es válido resaltar que hay una vasta cantidad de servicios relacionados con los arts. 154 y 155 RPS, conforme dispuesto en el art. 219 párrafo segundo RPS, lo que quiere decir que el INSS podrá analizar la cuestión, segundo su criterio y entendimiento, generalmente se observa que éste da prevalencia a la situación de hecho. Las hipótesis de una manera en general son las siguientes: I - Acabamiento: que involucren la conclusión, el preparo final o la incorporación de las últimas partes o de los componentes de productos, para el fin de colocarlos en condición de uso; II - Empaquetar: relacionados con el preparo de productos o de mercaderías visando a la preservación o a la conservación de sus características para transporte o guardia; III - Acondicionamiento: comprendiendo los servicios involucrados en el proceso de colocación ordenada de los productos cuando de su almacenamiento o transporte, por ejemplo de su colocación en palets, amontar, amarrar, entre otros; IV - Cobro: que objetiven el recibimiento de cualquier valores debidos a la empresa contratante, aunque ejecutados periódicamente; V - Coleta o reciclaje de basura o de residuos: que involucren la búsqueda, el transporte, la separación, el tratamiento o la transformación de materiales inservibles o resultantes de procesos productivos, excepto cuando realizados con la utilización de equipamientos tipo container o cacimbas estacionarias; VI - Copa: que involucren la preparación, el manoseo y la distribución de todo o de cualquier producto alimentario; VII - Hotelería: que concurren para el atendimento al huésped en hotel, posada, paciente en hospital, clínica o en otros establecimientos del género; VIII - Corte o ligación de servicios públicos: que tengan como objetivo la interrupción o la conexión del abastecimiento de agua, de alcantarilla, de energía eléctrica, de gas o de telecomunicaciones; IX - Distribución: que se constituyan en entrega, en locales

No se puede olvidar que la fiscalización del INSS podrá exigir de la contratista la comprobación de las deducciones. El valor referente a la tasa de administración o de gestión, aunque todavía figure discriminado en el cupón fiscal, en la factura o recibo de prestación de servicios, no podrá ser objeto de deducción de base de cálculo de la retención. En los casos que la contratista emita dos cupones fiscales, facturas o recibos, relativos al mismo servicio prestado -siendo uno con la tasa de administración o de gestión y el otro con la remuneración de los trabajadores subcontratados-, incidirá la retención sobre el valor de cada una de estos cupones, facturas o recibos.

De igual manera, la contratante se queda dispensada de la retención en los casos de, conforme el art. 148 IN 3/2005¹⁰¹² : I — el valor correspondiente a once por ciento de los

predeterminados, aunque en vía pública, de bebidas, de alimentos, de discos, de panfletos, de periódicos, de jornales, de revistas o de muestras, entre otros productos, aunque distribuidos en el mismo período a varios contratantes; X - Entrenamiento y enseñanza: considerado el conjunto de servicios involucrados en la transmisión de conocimientos para la instrucción o para la capacitación de personas; XI - Entrega de cuentas y de documentos: que tengan como finalidad hacer llegar al destinatario documentos diversos tales como cuenta de agua, cuenta de energía eléctrica, cuenta de teléfono, boleto de cobranza, tarjeta de crédito, mala directa o similares; XII - Ligación de medidores: que tengan por objeto la instalación de equipamientos destinados a aferir el consumo o la utilización de determinado producto o servicio; XIII - Lectura de medidores: aquellos ejecutados, periódicamente, para la colecta de las informaciones aferidas por estos equipamientos, tales como la velocidad (radar), consumo de agua, de gas o de energía eléctrica; XIV - Manutención de instalaciones: de máquinas o de equipamientos, cuando indispensables a su funcionamiento regular y permanente y desde que mantenida equie a la disposición de la contratante; XV - Montaje que involucre la reunión sistemática: conforme disposición predeterminada en proceso industrial o artesanal, de las piezas de un dispositivo, de un mecanismo o de cualquier objeto, de modo que pueda funcionar o lograr el fin a que se destina; XVI - Operación de máquinas: de equipamientos y de vehículos relacionados con su movimiento o funcionamiento involucrando servicios del tipo maniobra de vehículo, operación de guindaste, panel electro-electrónico, tractor, cosechadora, molienda, apiladora o camión fuera-de-carretera; XVII - Operación de peaje o de terminal de transporte: que involucren la manutención, la conservación, la limpieza o el poner aparato o equipos en terminal de pasajeros terrestre, aéreo o acuático, de carretera, de vía pública, y que involucren servicios prestados directamente a los usuarios; XVIII - Operación de transporte de pasajeros: inclusive en los casos de concesión o de subconcesión, involucrando el desplazamiento de personas por medio terrestre, acuático o aéreo; XIX - Consejería, recepción o ascensorista: realizados con vistas al ordenamiento o al control del tráfico de personas en sitios de acceso público o a la distribución de encomiendas o de documentos; XX - Recepción, selección o movimiento: relacionados al recibimiento, al recuento, a la conferencia, a la selección o al traslado de materiales; XXI - Promoción de ventas o de eventos: que tengan por finalidad colocar en evidencia las cualidades de productos o a realización de conciertos, de ferias, de convenciones, de rodeos, de fiestas o de juegos; XXII - Secretaría y expediente: cuando relacionados con el desempeño de rutinas administrativas; XXIII - Salud: cuando prestados por empresas del área de la salud y dirigidos al atendimento de pacientes, teniendo en vista evaluar, recuperar, mantener o mejorar el estado físico, mental o emocional de estos pacientes; XXIV - Telefonía o de telemarketing: que involucren la operación de centrales o de aparatos telefónicos o de tele-atendimento. Otras retenciones en la prestación de servicios en condiciones especiales son expresadas por Oliveira Gonçalves: “b) Contrato Omisso na Questão de Valores, Porém com Profissionais Identificáveis— Constando em contrato a previsão para utilização de trabalhadores na execução de atividades em condições especiais, prejudiciais a saúde ou á integridade física, sem a discriminação do valor de cada um dos serviços contratados e havendo possibilidade de identificação, entre o total dos trabalhadores, dos envolvidos e dos não envolvidos com as atividades exercidas em condições especiais, a base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota adicional será proporcional ao número de trabalhadores envolvidos nas atividades em condições especiais. c) Contrato Omisso na Questão de Valores, bem como na Impossibilidade de Identificação dos Profissionais Envolvidos — Constando em contrato a previsão para utilização de trabalhadores na execução de atividades em condições especiais prejudiciais á saúde ou á integridade física, sem a discriminação do valor dos serviços contratados e na impossibilidade de identificação do número de trabalhadores utilizados nessas atividades, o acréscimo da retenção será de 2% (dois por cento), incidente sobre o valor total da prestação de serviços contido na nota fiscal ou na fatura, cabendo á contratante o ônus da prova em contrario”. OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005, págs. 36-37.

¹⁰¹²El art.148 IN 3/2005 sigue estipulando: “A contratante fica dispensada de efetuar a retenção e a contratada de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando: (...) § 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição. § 2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, no

servicios contenidos en cada cupón fiscal, factura o recibo de prestación de servicios sea inferior al límite mínimo establecido por el INSS para recaudación en documento de recaudación (...); II — la contratada no poseer empleados, o servicio sea prestado personalmente por el titular o socio y su facturación del mes anterior sea igual o inferior a dos veces el límite máximo del salario-de-contribución, cumulativamente; III — la contratación involucrar solamente servicios profesionales relativos al ejercicio de profesión reglamentada por legislación federal, o servicios de entrenamiento y enseñanza definidos no inciso X do art. 155, da IN n. 100/03, desde que prestados personalmente pelos socios, sin o concurso de empleados o otros contribuyentes individuales.

En los casos de subcontratación podrán ser deducidos del valor de la retención a ser efectuada por la contratante los valores retenidos de la segunda contratista y comprobadamente retenidos por la contratista principal, desde que todos los documentos sean de una misma competencia y un mismo servicio. En este caso la contratista principal deberá destacar en el cupón fiscal, en la factura o en el recibo de prestación de servicios las retenciones de la siguiente manera, conforme explica Oliveira Gonçalves: “I — retenção para a Previdência Social: informar o valor correspondente a onze por cento do valor bruto dos serviços, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 149 da IN n. 100/03; II — dedução de valores retidos de subcontratadas: informar o valor total correspondente aos valores retidos e recolhidos relativos aos serviços subcontratados; III — valor retido para a Previdência Social: informar o valor correspondente a diferença entre a retenção, apurada na forma do inciso I deste parágrafo, e a dedução efetuada conforme previsto no inciso II acima, que indicará o valor a ser efetivamente retido pela contratante. A contratada, juntamente com a sua nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, deverá encaminhar á contratante cópia: I — das notas fiscais, das faturas ou dos recibos de prestação de serviços das subcontratadas com o destaque da retenção; II — dos comprovantes de arrecadação dos valores retidos das subcontratadas; III — da GFIP, elaborada pela subcontratada, onde conste no campo "Inscrição Tomador CNPJ/CEI", o CNPJ da contratada ou a matrícula CEI da obra e, no campo "denominação social Tomador de Serviço/obra construção civil", a denominação social da empresa contratada”¹⁰¹³.

exercício de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e, sem o concurso de empregados ou contribuintes individuais ou consignará o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços”.

¹⁰¹³ OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, *Terceirização de mão-de-obra*, LTr, São Paulo, 2005, pág. 32. El art. 176 IN 3/2005 establece las situaciones en que no es necesario hacer la retención de la contribución a la Seguridad Social, dividida en seis hipótesis: I — la contratación de servicios prestados por trabajadores avulsos por intermedio de sindicatos da categoría o de OGMOs, II — la empleitada total, en este caso, de contrato hecho con empresa constructora que involucre la responsabilidad directa por la

En lo que se discierne a las demandas laborales en Brasil que resulten el pago de los derechos sujetos a la incidencia de la contribución de la Seguridad Social, el juez so pena de responsabilidad, determinará la inmediata recaudación de las importancias debidas a la Seguridad Social. En las sentencias judiciales o en los acuerdos homologados en que no figuren detalladamente las parcelas legales relativas a las contribuciones sociales, éstas incidirán sobre el valor total apurado en liquidación de sentencia o sobre el valor del acuerdo homologado. Siendo considerado el factor generado de las contribuciones sociales en la fecha de la prestación de servicio¹⁰¹⁴. Igual es importante mencionar la EC 20/98 en el cual modificó el art. 114 párrafo VIII CF/88 en que estableció que la competencia para ejecutar, de oficio, las

ejecución de los servicios necesarios a la realización de la obra, debe ser observado el contenido del art. 181, cuanto al instituto de la solidaridad, principalmente por los propietarios de los inmuebles, el dueño de la obra, el incorporador o condominio de la unidad inmobiliaria, persona jurídica o física, III – la contratación de entidad beneficente de asistencia social, exenta de contribuciones sociales, IV – al contribuyente individual equiparado a las empresas (empleador rural), a la persona física, a la misión diplomática y a la repartición consular de carera extranjera, V - la contratación de servicios de transporte y cargas, a partir del 10 de junio de 2003, fecha de la publicación en el DOU del Decreto 4.729/2003, VI – la empreitada realizada em las dependencias de la contratada. Son servicios profesionales reglamentados por la legislación federal los prestados, entre otros, conforme el § 3º del art. 148 de la Instrucción Normativa 3/2005: I - administradores; II - abogados; III - aeronautas; IV – trabajadores del sector aéreo; V - gestores de propaganda; VI - agrónomos; VII - arquitectos; VIII – trabajadores en archivos; IX - asistentes; X - actuarios; XI - auxiliares de laboratorio; XII - bibliotecarios; XIII - biólogos; XIV - biomédicos; XV - cirujanos dentistas; XVI - contables; XVII - economistas domésticos; XVIII - economistas; XIX - enfermeros; XX - ingenieros; XXI - estadísticos; XXII - farmacéuticos; XXIII - fisioterapeutas; XXIV - terapeutas ocupacionales; XXV - fonoaudiólogos; XXVI - geógrafos; XXVII - geólogos; XXVIII - guías de turismo; XIX - periodistas profesionales; XX - subastadores rurales; XXI - subastador; XXII - masajistas; XXIII - médicos; XXIV - meteorólogos; XXVII - nutricionistas; XXVIII - psicólogos; XXIX - publicistas; XXX - químicos; XXXI - radialitas; XXXII - secretarias; XXXIII - taquígrafos; XXXIV - técnicos de archivos; XXXV - técnicos en biblioteconomía; XXXVI - técnicos en radiología; e XXXVII - tecnólogos. Es importante citar, a nivel de complementariedad, como ejemplo una particularidad relacionada a la tributación del ISS en la subempreitada, una decisión no común de la Justicia de São Paulo: “Decisão nega ISS em subcontratação. Uma decisão incomum proferida pela Justiça paulista criou uma espécie de Imposto Sobre Serviços (ISS) não-cumulativo, garantindo que uma construtora não pague o tributo sobre os serviços subcontratados que já recolhem o imposto. O tributo recolhido nas subempreitadas aumentava, na prática, de 5% para 10% o ISS pago pela construtora Matec Engenharia, que atuava unicamente na intermediação entre o cliente e outros empreiteiros. A decisão, ainda liminar, foi proferida pela 4ª Vara Cível de Piracicaba, no interior paulista. O resultado se baseia em uma disposição existente na antiga lei do ISS - o Decreto-lei nº 406, de 1968 - que não foi reproduzida na Lei Complementar nº 116, de 2003, que reformou o tributo. Além de alegar que de que a cobrança do ISS na subempreitada é uma bitributação, o pedido sustenta que os artigos do Decreto-lei nº 406 que não foram explicitamente vetados - o que é o caso da isenção do ISS da subempreitada - ainda estão em vigor”. Y sigue explicando: “Segundo o advogado responsável pela decisão, Vinicius de Barros, do Teixeira Fortes, Advogados Associados, o Decreto-lei nº 406 determinava a exclusão da subempreitada da base de cálculo do ISS, algo direcionado especificamente às empresas de construção civil. Na Lei Complementar nº 116, o artigo que traria autorização correspondente foi vetado pelo presidente da República durante a tramitação do texto, alegando problemas de redação. O primeiro problema seria que ela autorizava a dedução de qualquer subempreitada, não só de construção civil, e o segundo problema era que a isenção era assegurada a serviços sujeitas ao imposto - e não necessariamente os que já o recolheram. Mesmo com o veto, alega a justificativa, a subempreitada não estaria sujeita ao tributo. O advogado Vinicius de Barros diz que alguns municípios oportunistas, mesmo com o esclarecimento do veto, passaram a tributar as subempreitadas. Isto levaria a uma dupla tributação do mesmo fato gerador pelo mesmo ente político, além de descumprir o artigo da legislação anterior que foi mantido em vigor. (Os dados do processo não foram fornecidos pela fonte). Fonte: Valor Econômico. Publicado em 8 de Maio de 2008 às 15h37”. Disponible en: newsletter@iob.com.br.

¹⁰¹⁴ El art. 43 Ley 8.212/91 expresa: “(...) § 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas. § 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. § 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo”.

contribuciones previstas en el art. 195 I a y II decurrentes de las sentencias que sean proferidas de la Justicia del Trabajo¹⁰¹⁵.

En el tema de la construcción civil y la subcontratación¹⁰¹⁶, es válido mencionar el párrafo 5 al 7 del art. 219 RPS - D-003.048-1999¹⁰¹⁷ que determina que el contrato deberá elaborar hoja de pago y guía de recaudación del FGTS, e informaciones a la Seguridad Social distintas para cada establecimiento u obra de construcción civil de la empresa contratante. Ésta deberá mantener organizada y guardada los cupones fiscales, facturas o recibos de la prestación de servicios, como también la guía de Seguridad Social y la guía de recaudación del FGTS, y las informaciones a la Seguridad Social con comprobante de entrega. En la subcontratación, la contratista debe fornecer material o disponer equipamientos para el trabajo, siendo facultada al contratado la descripción en el cupón fiscal, factura o recibo, del valor correspondiente al material o equipamientos, que será excluido de la retención, desde que contractualmente previsto y debidamente comprobado¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ A nivel de complementariedad, es válido mencionar que el art. 128 CTN menciona ser de la responsabilidad por los créditos tributarios el contratante, vinculada al hecho generador de la respectiva obligación, excluyendo la responsabilidad del contribuyente o atribuyéndola a éste en carácter supletivo del cumplimiento total o parcial de la referida obligación.

¹⁰¹⁶ En la construcción civil, en los casos de prestación de servicios mediante empreitada parcial o subempreitada de obra de construcción civil y de empreitada total o parcial, o subempreitada de servicios de construcción civil con o sin fornecimiento de material. No estará sujeta a la retención los siguientes casos, conforme el art. 179 de la Instrucción Normativa INSS/ 2003: I — administración, fiscalización, supervisión o gerenciamiento de obras; II — asesoría o consultoría técnicas; III — control de cualidad de materiales; IV — abastecimiento de concreto hecho, de masa asfáltica o de argamasa hecha o preparada; V — procedimiento de utilización de la arena; VI — perforación de pozo artesiano; VII — elaboración de proyectos de construcción civil vinculado a una Anotación de Responsabilidad Técnica (ART); VIII — ensayos geotécnicos de campo o de laboratorio (sondajes de suelo, pruebas de carga, ensayos de resistencia, muestras, testes en laboratorio de suelos o otros servicios afines); IX — servicios de topografía; X — instalación de antenas, de aparatos de aire acondicionado, de ventilación, de calefacción o de extractor, con emisión a penas del cupón fiscal de venta mercantil; XI — locación de cacimba; XII — locación de máquinas, de herramientas, de equipamientos o de otros utensilios sin fornecimiento de mano de obra; XIII — venta con instalación de estructura metálica, de equipamiento o de material, con emisión a penas del cupón fiscal de venta mercantil; XIV — fundaciones especiales.

¹⁰¹⁷ El art. 219 RPS - D-003.048-1999 expresa: "(...) § 5º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço. § 6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega. § 7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado".

¹⁰¹⁸ Es de competencia del INSS establecer la forma, como se encuentra dispuesto en los párrafos 8 al 11 del art. 219 RPS - D-003.048-1999¹⁰¹⁸, de apuración y el límite mínimo del valor del servicio contenido en el total del cupón fiscal, factura o recibo, cuando no haya, en la hipótesis del párrafo 7, previsión contractual de los valores correspondientes al material o equipamiento. En la imposibilidad de haber compensación integral en la propia competencia, el saldo remaneciente podrá ser compensado en las competencias subsecuentes, inclusive en la relativa al 13º salario, o ser objeto de restitución, no sujeta al dispuesto en el § 3º del art. 247 RPS - D-003.048-1999. Para fines de recaudación y de compensación del valor retenido, será considerada como competencial aquella la que corresponder a la fecha de emisión del cupón fiscal, factura o recibo. Los valores retenidos no pueden ser compensados con contribuciones recaudadas por el INSS para otras entidades.

También debe mencionarse que el propietario, conforme al art. 220 RPS - D-003.048-1999¹⁰¹⁹, el dueño de la obra o condominio de la unidad inmobiliaria cuya construcción, reforma o incrementos no involucren cesión de mano de obra, es solidario con el constructor, y éste con la subempreiteira, por el cumplimiento de las obligaciones para con la Seguridad Social. Exceptuado el derecho regresivo contra el ejecutor o contratante de la obra y admitida la retención de importancia a éste debida para garantía del cumplimiento de esas obligaciones, no aplicándose, en cualquier hipótesis, el beneficio de orden. No siendo considerada cesión de mano de obra, la contratación de construcción civil que la empresa constructora asuma la responsabilidad directa y total por la obra o repase el contrato integralmente, el ejecutor de la obra deberá elaborar; distintamente para cada establecimiento o obra de construcción civil de la empresa contratante, hoja de pago, guía de recaudación del FGTS e informaciones a la Seguridad Social, y guía de la Seguridad Social.

Una de las críticas que hacen algunos autores es en relación a la responsabilidad es porque hay la distinción entre el sector de la Seguridad Social y el laboral, como se puede percibir: “En realidad, no existe ninguna razón que justifique la existencia de los regímenes distintos. ¿Por qué en el ámbito laboral sólo se protege al trabajador frente a las contratas de la propia actividad y en el ámbito de la Seguridad Social la protección se extiende a todas las contratas? ¿Acaso merecen mayor protección los créditos de Seguridad Social que el salario? ¿Y por qué en unos casos se considera suficiente la responsabilidad subsidiaria y en otros se impone la solidaria? ¿Qué sentido tiene esta disparidad? La contrata ofrece los mismos riesgos en los dos planos y el régimen de responsabilidad que debería ofrecerse como garantía frente

¹⁰¹⁹El art. 220 RPS - D-003.048-1999 expresa: “O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária cuja contratação da construção, reforma ou acréscimo não envolva cessão de mão-de-obra, são solidários com o construtor, e este e aqueles com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. § 1º Não se considera cessão de mão-de-obra, para os fins deste artigo, a contratação de construção civil em que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente. § 2º O executor da obra deverá elaborar, distintamente para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante, folha de pagamento, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social e Guia da Previdência Social, cujas cópias deverão ser exigidas pela empresa contratante quando da quitação da nota fiscal ou fatura, juntamente com o comprovante de entrega daquela Guia”.

a estos riesgos tendría que ser el mismo”¹⁰²⁰. Según Desdentado Daroca, debería existir un sistema de responsabilidad unitario entre materia laboral y de Seguridad Social, con los mismos criterios, a pesar de que se pudiera admitirse ciertas especialidades al ser necesario, dependiendo del caso¹⁰²¹. Mientras que la autora defiende que, en relación a la prevención de riesgos laborales, está bien tener un régimen jurídico específico, visto que la problemática es diversa y los fundamentos de las responsabilidades igual. El contratante es obligado a adoptar las medidas de seguridad necesarias para el buen funcionamiento de su local, inclusive que trabaje en este recinto empleados suyos como los que no son.

Caso sean incumplidas tales normas serán directamente considerado infractor, y no por lo mecanismo de extensión de la responsabilidad; siempre sin olvidar, como ya fue visto anteriormente, que en los casos de subcontratación, tanto el contratante como el contratista tiene la obligación directa de vigilancia y protección a la seguridad del ambiente laboral, responsabilidad que en general es solidaria.

Con la nueva ley de construcción en España, se ha añadido unas normas de control formal, una limitación de las cadenas de subcontratación, y una exigencia de un nivel mínimo de empleo indefinido. Son de alguna forma nuevas responsabilidades a nivel sancionador-administrativo¹⁰²², y no afecta al art. 42 ET, al de la Seguridad Social, ni a la prevención de riesgos laborales.

¹⁰²⁰ DESDENTADO DAROCA, Elena, Descentralización productiva y responsabilidad del empresario principal. Una introducción crítica, Justicia Laboral Nº 36, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 83. También es válido mencionar que en España: “Algo similar hay que decir de la responsabilidad solidaria que para las obligaciones laborales y de Seguridad Social prevé el artículo 7 para el contratista y subcontratista por el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro del núm. 2 del artículo 4. Se trata de una extensión de responsabilidad que puede resultar excesiva respecto a un mero incumplimiento de obligaciones formales y que plantea problemas de coordinación con el régimen de los artículos 42 ET, 104 y 127 LGSS y del aplicable en materia de riesgos laborales”. DESDENTADO DAROCA, Elena, Descentralización productiva y responsabilidad del empresario principal. Una introducción crítica, Justicia Laboral Nº 36, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 78-79.

¹⁰²¹ En este sentido, es válido citar que: “De acuerdo con el fundamento de la responsabilidad del empresario principal, éste sólo debería responder, en ambos planos, cuando la contrata supusiera una implicación de los trabajadores del contratista en su organización de trabajo y la responsabilidad tendría que ser, en todo caso, de carácter subsidiario. En materia de Seguridad Social habría que admitir, además, la posibilidad de exoneración de responsabilidad al empresario principal cuando haya actuado de forma diligente. Ahora bien, si se impone ese deber de diligencia al empresario principal, dicho deber no debería limitarse al momento en que elige al contratista, como parece dar a entender el artículo 42.1 ET, sino también durante el período que dure la contrata. Para acreditar esta diligencia dicho empresario tendría que solicitar el certificado al que se refiere el artículo 42.1 ET en el momento de la conclusión de la contrata y de forma anual mientras dure en vínculo con el empresario contratista, tal y como sucede en el ámbito fiscal [artículo 43.1.f) LGT].” DESDENTADO DAROCA, Elena, Descentralización productiva y responsabilidad del empresario principal. Una introducción crítica, Justicia Laboral Nº 36, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 83.

¹⁰²² En relación a las sanciones administrativas a cargo de la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social es válido mencionar: “La Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social ejerce el control administrativo del cumplimiento de las normas laborales. Este contralor comprende, tanto a las normas laborales que fijan los créditos y beneficios a favor de los trabajadores, como las normas en materia de prevención, seguridad e higiene en el trabajo. La segunda ley aclara que las

Infelizmente, se percibe que hay razones de sobra para que Brasil cambie de la responsabilidad subsidiaria para solidaria, pues, como se acaba de percibir la preocupación del legislador que haya recaudación de la cuota de la Seguridad Social; tributación de interés federal. ¿Pero por qué no garantiza también al empleado subcontratado una mayor seguridad jurídica pudiendo cobrar tanto al contratista cuanto a la contratante? De esta forma podría disminuir considerablemente los casos de cesión de mano de obra y obligaría a la contratante elegir bien en la hora de contratar una contratista. Mientras que en el caso español las consideraciones y enfoques legales son distintos. La contratante es responsable solidariamente por las cuotas de la Seguridad Social del trabajador subcontratado, de esta manera compete a ésta fiscalizar el pago de las cuotas debidamente por parte de la contratista so pena de futuramente arcar con las consecuencias.

De forma resumida, la legislación española pertinente menciona la responsabilidad de la Seguridad Social en los casos de subcontratación¹⁰²³. Las responsabilidades en Seguridad Social vienen dadas por el incumplimiento de las obligaciones que el artículo 42 ET: estar al corriente de pago y pedir información de las empresas contratistas y subcontratistas para comprobar su estado respecto de las obligaciones económicas de Seguridad Social; si no ha sido solicitado información y la empresa subcontratada tiene algún descubierto o prestación a favor de algún trabajador, nace la responsabilidad solidaria de liquidar las cotizaciones o prestaciones que ésta no haya realizado, siempre y cuando estén empleados para prestar servicios en la contrata. Una excepción relacionada a la responsabilidad solidaria es cuando ya si ha pasado el plazo límite y la Tesorería General de la Seguridad Social y no se ha pronunciado al respecto en el plazo máximo de 30 días, conforme expresa el art. 42 ET.

La responsabilidad será exigible durante toda la duración de la contrata y hasta un año después de haber finalizado. Haciendo efectivo lo expuesto, conforme a sentencia del TS condenatoria de responsabilidad, podemos darnos cuenta de la importancia que tiene la

sanciones administrativas que puedan derivarse del incumplimiento de estas normas, no están alcanzadas por la responsabilidad solidaria. Cada empleador será responsable de su propio incumplimiento, de acuerdo a las normas vigentes". AMEGLIO, Eduardo J., Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 2008, pág. 480.

¹⁰²³ Mayores informaciones sobre la responsabilidad respecto de la Seguridad Social en la subcontratación, véase SALA FRANCO, Tomás, Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos, Actualidad Laboral N. 9, La Ley, Madrid, 2005.

regulación del ET: “«Aplicación de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET al Servicio Navarro de Salud, al haber subcontratado por el concepto de propia actividad. Inclusión dentro de tal concepto del transporte sanitario de urgencia. Se estima el recurso de la empresa que tenía contratado aquel servicio, para condenar a la entidad pública navarra con carácter solidario» [STS de 3 de octubre de 2008 (NSJ028733)]”¹⁰²⁴.

Parte de la doctrina no solamente mencionan que el art. 42 ET hace referencia a lo relacionado con la obligaciones para con la Seguridad Social- refiriéndose a la cotización por trabajadores subcontratados, igualmente las relacionadas con las prestaciones de Seguridad Social a las que cause derecho el trabajador, cuando la contratista sea responsable por lo tal, y también en los casos de deba efectuar el pago por delegación, de prestaciones por protección de la familia, invalidez, desempleo parcial, entre otros- como también las voluntarias, basándose en una interpretación extensiva del dispuesto en este contenido legal¹⁰²⁵. Dentro de las voluntarias estarían las cotizaciones adicionales en situación jurídica de vigencia residual -las estrictas-, y también las de regímenes complementarios, como mejoras directa de prestaciones y planes de pensiones del sistema de empleo, etc. Con responsabilidad solidaria también se encuentran las “mejoras voluntarias de Seguridad Social de suscripción de pólizas de seguro, las de proceder a la afiliación y alta del trabajador en ésta, tomadas como

¹⁰²⁴ VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs.136-137. Texto basado en VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, 2009, págs. 139-140. Y Sigue: “a) Responsabilidades. En este caso no existen obligaciones salariales, solamente en materia de Seguridad Social, y de manera subsidiaria. Existe alguna excepción que exime de responsabilidad de cotizaciones ante un incumplimiento del contratista, como por ejemplo, el cabeza de familia al contratar las obras de reforma de su domicilio. b) Obligaciones. La obligación de estar al corriente de los pagos de la Seguridad Social y la petición del certificado para comprobar la actuación de la contrata y subcontrata respecto a las liquidaciones periódicas de cotización y prestaciones es idéntica a la establecida para la misma actividad”. VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009, págs. 139-140. En este sentido véase también LUQUE PARRA, Manuel, La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2000.

¹⁰²⁵ A nivel de complementariedad: “En materia de Seguridad Social la regulación actual del precepto tampoco se corresponde con la de sus antecedentes. Mientras que el art. 4 del Decreto de 1970 establecía una responsabilidad solidaria de las obligaciones contraídas con la Seguridad Social, al igual que en el precepto en vigor, la LRL daba pie a entender que las obligaciones en esta materia eran sólo las referidas al pago de cuotas; sin embargo, la doctrina interpretó esta última norma realizando una imputación material y no subjetiva, de forma que se permitía incluir en el ámbito de protección todas las obligaciones referidas a la Seguridad Social, es decir, afiliación, altas y bajas, cotización y pago de prestaciones por el empresario. La terminología utilizada por el art. 42.2 estatutario, cuando establece en concreto la responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones de naturaleza salarial, y de «las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata», parece aspirar a tener un alcance omnicompreensivo, abarcando en principio todas las obligaciones relacionadas con esta entidad, tanto las propiamente instrumentales de afiliación, alta, y cotización, como la básica de protección. Pero una interpretación aún más extensiva ha defendido que tal término puede ir referido «no sólo a la Seguridad Social como sistema obligado de aseguramiento, sino también a la Seguridad Social voluntaria, máxime mediante pactos de mejora complementarios en Convenios Colectivos», a lo que cabe añadir que como el art. 85.1 ET posibilita la regulación por vía convencional de la materia de índole asistencial, es posible considerar comprendida dentro de tal mención, la relativa a la Seguridad Social y como quiera que, en el ámbito de la subcontratación, el empresario principal se encuentra afectado por las condiciones pactadas en el convenio aplicable a los trabajadores de la empresa auxiliar, son incluibles en las mismas, aquéllas que atinentes a la Seguridad Social, se contengan en el instrumento pactado”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contrata, Editorial Comares, Granada, 2002, págs.98-99.

referencia las prestaciones de previsión voluntaria, y la de pagar puntualmente el importe de las primas a la entidad gestora en la operación de aseguramiento externo”¹⁰²⁶. Y, relacionado con las mejoras recogidas por convenio colectivo, en el caso que se han considerado detentoras de la responsabilidad solidaria entre contratante y contratista, aunque parte de la doctrina no la considera de este modo. En lo que se discierne a las obligaciones empresariales derivadas de los planes de pensiones del sistema de empleo, existe la responsabilidad para las que no sean de planes autónomos o no complementarios. Es decir, las que están conectadas a las prestaciones previstas en el sistema público, mientras que las autónomas o no complementarias no es tipificada de esta forma, por tanto se quedan fuera del ámbito de la responsabilidad solidaria.

Otra discusión vista en la doctrina española era la relacionada al alcance -al límite subjetivo- de las responsabilidades en la subcontratación. Una parte de la doctrina, la de mayor peso como también la tendencia vista en los tribunales¹⁰²⁷ cree que todas las empresas son responsables solidariamente en relación a las contratistas en cadena¹⁰²⁸. Mientras que una postura opuesta también fue defendida que es la que la empresa contratante solo responde solidariamente por su contratista y esta a la contratista que le haya subcontratado y así sucesivamente.

¹⁰²⁶ OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 102.

¹⁰²⁷ En este sentido: “Añadidamente tal opción de la «responsabilidad ascendente», tiene antecedentes en la doctrina del TCT, basándose en la teoría del aprovechamiento del trabajo por todos los empresarios involucrados, y en la fácil elusión de la normativa en caso contrario, a través de una sencilla operación de subcontratación. También la opción de la responsabilidad entre los empresarios que materialmente se encuentran ligados por un negocio de subcontratación, es decir, entre el primero con el segundo, el segundo con el tercero, y así sucesivamente, ha sido un criterio seguido por los tribunales «que destacan la necesidad de la vinculación contractual directa entre los empresarios para que el principio de solidaridad en la responsabilidad entre en juego». El deslinde de hasta dónde debe entenderse limitada la responsabilidad ya se planteó respecto de la Ley de Accidentes de Trabajo, y el Tribunal Supremo acogió la interpretación extensiva de que las responsabilidades también afectaban al dueño de la obra, pues de otro modo, montando una cadena de subcontratas hubiera sido fácil eludir la normativa estatutaria (SsTS 3 mayo 1955 y 31 enero 1958, STCT 29 noviembre 1973). Estos antecedentes motivaron la interpretación del Decreto 3677/70 en caso de cadena de contratas y subcontratas, «defendiéndose entonces la oportunidad de una gradación sucesiva de responsabilidades»; así la jurisprudencia sobre el tema no ha sido en absoluto unánime, por lo que nos centraremos en los argumentos de la doctrina en la materia”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 119-120.

¹⁰²⁸ En relación a la cadena de subcontratación es válido mencionar a Olmo Gascón que trata en su obra una parte histórica relacionado al tema: “Durante la vigencia de la LCT y del Fuero del Trabajo no se dudó sobre la legalidad de tal mecanismo de descentralización, con base en el art. 1596 del Código de Comercio, y los arts. 4 y 5 de la LCT, así como en el art. 7 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22 de junio de 1956. Posteriormente, el art. 4 del DCE de 1970 estableció como requisitos para su ejercicio, la posesión del carnet de empresa con responsabilidad y que los empresarios contratistas estuviesen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, estableciendo que la empresa principal respondería solidariamente con las subcontratistas y de las obligaciones contraídas por éstas con los trabajadores y con la propia Seguridad Social”, acordando que en los días actuales ya no está más vigente lo del carnet de empresa. Y sigue explicando la autora: “(...) Sin embargo, el hecho de que el art. 4 DCE mencionara exclusivamente a los subcontratistas no fue interpretado por doctrina y jurisprudencia como expresivo del deseo de limitar el alcance del precepto a tal modalidad interpositiva excluyendo a las propias contratas, sino que más bien «esta omisión había de suponerse debida a olvido del legislador»”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 102.

En lo que se refiere al art. 1.597 CCE, que es de alguna forma la normativa extraestatutaria, utilizada como fuente de imposición de responsabilidad en los casos de subcontratación, es importante mencionar que este precepto hace una referencia a la conceptualización genérica o la responsabilidad establecida del dueño de la obra para con los trabajadores de ésta. En relación a la Ley General de la Seguridad Social, es válido mencionar al art. 127.1 LGSS que trata de la responsabilidad solidaria en los casos de no encontrarse al día con el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

En el ámbito penal, dentro del capítulo que trata sobre los delitos de riesgo, se encuentra el art. 348 bis a) CPE que regula sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo. Siendo mejor tratado por la actual regulación de las infracciones penales en materia de seguridad e higiene laboral, introducida por la Ley Orgánica 10/95 en la parte que especifica los delitos contra los derechos de los trabajadores¹⁰²⁹. Eso es referente a la penalización al dispuesto en los arts. 24 y 41 LPRL al no facilitar lo necesario para un buen funcionamiento y la seguridad debida al trabajador. Siendo los responsables, segundo tal dispuesto legal, los empresarios contratante y contratista, como también a los escalones más próximos a la ejecución de la obra o servicio.

Conforme el delito expuesto en los arts. 317 y 318CPE, hay concurso de delitos dependiendo se el trabajador es afectado al peligro expuesto de forma individual, es decir solamente a él, o cuando ha puesto en peligro a varios trabajadores. Otro precepto jurídico que trata el código penal español es el art. 307.1 que determina los delitos contra el Sistema de Seguridad Social. Tal artículo está de común acuerdo, o mejor, especifica el delito al no cumplimiento del art. 42.1 ET, que es relacionado con el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Como también el apartado segundo del mismo dispositivo legal al referirse a la responsabilidad solidaria del contratante al contratista en el mismo caso de no pago de las cuotas ora referidas. En este caso serán aplicados tales dispuestos sin que haya perjuicio de aplicación del art. 127.1 TRLGSS relacionado a los casos de las contrataciones de actividades

¹⁰²⁹ Al respecto Olmo Gascón especifica que: "La actual regulación de las infracciones penales en materia de seguridad e higiene laborales, introducida por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su Libro II, Título XV «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» —arts. 311a 318— tipifica las conductas en las que se entienden infringidas las obligaciones empresariales en este campo, adaptando la normativa penal a los últimos acontecimientos legislativos que han modificado nuestro ordenamiento, con una dicción más moderna y ajustada tanto a la realidad como a la legalidad vigente. Concretamente, el art. 316 identifica la conducta objeto de regulación, operando una refundición de los anteriores arts. 348 bis, a) y 427 CP, en los siguientes términos: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis o doce meses». OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contrataciones, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 145-146.

impropias. También puede ser aplicada en las posibles formas de delito que puede acarrear una subcontratación – sin ser las concretamente de modalidad contractual - una tipificación penal, como sería el fraude a la subcontratación o la precarización laboral de alguna manera debido a ésta.

En relación a la responsabilidad administrativa, por ejemplo, también se puede observar que el contratante tiene una responsabilidad de naturaleza administrativa al infringir éste la obligación de comprobar el estado de la contratista ante la Seguridad Social¹⁰³⁰. De esta forma, la responsabilidad solidaria hace con que el contratante a la hora de elegir la contratista lo haga de forma más consciente. Igualmente en los casos de accidentes laborales, la ley de prevención de riesgos en el trabajo ha puesto al contratante una responsabilidad administrativa relacionada a la actitud realizada por sus contratistas, y en este caso es válido transcribir: “(...) Aunque en principio pudiera parecer que la respuesta era negativa, puesto que el art. 93.2 LSS (actual 123.2 TRLGSS) disponía que «la responsabilidad en el pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor», al igual que en la redacción actual, y así lo interpretó el TCT: « el recargo es en este caso una medida punitiva que ha de recaer exclusivamente en la persona o personas a cuyo servicio estaba el obrero accidentado en el momento de producirse el accidente, ya que esa es la infractora, sin que la vinculación por contrato de ejecución de obra altere la obligación legalmente impuesta a cada empresario de garantizar la seguridad de sus respectivos obreros...». Tal lectura fue matizada con apoyo en el art. 153 OSH determinante de la responsabilidad directa del principal del «cumplimiento de las medidas de seguridad cuando se trate de trabajadores empleados en su centro de trabajo»; en tal caso, como el empresario principal también debe velar por la seguridad de los trabajadores, deben responder ambos empresarios solidariamente de la infracción y del recargo correspondiente”¹⁰³¹, inclusive, dependiendo de cada caso, se puede haber compatibilidad de las sanciones penales y administrativas a la vez.

¹⁰³⁰En este sentido: “El TRLISOS contiene unos mandatos de responsabilidad administrativa solidaria que se extiende, en materia de contrata, a dos infracciones de naturaleza distinta. Por un lado, el referido a una infracción administrativa del contratista, en materia de Seguridad Social, y consistente en dar ocupación a solicitantes o perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social (art. 23.2). Por otro, la responsabilidad de la empresa principal, prevista en el art. 42.3, y comprensiva de toda suerte de infracciones cometidas por el contratista, en materia de seguridad e higiene, que hayan tenido lugar en el centro de trabajo del empresario principal. Dicha responsabilidad va inexorablemente ligada al deber de vigilancia sobre la actividad del contratista que el art. 24.3 de la LPRL impone al empresario principal. Finalmente, cierra el cuadro de ordenación normativa del sistema de protección del trabajo en contrata, el art. 1597 del CC que concede acción directa a los trabajadores empleados en una obra para dirigirse contra él por la cantidad que este, a su vez, adeude al contratista. Este precepto, primer antecedente de la vigente regulación estatutaria del trabajo en contrata, no ha sido expresamente derogado por ninguna de las normas anteriores por lo que continúa en vigor como nivel último de garantía legal instaurada en beneficio de los trabajadores”. MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contrata y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 61-62.

¹⁰³¹ Sigue la autora explicando: “Siguiendo este razonamiento mayoritariamente se entendió que era posible incluir tales recargos en el antiguo art. 40 LISOS, puesto que del mismo se desprendía con claridad la responsabilidad directa del empresario principal en la vigilancia del cumplimiento de las medidas de prevención. El mismo planteamiento puede sostenerse en la luz de la actual

13.3 Responsabilidades de la Administración Pública con la subcontratación y vinculación con los empleados de la contratista

“El obrero tiene más necesidad de respeto que de pan”

Carls Marx

La responsabilidad de la Administración Pública en Brasil merece un estudio más minucioso en todos los aspectos visto que, tanto ésta como los tribunales, trataban sobre el tema de la irregularidad de mano de obra en la Administración Pública. El § 6º del art. 37¹⁰³² CF/88 determinaba que las personas de derecho público o las de privado prestadora de servicios públicos responderán por los daños causados a otros, ocasionados por los agentes referidos, asegurando el derecho de regreso contra el responsable en los casos de dolo y culpa.

En los casos de irregularidad de las empresas contratistas subcontratadas por la Administración Pública, hay corrientes, minoritarias por supuesto, que defienden que ésta es responsable por el trabajador subcontratado, aunque no sea un funcionario público. Las principales alegaciones abordadas son los derechos básicos de los trabajadores asegurados por el texto constitucional, y en especial la igualdad entre todos los brasileños que se encuentra expresada en el art. 5º CF/88, que garantiza: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”. Alegaciones fallidas por ser inadmisibles que un principio, de igualdad en este caso, pueda entrar en choque y desarmonizar otro principio constitucional también importante para el Derecho Administrativo, como es el de la legalidad. Éste se encuentra expresado en el art. 37 CF/88, siendo así incontestable la predilección de un principio a otro.

regulación, pues a pesar de que el art.123.2 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, continúe haciendo referencia a que «La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior (recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional) recaerá directamente sobre el empresario infractor (...)», tanto el art. 24.3, como el 42.2, párrafo primero de la LPRL contemplan una responsabilidad directa e inexcusable del empresario principal a estos efectos 348, tipificando como infracción administrativa «las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidades conforme a la presente ley» (art. 45.1 LPRL). Se trata por todo ello de una responsabilidad de carácter solidario entre empresario principal y contratista/subcontratistas”. OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratos, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 153-155.

¹⁰³²El art. 37 § 6º CF/88 expresa: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

Es decir, al ocurrir cesión de mano de obra en la Administración Pública será considerada la ilicitud de la subcontratación y hay tres corrientes interpretativas de qué tipo de responsabilidad tiene la propia en relación con los gastos laborales de los trabajadores subcontratados. La primera es la que en los casos de determinada la ilicitud de la subcontratación hecha, no hay ningún tipo de vinculación tampoco produce cualquier otro beneficio para el trabajador ilícitamente subcontratado. La segunda sería el reconocimiento del vínculo entre el trabajador subcontratado con la Administración Pública¹⁰³³, en el cual se responsabiliza desde el primer día de la contratación, acarreado con las consecuencias de la relación socio-económica. La tercera hipótesis sería la garantía al trabajador subcontratado del derecho a todos los costos laborales debidos durante el periodo laboral equivalente al del funcionario público que posee y tenga las mismas tareas en la Administración Pública.

Lo que no se admite de esta última corriente es que la CTPS del empleado sea firmada por la Administración Pública, teniendo ese el único papel de responsable subsidiario en caso de que ocurra el no cumplimiento de las obligaciones contractuales por la empresa contratista. La tendencia utilizada por el TST es la de su propio Enunciado 363 en que declara: “a contratação do servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra-se óbice em seu art. 37 II e §2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada”. En el caso de autoridad pública municipal el Decreto-Ley 201/67¹⁰³⁴ dispone de la responsabilización penal del alcaide que contratar ilícitamente a trabajadores.

¹⁰³³En este sentido hay autores que están de acuerdo con esta teoría, y la exponen más minuciosamente: “O entendimento consolidado pelo TST é outro. Ainda que fraudulenta, a terceirização não gera vínculo com a Administração Pública. O argumento utilizado pelos defensores de tal irresponsabilidade é o de que para se formar vínculo de emprego com a Administração Pública seria imprescindível a aprovação em concurso público, consoante disposição constitucional. Ora, não se admite que o erro da contratação por falta de concurso seja imputado ao trabalhador, àquele que já prestou os serviços e não tem como recuperar sua força de trabalho. A solução que se reputa mais justa, no caso, é declarar a nulidade do contrato formalmente concluído com o ente público (respeitando o preceito constitucional) e o reconhecimento da relação contratual, de emprego com o administrador, o agente público que contratou irregularmente o trabalhador. Isso, com base no princípio da convertibilidade, ou seja, na busca do que pode ser aproveitável no ato. No caso, a declaração de vontade é o objeto lícito do contrato, aproveitável portanto. Quem, de fato, deve ser punido pela atuação além dos limites da lei é o administrador. O mandato político não lhe confere tal poder; teria agido como um gestor de negócio contra a vontade do dono. Deve, pois, assumir pessoalmente a responsabilidade pelos créditos trabalhistas (art. 37, § 2º, da Constituição Federal), devendo, ademais, ressarcir ao erário público todos os valores pagos pela Administração Pública no curso do contrato irregular”. METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, págs. 110-111.

¹⁰³⁴El art. 1º Decreto-Ley 201/67 menciona: “São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara de Vereadores: XIII - nomear, admitir ou designar servidor contra expressa disposição de lei; § 1Q Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”.

El §1º del art. 71¹⁰³⁵ de la Ley 8.666/93 expresaba que las hipótesis de no cumplimiento de los costes laborales o de la Seguridad Social del contratado no podrían ser transferidos a la Administración Pública. En otras palabras, ésta no sería considerada ni responsable solidariamente ni subsidiariamente¹⁰³⁶. La Ley 9.032/95 dio una nueva redacción al precepto citado anteriormente, en que el no cumplimiento de los cargos laborales, fiscales y mercantiles no puede transferir responsabilidad a la Administración Pública. Tampoco podrán operar objeto del contrato o restringir la regulación y el uso de las obras y edificaciones, incluso delante del registro de inmuebles.

Se puede decir, de esta manera, que el párrafo del art. 37 CF/88 trata de la responsabilidad objetiva¹⁰³⁷, relacionado con la responsabilidad civil y no laboral. La Resolución 96/2000 del TST dio una nueva redacción al inciso IV del enunciado 331 TST, incluyendo la responsabilidad también de la Administración indirecta, aunque hubo otra alteración en el Enunciado 331 TST¹⁰³⁸, como será visto a seguir. Otra modificación importante hecha por la Ley

¹⁰³⁵ El art. 71 § 1º de la Ley 8.666/93 declara: “a inadimplência do contrato, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá operar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

¹⁰³⁶ En este sentido válido analizar esta sentencia del STF: “(...) Pedido de vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito suspendeu nesta quarta-feira (10) o julgamento de ação que pede que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare a constitucionalidade de dispositivo da Lei de Licitações que impede a responsabilização da Administração Pública pela inadimplência de encargos trabalhistas de empresas terceirizadas. O julgamento foi suspenso após o relator da ação, Ministro Cezar Peluso, defender o arquivamento do processo, e o Ministro Marco Aurélio, por outro lado, votar pela análise de mérito da matéria. O pedido chegou ao STF em março do ano passado e foi feito pelo governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda. Ele ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16) argumentando que o inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) equivale a uma declaração de inconstitucionalidade da regra, expressa no parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a Lei de Licitações. Ao defender o arquivamento da ação, o Ministro Peluso alegou que não há, no caso, um requisito imprescindível para o ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade: a existência de controvérsia judicial que coloque em xeque a presunção de constitucionalidade da lei. Ele afirmou, inclusive, que o autor da ação não demonstra no pedido que haja no meio jurídico dúvida relevante sobre a legitimidade da norma. Segundo Peluso, a súmula do TST não declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações. Somente diz que sua aplicação a contratos de terceirização também de ve se submeter a outros dispositivos legais e constitucionais, admitindo a responsabilização da administração pública a partir da análise caso a caso. O inciso IV da Súmula 331 determina a responsabilidade da Administração Pública quanto a obrigações trabalhistas desde que o órgão tenha “participado da relação processual” e conste também “do título executivo judicial”. Ou seja, desde que administração pública tenha participado do processo trabalhista, tenha se defendido e tenha sido condenada. “É inútil para o tribunal perder-se aqui neste caso e reconhecer uma constitucionalidade que jamais esteve em dúvida em lugar nenhum”, argumentou Peluso. O Ministro Marco Aurélio rebateu afirmando que “a utilidade do julgamento é enorme”. Segundo ele, há uma “multiplicação de conflitos” judiciais sobre a matéria e o interesse em ver a questão analisada pelo STF não é somente do Distrito Federal, mas de várias unidades da federação e da União, que pediram para ingressar na ação. “Não podemos ser tão ortodoxos”, disse, ao defender o julgamento do mérito do pedido. O Ministro acrescentou que o TST editou a súmula exatamente para orientar as decisões da Justiça Trabalhista e que o verbete “implicitamente” projetou o dispositivo da Lei de Licitações para “o campo da inconstitucionalidade”. Processo: (ADC) 16. Publicado em 12 de Setembro de 2008 às 09h34”. Disponível en: newsletter@iob.com.br

¹⁰³⁷ Al respecto: “Não obstante, há quem sustente, em interpretação que recebeu amparo da jurisprudência trabalhista, que a norma referida é inconstitucional, por afronta ao artigo 37, § 6º, da CP, que fixa a responsabilidade objetiva do Poder Público por ato de seus agentes. Sustenta-se, in casu, haver culpa in eligendo em vigilando, descumprindo a Administração Pública o dever de contratar empresa idônea e o de fiscalizar a execução contratual. Haveria, então, por esse raciocínio, a presunção de culpa da Administração por ato de seus agentes, que escolheram mal o contratante e deixaram de fiscalizar a execução do ajuste”. OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001, pág. 146.

¹⁰³⁸ Varios son los casos en que hay impases entre el buen cumplimiento de la subcontratación y la Administración Pública, como se puede percibir: “TRT15 - 6ª Câmara mantém condenação subsidiária de ente público. O trabalhador, contratado por uma empresa do ramo de vigilância, prestava serviço a um banco cujo maior acionista é a União (sociedade de economia mista). No Posto Avançado da Justiça do Trabalho de Campos do Jordão, a sentença reconheceu o direito do reclamante e condenou “de forma

9.032/95 fue dar a la Administración Pública la responsabilidad solidaria sobre los cargos de la Seguridad Social en relación a los contratos con las empresas contratistas.

En relación a las obligaciones de la Seguridad Social por la Administración Pública, segundo art. 31 Ley 8.212/91 con redacción introducida por la Ley 9.711/98, ésta tiene el deber de retención del valor de las cuotas en las facturas pagadas al prestador de servicios, y consecuentemente recogidas a los cofres públicos, diferentemente de lo relativo a los salarios, pues en estos casos no hay una obligación de fiscalizar. En la ley de licitaciones expresa la obligación de la contratada del adimplemento de las obligaciones de carácter laboral, de la seguridad social, fiscal y comercial, no siendo admitido el traspase a la Administración de las consecuencias del no adimplemento.

En relación a la responsabilidad del Estado por el comportamiento negativo, caso en que se fuera omitido deber que tenga sido prescripto por las normas. En otras palabras, la omisión existe cuando el Estado tiene el deber de evitar la ocurrencia de un daño. En las hipótesis de que el Estado no ha funcionado bien, o de forma tardía o de forma incapaz se observa la responsabilidad subjetiva del mismo. En este sentido, el art. 195, párrafo 3º CF/88 expresa que el Estado no puede contratar a una empresa contratista que no esté al día con las cuotas de la Seguridad Social. Debiendo, segundo el art. 27 y 29, IV Ley 8.666/93, ser ésta inhabilitada en el proceso de licitación. La inobservancia del poder público a este dispositivo legal podrá caracterizar la responsabilidad por la violación al deber legal de fiscalizar el no adimplemento de las obligaciones de la Seguridad Social.

Segundo Oliveira Ramos el Estado no puede ser responsabilizado por las deudas salariales de los trabajadores subcontratados, conforme se percibe en su texto: “Decorre do exposto que a inexecução das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços não

principal a primeira reclamada (empresa) e, de maneira subsidiária, a segunda ré (banco) a pagar as parcelas pleiteadas pelo trabalhador”. (...) E destacou que “a questão da responsabilidade subsidiária, na espécie, há de ser solucionada, passando pela caracterização, ou não, da culpa ‘in vigilando’, pois inadmissível a interpretação que venha a facilitar a fraude, como já decidiu o TST, no julgamento do RR 350.986/1997, pela sua 2ª Turma, tendo sido relator o ministro José Luciano de Castilho Pereira”. (...) A decisão colegiada destacou que “não há como levantar, validamente, qualquer dúvida de que, no âmbito de um contrato em que figure, em um dos lados, um ente público, respeitadas todas as suas peculiaridades, possa haver algum motivo que autorize e/ou leve a que se afaste a observância da função social do contrato, o que magoaria todo o ordenamento jurídico vigente e mesmo o sentimento do direito que cada operador, efetivamente devoto às coisas do direito, tenha”, e justificou que o raciocínio que deve ser desenvolvido “encontra campo propício para medrar no artigo 58, inciso III, da lei nº 8.666/1993”, já que, “quando há um ente público num dos polos de dada relação contratual, a exigência de fiscalização, por parte deste, para que do contrato então celebrado não resulte prejuízos, não só ao erário, como também a terceiros, assoma em relevância”. (...) E insistiu que “a responsabilidade subsidiária não pode servir de elmo protetor para que o responsável subsidiário não tenha de reparar integralmente o prejuízo experimentado pelo trabalhador, mesmo porque, em essência, tudo decorre da circunstância de que não contratou bem o responsável subsidiário”. Em conclusão, o acórdão rejeitou a preliminar arguida e, no mérito, não proveu o recurso, mantendo a sentença original integralmente intacta. (Processo 0032800-38.2009.5.15.0159). Publicado em 18 de Março de 2011 às 11h21”. Disponible en: newsletter@iob.com.br.

estabelece relação de causa e efeito com a conduta do Poder Público. Ausente o nexo causal, pressuposto indispensável para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se cogita de sua responsabilização. O dano sofrido pelos trabalhadores da contratada não tem nexo causal com ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração. Incide na espécie, em consequência, a norma do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, que isenta a responsabilidade do Estado, sendo descabida a invocação de sua inconstitucionalidade, porque não presentes os pressupostos da responsabilização objetiva do Estado”¹⁰³⁹.

Al tratar de la responsabilidad de la Administración Pública en los casos de omisión es pertinente decir que la omisión del administrador en los casos de los deberes considerados de oficio de resguardar al erario público puede causar su responsabilización civil, administrativa y la penal, delante la propia Administración Pública, las Cortes de Cuentas o delante la Fiscalía. Culminando en la obligatoriedad de resarcimiento de los daños causados, o también la aplicación de multas u otras penalidades disciplinares establecidas por ley¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁹ OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, *Terceirização na Administração Pública*, LTr, São Paulo, 2001, pág. 149. Mientras que la decisión del TRT 4ª Región expresa que la Administración Pública es responsable subsidiariamente por los cargos laborales en los casos de subcontratación, como se puede percibir: “O ente da Administração Pública, na condição de tomador de serviços, é responsável subsidiariamente pela satisfação dos créditos trabalhistas reconhecidos a empregado. De acordo com este entendimento, os Desembargadores da 8ª Turma do TRT-RS consideraram o Estado do Rio Grande do Sul solidariamente responsável pela satisfação dos créditos trabalhistas de trabalhadora a qual prestava serviços por intermédio de empresa contratada pelo Estado via licitação. O ente público entrou com recurso no Tribunal argumentando que a responsabilidade subsidiária implicaria afronta às disposições contidas nos artigos 70 e 71 da Lei 8666/93, os quais dispõem que é do contratado pela Administração Pública a responsabilidade pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato. O Tribunal considerou sem razão o argumento do Estado, declarando que havendo inadimplemento das obrigações, não se pode deixar de reconhecer ao tomador uma parcela de responsabilidade. De acordo com a relatora do acórdão no Tribunal, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse, deve a entidade da Administração Pública ter a cautela de assegurar-se da capacidade da prestadora de serviços em cumprir com suas obrigações legais, bem como exigir a comprovação do adimplemento dessas obrigações. Da decisão, cabe recurso. Processo: 00699-2006-281-04-00-0”. Publicado em 15 de Setembro de 2008 às 09h57”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

¹⁰⁴⁰ Citado por Hollanda Costa Lima, válidos son los cuidados que deben tener el administrador público al subcontratar con una empresa, pues, como anteriormente dicho, hay divergencias a cerca de la responsabilidad del Estado en los casos de no adimplemento de los gastos laborales y de la seguridad social de los trabajadores subcontratados, conforme expresa Jorge Ulisses Jacoby: “a) o trabalho deve ser desenvolvido sempre que possível no estabelecimento da contratada, para evitar a configuração da pessoalidade e subordinação para com os agentes públicos; b) a Administração não deve interferir no quantitativo de profissionais a ser empregado na execução do serviço, o que deve ser decidido unicamente pela contratada, assim como nunca indicar qualquer profissional para as funções desempenhadas pela terceirizada; c) a contratada deve usar materiais e equipamentos de sua propriedade na execução dos serviços, a fim de descaracterizar a dependência econômica com a tomadora; d) ausência de contato entre os empregados da contratada e os agentes da Administração, devendo sempre haver um preposto daquela no local de prestação dos serviços (art. 68 da Lei nº 8.666/93); e) fiscalizar o pagamento das verbas trabalhistas e seus consectários pela empresa contratada para a terceirização”. HOLLANDA COSTA LIMA, Denise, *Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho*, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pág. 69. En contrapartida, se percibe la decisión del TRT 10ª Región que en los casos de que subcontratados empiecen a recibir sus sueldos atrasados la Administración Pública puede pedir para pagarles directamente, sin la intervención de la contratista. Cuestión complicada pues no puede haber margen de ningún tipo de vinculación directa entre las dos, a pesar de ser una alternativa para que no sean lesionados derechos de los trabajadores: “Alívio para os funcionários da Conservo que prestam serviço para o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT 10) autorizou o pagamento direto dos salários e demais benefícios aos trabalhadores via ministério para estancar o problema de atraso de pagamento da remuneração e outros encargos trabalhistas, como recolhimento do valor correspondente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), situação que vem se arrastando há alguns meses. A Juíza do trabalho substituta Érica de Oliveira Angoti determinou o bloqueio de R\$ 803 mil que o Ministério do Trabalho teria que pagar à Conservo, referente ao mês de dezembro, e a Juíza substituta Nara Cinda Alvarez Borges concedeu liminar, autorizando a liberação do montante para a liquidação de todas as pendências de 244 funcionários que prestam serviço ao ministério pela Conservo. As decisões foram consequência de ação civil pública proposta pela União contra a empresa prestadora de serviços. “Como o Ministério do Trabalho alegou que a Conservo não estava pagando o INSS e FGTS devidos, a União, por meio do Ministério Público do Trabalho, requereu o bloqueio dos valores que seriam pagos à Conservo. O dinheiro ficou parado e os funcionários ficaram à míngua, sem 13º, vale-transporte, tíquete-alimentação e salário. O próprio Ministério do

Tampoco se puede dejar de mencionar una cuestión reciente y muy importante en la sociedad brasileña. El Pleno del TST ha cambiado la redacción del Enunciado 331 TST, pues el STF ha pronunciado una sentencia a favor de la Administración Pública en Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC 16) demandada por el gobierno do Distrito Federal¹⁰⁴¹. Tal sentencia decía que al Gobierno Federal no será transferido el no pago de los encargos laborales cuando esos han contratado con una contratista caso no sea probado culpa de su

Trabalho pediu o desbloqueio do valor devido e condicionei a liberação para o órgão fazer o pagamento direto dos salários e demais pendências”, explica a Juíza Nara Cinda Alvarez Borges. (...) A Juíza Nara Borges ressalta que se o julgamento do mérito confirmar a decisão liminar, dará respaldo para todos os funcionários que prestam serviço pela Conservo. A juíza observa que cada instituição terá que fazer um requerimento, com base na sentença, para liberação do montante correspondente para pagamento direto dos trabalhadores. A previsão é que o julgamento ocorra até o início de março. Mesmo sem ação, órgãos públicos que contrataram a Conservo estão autorizados pela Delegacia Regional do Trabalho a fazer o pagamento direto aos funcionários. No Senado, por exemplo, 77 motoristas e três mecânicos terão o salário de janeiro pagos diretamente pelo Senado no próximo dia 5. Publicado em 30 de Janeiro de 2009 às 09h493”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

¹⁰⁴¹ Es pertinente citar a esta decisión: “TRT3 - Decisão recente do STF sobre responsabilidade subsidiária do Estado repercute em ações julgadas na JT mineira. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, ocorrido no dia 24/11/2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) é constitucional. A decisão afasta a responsabilidade objetiva de órgãos públicos pelo pagamento de débitos trabalhistas e fiscais de empresas terceirizadas das inadimplentes. Esse posicionamento do STF teve grande repercussão no mundo do trabalho, aumentou a polêmica que já existia em torno do tema e fez surgir uma dúvida no meio jurídico: caso uma empresa terceirizada descumpra as obrigações patronais, o órgão público tomador dos serviços estará livre de arcar com a dívida trabalhista? A juíza substituta Rosângela Alves da Silva Paiva trouxe a sua resposta para esse questionamento ao julgar várias ações que versavam sobre a matéria, ajuizadas perante a Vara do Trabalho de Ponte Nova - Posto Avançado de Viçosa. Na visão da julgadora, os órgãos públicos não estão isentos de responsabilidade pelo simples fato de a empresa contratada ter participado do processo de licitação. Não! O seu dever não termina no momento em que finaliza o processo licitatório, enfatizou. A Vara recebeu um número expressivo de reclamações trabalhistas envolvendo a Universidade Federal de Viçosa, vários empregados terceirizados e uma empresa prestadora de serviços de conservação e limpeza. Muitos ex-empregados denunciaram, em suas ações, que eram obrigados, pela empresa fornecedora de mão-de-obra, a cadastrarem senha da conta-salário utilizando os quatro últimos dígitos do CPF. Um pedreiro que prestou serviços nas dependências da UFV pediu na Justiça o pagamento das verbas rescisórias não quitadas pela empregadora e de uma indenização por danos morais, pela quebra do sigilo bancário. Ao examinar a prova testemunhal, a magistrada constatou que a preposta da empresa tinha conhecimento da senha numérica dos empregados e concluiu que ocorreu violação do sigilo que envolve as operações bancárias e a privacidade do pedreiro. Por essa razão, a magistrada condenou a empregadora ao pagamento de uma indenização por danos morais, fixada em R\$10.000,00, além das parcelas rescisórias devidas. De acordo com a sentença, no caso de descumprimento da obrigação pela devedora principal, a dívida trabalhista deverá ser paga pela UFV. Conforme esclareceu a magistrada em sua sentença, a questão da responsabilidade dos órgãos públicos nos casos de terceirização de mão-de-obra deve ser analisada agora à luz do atual posicionamento do STF. Por maioria de votos, o STF declarou que é constitucional o artigo 71, parágrafo 1º, da Lei de Licitações. Esse dispositivo legal prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. Mas, por outro lado, existe também o entendimento expresso na Súmula 331, IV, do TST, cujo teor é o seguinte: O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Entretanto, apesar da aparente contradição de idéias, a julgadora ressalta que a decisão do STF não torna inaplicável o entendimento contido na Súmula do TST. Isso porque houve consenso no sentido de que a JT não poderá generalizar os casos e terá que investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante. Conforme observou a magistrada, antes do julgamento da ADC 16, era isso mesmo o que acontecia na prática: o ente público poderia responder, de forma subsidiária, pelo dano causado aos trabalhadores, com base na ocorrência de culpa in vigilando (ausência de fiscalização). A juíza explica que, ao contratar uma empresa prestadora de serviços, a contratante tem o dever de fiscalizar a idoneidade financeira da contratada, já que a tomadora de serviços é a beneficiária direta da força de trabalho terceirizada. Dessa forma, reiterou a julgadora que a administração pública não está isenta da obrigação de fiscalizar a empresa contratada. Muito pelo contrário, a própria Lei de Licitações traz esse dever de fiscalização expresso em seu artigo 67, o qual determina que o administrador deve exigir da contratada a comprovação mensal dos registros dos empregados e o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. De acordo com o artigo 87, III e IV, da Lei de Licitações, cabe à administração pública, em consequência da inexecução de contratos, aplicar sanções à contratada, como a suspensão temporária do direito de participar de licitação, o impedimento de contratar com órgãos públicos e a declaração de sua inidoneidade. Ao examinar os documentos juntados ao processo, a magistrada considerou evidente a culpa da UFV. (...) Há recurso aguardando julgamento no TRT mineiro. (nº 00945-2010-158-03-00-0). Publicado em 18 de Março de 2011 às 11h21”. Disponible en: newsletter@iob.com.br

parte. Contrariando, de esta manera el Enunciado 331 TST, pues en estos casos la Administración Pública tiene la responsabilidad objetiva del Estado.

En resumen, se puede decir que después de discrepancias, sobre la responsabilidad en la subcontratación, entre la Administración Pública y la Justicia del Trabajo, en el día 24 de noviembre de 2010, el STF ha arreglado el desentendimiento existente. Según el publicado en el DOU del 03 de diciembre de 2010, fue considerada la declaración de constitucionalidad del art. 71, párrafo primero de la Ley 8.666/93, Ley de licitaciones, por medio de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad n. 16. Exactamente seis meses después, en 24 de mayo de 2011, el pleno del TST se ha reunido para decidir la nueva redacción del Enunciado 331 TST¹⁰⁴².

¹⁰⁴² A nível de complementariedade é válido citar que: “TST - Súmula 331 prevê responsabilidade subsidiária em relação a todas as verbas. Se a prestadora de serviços não efetuar o pagamento dos créditos salariais devidos ao trabalhador, a responsabilidade deve ser transferida à tomadora de serviços, responsável subsidiária. Esse entendimento está consagrado na nova redação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (item IV) e não exclui da obrigação do tomador de serviços nenhuma verba deferida pela Justiça ao empregado. Para não haver dúvidas quanto à extensão ou limites da condenação subsidiária, em maio deste ano os ministros do TST acrescentaram o item VI à Súmula, com o seguinte teor: “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”. E justamente esse item foi aplicado em julgamento recente de um recurso de revista na Segunda Turma do Tribunal. No caso relatado pelo ministro José Roberto Freire Pimenta, o Banco do Brasil, na condição de tomador dos serviços, foi condenado, de forma subsidiária, a pagar pelas diferenças salariais devidas a ex-empregado contratado diretamente pela Empresa de Segurança de Estabelecimentos de Crédito de Itatiaia, na hipótese de inadimplemento do prestador de serviços. Entretanto, ao recorrer ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas), o banco foi liberado do pagamento referente às multas convencionais. O TRT concluiu que a responsabilidade subsidiária deve incidir apenas sobre direitos trabalhistas, e não sobre multas de índole punitiva e recolhimentos fiscais e previdenciários. Informado com esse resultado, o trabalhador entrou com recurso de revista no TST com o argumento de que a Súmula nº 331, itens IV e VI, inclui todas as verbas objeto da condenação, até mesmo as multas convencionais. De fato, observou o relator, o empregado tinha razão, pois a jurisprudência do Tribunal entende que a condenação subsidiária do tomador dos serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal, inclusive as multas e verbas rescisórias ou indenizatórias. O ministro esclareceu que o trabalhador não pode arcar com os prejuízos decorrentes da falta de pagamento por parte da prestadora de serviços, cuja contratação e fiscalização não lhe competiam. Assim, se a prestadora de serviços não efetuar o pagamento do crédito do trabalhador, essa responsabilidade é transferida, na sua totalidade, à tomadora de serviço. Por consequência, o relator deu provimento ao recurso de revista do trabalhador para restabelecer a sentença de origem que condenara o banco a responder subsidiariamente pelo pagamento das multas convencionais. A decisão foi acompanhada pelos demais integrantes da Turma. Processo: (RR-6100-23.2007.5.15.0150). Publicado em 4 de Julho de 2011 às 10h49”. Disponível em: newsletter@iob.com.br. Também é válido citar: “TST - SENAC responderá por parte das verbas devidas a vigilante terceirizado. A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu que o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) deve ser responsável subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas de um empregado terceirizado, contratado como vigilante pela Six Segurança e Vigilância Ltda. A Turma aplicou ao caso a nova redação da Súmula 331 do TST, que trata da terceirização, recentemente alterada pelo Tribunal Pleno. O novo texto acrescentou à Súmula os incisos V e VI, que tratam da responsabilidade dos entes da Administração Pública direta e da abrangência das verbas decorrentes da condenação, respectivamente. Foi ainda alterado, na ocasião, o inciso IV, que ganhou nova redação. No caso, o SENAC foi condenado subsidiariamente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ), com o fundamento de que teria ficado evidente o nexo de causalidade entre a conduta da entidade, que se beneficiou do trabalho alheio ao terceirizar uma atividade-meio, e o dano caracterizado pela lesão aos direitos trabalhistas do empregado. O Regional lembrou que a responsabilidade do tomador dos serviços é objetiva, sendo irrelevante a análise da culpa in eligendo (na escolha da empresa terceirizada) e in vigilando (na fiscalização do cumprimento das obrigações). No recurso ao TST, o SENAC argumentou que a contratação de serviço de vigilância pode ser terceirizada quando esta se dá pela boa-fé empresarial. Argumentou, ainda, que a contratação se deu por meio de licitação e que houve fiscalização efetiva dos serviços prestados, excluindo dessa forma a culpa in vigilando ou in eligendo. A relatoria do acórdão na Turma ficou a cargo do ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, que chamou a atenção para o fato de que, com a nova redação da Súmula 331, o TST passou a realçar o elemento culpa como essencial para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária dos entes públicos, ao contrário do que afirmou o Regional. Para Marcio Eurico, o inciso V é claro ao limitar aos entes da Administração Pública direta e indireta a necessidade de comprovação de culpa em sua conduta para que possam ser responsabilizados subsidiariamente com a prestadora de serviços (empregadora) pelas obrigações contratuais e legais. O ministro salientou que, no caso, a responsabilidade do SENAC deve ser mantida por este não ser ente público, devendo, assim, observar os incisos III e IV da mesma Súmula, que reconhecem a responsabilidade subsidiária quando preenchidos os elementos do artigo 3º da CLT, que define os critérios da relação de emprego: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Processo: RR-120400-98.2005.5.01.0039. Publicado em 16 de Junho de 2011 às 10h29”. Disponível em: newsletter@iob.com.br.

Fue importante el pronunciamiento del TST una vez que en la mayoría de las veces estos tipos de demanda suelen ir hasta las instancias extraordinarias, y la final sería el pronunciamiento del STF. En este sentido, hay divergencia de opiniones. Hay autores a favor de la Administración Pública que mencionan que el ente público no es un programa gubernamental de distribución de renta, y que es completamente constitucional la decisión del STF, en lo cual afirman que el Enunciado 331 TST va de encuentro con la decisión tomada por el STF. Como también es una afronta al art. 5º, II, CF/88 al decir que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, y alegan también que la Administración Pública no tiene la facultad de elegir a quien va contratar debido a la obligatoria búsqueda por la propuesta más ventajosa presentada por las posibles contratista en las licitaciones, y por tanto, no debería tener la responsabilidad de futuro y eventual problema que pueda ocurrir con la contratista y sus trabajadores.

Hay inclusive, y de ambas corrientes, tanto a favor como contra la decisión del STF, análisis interpretativos de que lo que podría ser considerado como constitucional o no, incluyendo los choques entre los primordiales principios de la igualdad y responsabilidades, entre otros, que se encuentran dispuestos en la Carta Magna brasileña. Pues a nivel de equilibrio no se puede culpar a la Administración Pública por errores de los demás, pero desde que ésta tenga demostrado no haber conducta culposa del ente público a la hora de elección de la contratista y también al fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la contratista deudora. Pero tampoco sería coherente que el ente público no tenga ni la responsabilidad subsidiaria por varias razones: primeramente por ser la maquina estatal que debe dar ejemplo de responsabilidad con el ciudadano en general, no pudiendo valerse de su poder para tener ventajas desleales sobre el tema de subcontratación; segundo, el art. 71, párrafo primero de la Ley 8.666/93, es inconstitucional porque no puede quitar la responsabilidad así no más, pues a lo parecer, el STF ha tomado una decisión política más que de justicia, en lo cual es lamentable para la credibilidad gubernamental tanto a nivel nacional como internacional; tercero y último, fiscalizando correctamente no hay porque temer una futura problemática con relación a la contratista, inclusive en los casos de contratación, que sea o que pase a ser no ventajosa para la población en general, la Administración Pública puede encerrar el contrato, no validando la teoría de que como no puede elegir por ser la contratación a través de licitación pública (en lo cual es necesario que ocurra, al final el Estado no es una empresa privada, y trabaja por la ciudadanía) no deberá tener la responsabilidad. Éste sí deberá tenerla, y caso no esté funcionando bien con las contratistas, que busque

formas o requisitos en las licitaciones como también posteriormente, para que haya un buen uso y aplicación de la subcontratación.

De esta manera, y siguiendo lo argüido por el presidente del TST, el Ministro João Oreste Dalazen, el TST trata de conseguir una armonización entre intereses del ente público y los trabajadores, que es una mejor análisis – que hasta entonces no eran minuciosamente analizada por los jueces laboristas, declarando automáticamente la responsabilidad subsidiaria en los casos que se trataba del ente público como contratante – de cada caso en concreto, antes de tal consideración de responsabilidad subsidiaria¹⁰⁴³.

Lo que se puede percibir es que es un tema polémico que solamente con el tiempo irán tomando posicionamientos para dirimir tales problemáticas e interpretaciones legales. Inclusive en el día 04 de agosto ha definido el TST las reglas de la primera audiencia pública de su historia, que será realizada en los días 4 y 5 de octubre de 2011¹⁰⁴⁴, y el tema de mayor relevancia para la reunión fue la subcontratación, pues existe cerca de 5 mil demandas en trámite en el TST, y millones en toda la JT brasileña. La decisión de la reunión fue dada por el

¹⁰⁴³ En este sentido: “TST - Terceirizado de caixa rápido consegue enquadramento de bancário. O Banco Santander Brasil S. A. terá de reconhecer a relação empregatícia com um empregado terceirizado da empresa Prosegur Brasil S. A. - Transportadora de Valores de Segurança que lhe prestava serviços ligados a “caixa rápido”. A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho considerou a terceirização ilícita, deu provimento a recurso do empregado e restabeleceu sentença que reconheceu o vínculo dele diretamente com o banco. Em decisão anterior, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) reformou a sentença do primeiro grau e, considerando legal o contrato de terceirização de mão de obra firmada entre as empresas, negou o vínculo reclamado pelo empregado. A condenação do banco ficou restrita à responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas. Contra essa decisão, o empregado recorreu ao TST e conseguiu reverter o resultado do julgamento. O ministro Waldir Oliveira da Costa, relator que examinou o recurso na Primeira Turma do Tribunal, avaliou que as atividades que o empregado realizava eram tipicamente bancárias, pois cabia a ele a abertura e a conferência dos numerários depositados nos envelopes de ‘caixa-rápido’, pastas e malotes, e seu processamento. O relator destacou que o contrato de prestação de serviços entre as empresas estipulava, para a Prosegur, a obrigação de receber, abrir e conferir todo o numerário recolhido de agências ou clientes do banco - atividades tipicamente bancárias, relacionadas à atividade-fim dos bancos. “É o que estabelece a Lei nº 4.595/64, que disciplina a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias”, afirmou o relator. O ministro observou ainda que o entendimento em relação ao tema já foi pacificado no TST com a edição da Súmula 331, que, no item I, considera ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. A exceção é o trabalho temporário, o que não era o caso do processo examinado. O relator citou vários precedentes e esclareceu que não estava equiparando a empresa de segurança à instituição financeira, mas apenas reconhecendo a ilicitude da terceirização, por parte do banco, de funções afetas à sua atividade fim. Considerando assim que a decisão regional contrariou o entendimento da Súmula 331, o relator conheceu do recurso do empregado e deu-lhe provimento para restabelecer a sentença que deferiu o vínculo empregatício compreendido no período de agosto de 2006 a janeiro de 2008. Determinou ainda o retorno do processo ao TRT para que desconsidere a licitude da terceirização e assim julgue os recursos ordinários, nos temas cuja análise foi obstada em face da conclusão de que o empregado não se enquadrava como bancário. Seu voto foi seguido por unanimidade na Primeira Turma. Em substituição ao ministro Vieira de Mello Filho, impedido de votar nesse recurso, votou a ministra Delaíde Alves de Miranda Arantes. Processo: RR-55500-61.2009.5.03.0023. Publicado em 8 de Julho de 2011 às 09h20”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

¹⁰⁴⁴ Al respecto: “(...) A audiência, que ocorrerá das 9h às 12h e das 14h às 18h dos dias marcados, será gravada, e os interessados em obter cópia da gravação poderão obtê-la por meio de requerimento à Secretaria de Comunicação Social (secom@tst.jus.br). Os interessados também podem requerer sua participação pelo endereço eletrônico audienciapublica@tst.jus.br até o dia 26 de agosto. A mensagem enviada deve conter os pontos que o interessado pretende defender e, se for o caso, indicar o nome de seu representante. O mesmo endereço eletrônico deve ser usado para o envio de documentos referentes à audiência pública. De acordo com o Regimento Interno, cabe ao presidente do Tribunal “decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado”. A relação dos inscritos habilitados estará disponível no portal do TST a partir de 5 de setembro. Inovação : A possibilidade de realização de audiências públicas no âmbito do TST foi aprovada em maio deste ano, quando o Pleno do Tribunal decidiu acrescentar dois incisos ao artigo 35 de seu Regimento Interno. A proposta, que partiu do ministro Dalazen, foi a de abrir o TST para a manifestação de pessoas qualificadas, credenciadas e com a necessária independência para ajudar no esclarecimento de fatos subjacentes às questões jurídico-trabalhistas. “Há fenômenos modernos que exigem um exame em profundidade, e os processos nem sempre são instruídos ou possuem a clareza adequada”, acredita o presidente do TST. Publicado em 5 de Agosto de 2011 às 09h59”. Disponível em: newsletter@iob.com.br

Presidente del TST, Oreste Dalazen. Según él, hay varias cuestiones de subcontratación que influyen las relaciones individuales y colectivas de trabajo, y los impactos económicos y sociales serios que tales decisiones judiciales causan en Brasil.

El objetivo de la audiencia pública, según decisión del TST, será aclarar cuestiones de hecho, científicas, jurídicas y no jurídicas, económicas y sociales sobre la subcontratación. Para tanto el TST escuchará a varias autoridades expertos en esta área: Carlos Lupi, Ministro del Trabajo; Luís Inácio Adams, Abogado-General de la Unión; Otavio Brito Lopes, Fiscal-General del Trabajo; Ophir Cavalcante, Presidente del Consejo Federal de la OAB; y también los inscritos como será el caso de asociaciones de las empresas contratistas, sindicatos, entre otras entidades interesadas.

Los temas discutidos serán, entre otros aspectos: si se mantiene o se cambia el criterio de no admisibilidad e ilicitud de subcontratación en la actividad propia de la empresa contratante; la subcontratación en empresas de telecomunicaciones o concesionarias de energía eléctrica (y en estos casos se incluyen principalmente en las áreas de telemarketing o call center y en la instalación, mantenimiento y reparaciones de redes y líneas telefónicas); la subcontratación en instituciones financieras y actividades bancarias, como en las áreas de promoción de ventas, recursos humanos, entre otros; y la subcontratación en empresas de tecnología de la información y comunicación y en empresas de alimentos y bebidas (como es el caso de promotores de ventas en supermercados, etc.). En otras palabras, significa decir que, dependiendo de los posicionamientos que se tome, habrá varios cambios en el tema y manejo de la subcontratación en Brasil. Procesos, que ya han sido mencionados posteriormente, similares a los cambios obtenidos en las últimas décadas en España, y que a lo mejor, sucederán en Brasil.

Infelizmente las decisiones del STF son políticas y objetivan los intereses de la Administración Pública, y poniendo en segundo plano los intereses sociales. Esta decisión de modificación del Enunciado 331 TST preocupa a una parte de la doctrina laboral, que cree que los derechos de los trabajadores serán atingidos, pues se obstaculizaría la celeridad procesal. De esta manera se puede decir que habrá un retroceso en la garantía constitucional de la celeridad procesal. Mientras que otra parte doctrinal cree que el cambio será solamente en que la JT tendrá que hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria a la Administración Pública, en los casos de no pago de los derechos de los trabajadores subcontratados, después de analizado si hubo un caso de negligencia por parte del Estado. Es decir, si éste ha actuado con

culpa u omisión al contratar y fiscalizar la contratista. Tampoco se puede dejar de mencionar que la mayor parte de displicencia ocurre por falta de fiscalización por parte del poder público.

Algunos comentarios deben ser hechos desde la perspectiva española. Lo que sí es correcto es que si la Administración Pública actúa como si fuera una empresa en España, tendrá que tener la responsabilidad prevista en el art. 42 ET. La concesión administrativa se encaja perfectamente en el art. 42 ET desde que haya el elemento configurativo de que es hecho en la propia actividad de la empresa y entrar en la responsabilidad del dicho artículo, sino entraría en el art. 1.597¹⁰⁴⁵ CCE. Otra polémica es en relación a la concretización, la responsabilidad de la que exonera la Administración Pública por los descubiertos en el pago de cuotas a la Seguridad Social de los contratistas anteriores a la subcontratación, caso estos han acreditado lo correspondiente a solvencia económica, financiera o técnica ante el órgano de contratación. La Administración, diferentemente de una empresa privada, no tiene el deber legal de comprobar la solvencia del concesionario con la Seguridad Social a través de la certificación administrativa por descubiertos, sino la contratista es que debe acreditar tal circunstancia para poder contratar con la Administración. Lo correcto es que la contratista debe comunicar, con antelación y por escrito a la Administración Pública, la celebración de los correspondientes subcontratados, su capacidad y que está en día con sus obligaciones para poder contratar con el ente público.

Para finalizar, se cita otra problemática, relacionado con la aplicación práctica, la que resulta de congeniar la responsabilidad del art. 42 ET – la responsabilidad solidaria por las obligaciones en materia salarial y de Seguridad Social – con el art. 115.5 TRLCAP, pues éste menciona que los subcontratados quedarán obligados solamente ante el contratista principal; y éste asume total responsabilidad ante la Administración.

Después de analizar las responsabilidades en la subcontratación, será visto a seguir, el punto culminante de la tesis doctoral, que es el resultado del estudio comparativo de ambas legislaciones laborales (brasileña y española) sobre subcontratación. Serán presentadas propuestas de modificación para que el tema sea más efectivo, y a la vez eficaz, en la sociedad brasileña.

¹⁰⁴⁵ El art. 1597 CCE expone: “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”.

“Es débil porque no ha dudado bastante y ha querido llegar a conclusiones.”

Miguel de Unamuno

El derecho, de una manera en general, es consecuencia de las ansias sociales de organización para conseguir los preceptos básicos de la justicia y paz social. Para que sea considerado legítimo y eficaz en la realidad de un país es necesario que surja primeramente la problemática social como principio rector de elaboración de normas jurídicas. Sin embargo, no se puede considerar una norma perfecta - aunque se espera lograr el máximo de éxito posible a la mejoría social - porque son influenciados por factores adversos y muchas veces intereses antagónicos que influyen en la producción de las leyes. Otra cuestión a ser abordada, es que con los cambios sociales se percibe la necesidad de reformas más profundas en una norma que hasta entonces parecía adecuarse a la sociedad. Lo que se debe enfatizar es la apreciable labor de las doctrinas jurídicas cuyas producciones literarias y críticas a las legislaciones, hacen que se puedan siempre mejorar y exigir tales cambios de los representantes legítimos y competentes de la población.

Después del análisis comparativo entre la legislación brasileña y española, algunos puntos merecen ser comentados. En España, las contrata y subcontratas son vistas por muchos autores como un instituto con carencias legislativas, lo que es normal visto que con el tiempo surgen nuevas adversidades que deben ser vista por los tribunales y también por el legislador. Es decir, este movimiento es fundamental para el eterno intento de búsqueda de la equidad en la sociedad, entre otras consideraciones.

Algunos temas en España, como ejemplo de la legislación del trabajador autónomo – LETA, entre otros, tienen sus méritos y deben ser analizados en Brasil, pero en esta tesis solo será observados los temas que estén estrictamente relacionados con la subcontratación de ambos países. En este sentido existen cinco propuestas a ser hechas como parámetros a cambios en la legislación laboral brasileña. A pesar de ser un estudio de derecho comparado, el cual debe ser analizado por la forma de su aplicación en el ordenamiento jurídico del país receptor, principalmente en lo que se refiere a su aplicabilidad a la realidad social y efectos repercutidos, no solamente a los trabajadores interesados como también a toda población y encuadramiento a la política y economía interna de tal país.

Igual es importante mencionar que el estudio del derecho comparado es necesario cada vez más en esta sociedad globalizada. Aunque no se puede decir que tal análisis comparativo sea estrictamente esencial o fundamental para uso y aplicación e sus métodos y técnicas dentro del derecho nacional, en este caso nos referimos a Brasil. Pues hay especialidades y particularidades sociales que muchas veces deban ser aplicadas reglas condecetes con la realidad de una nación. Serian de gran aporte, si en su caso fuera utilizado por el ordenamiento jurídico laboral de Brasil, para el intento de disminuir la precariedad de los derechos de los trabajadores que se presenta en el cotidiano laboral brasileño; y son las siguientes:

1. Delimitación de conceptos y nomenclatura precisa en la figura de la subcontratación :

La nomenclatura “Tercerización”, tratada exhaustivamente en el primero capítulo de este trabajo, es la aparición de un tercero en la contratación, hasta este momento, bilateral; pasando a utilizar la contratista como intermediaria entre la empresa principal y la mano de obra necesaria a ésta. Como se puede percibir, la tercerización es el conocido fenómeno de la triangulación en la contratación laboral, en el cual, se denota el interés de la contratante en la desresponsabilización laboral, de Seguridad Social y tributaria con los trabajadores, y consecuentemente, una descaracterización de la personificación de la empresa principal.

La subcontratación en Brasil, es una especie de la tercerización. Se entiende que para que ocurra una subcontratación, según los autores brasileños, es necesario que haya un tercero intermediario entre la empresa principal y los trabajadores del primero. Diferente el caso español, que no siempre significa decir que haya un tercero que cumpla los requisitos de la triangulación, que a fin de cuentas eso no sería de relevancia trascendental. Más bien, y por esta razón, siguiendo al modelo español, sería adecuado la existencia de una legislación en Brasil que definiera y regulara el concepto de subcontratación, incluyendo las excepciones, caso las hayan. Se puede poner como ejemplo la legislación española de subcontratación en la área de construcción civil, en que equipara a un autónomo como contratista o subcontratista, y ni por eso deja de ser una hipótesis de subcontratación. A pesar de no hacer la triangulación mencionada en la doctrina brasileña; a no ser que tal autónomo contrate a trabajadores o a otra empresa para realizar un determinado servicio u obra.

La nomenclatura “prestación de servicios a terceros” vista en el cuarto capítulo, conceptualización ésta encontrada en la Instrucción Normativa 3/97, hace referencia al fenómeno de las contratas y subcontratas, y es la más utilizada por autores y juristas en Brasil. La problemática es que tal nomenclatura no parece ser la más adecuada, pues las demás especies de tercerización - como es el caso de la ETT, de avulso, entre otros – de alguna manera prestan servicios a un tercero, cada una con sus características y esencias contextuales básicas distintas.

Tampoco se puede olvidar que en Brasil la subcontratación solo se refiere a las prestaciones de servicios de forma estricta, mientras que en España se engloba todas, inclusive las de la propia actividad como las de actividades auxiliares. Lo que se hace constatar que lo más eficaz sería la sustitución de tal nomenclatura por una que no deje margen de dudas en la doctrina brasileña, inclusive que distinga claramente los conceptos de tercerización, empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas. Como sugerencia podría ser utilizado, a ejemplo de la legislación laboral española, la nomenclatura subcontratación de obras y servicios.

Como se puede percibir el concepto de empresa de prestación de servicios a terceros, conforme el art. 2º de la Instrucción Normativa 3/97, es de la persona jurídica de derecho privado, de naturaleza mercantil, legalmente constituida, que tiene como objetivo realizar determinado y específico servicio a otra empresa fuera del ámbito de la propia actividad empresarial. Las relaciones entre ambas empresas, contratistas y contratante, son de carácter civil o comercial, entretanto las relaciones entre la contratista y el trabajador son disciplinados según los preceptos de la CLT. En el caso de empresas de vigilancia y de transporte de valores, las relaciones de trabajo serán regidas por la Ley 7.102/83 y, subsidiariamente, por la CLT.

Otra preocupación del MTb, conforme se denota en el art. 3º de la Instrucción Normativa 3/97, es la definición de contratante que conceptualiza: como la persona física o jurídica de derecho público o privado, donde se puede notar la legitimación de su uso por institutos de la Administración Pública, que firmen contratos con empresas contratistas con el objetivo de contratar servicios. La contratista es la empresa que presta servicios a terceros y debe tener actividad distinta de la propia actividad de la empresa contratante. Válido es resaltar que ésta no puede mantener al trabajador en actividad diversa de aquella para el cual

fue contratado por la empresa contratista. Ni que ejerza el poder de dirección so pena de ser caracterizado la subordinación de los empleados de la contratista a la empresa contratante.

En las hipótesis de ser empresas del mismo grupo económico, cuya prestación de servicios ocurra junto a algunas de las que hace parte de tal grupo, el vínculo de empleo se establecerá entre la contratante y el trabajador colocado a su disposición, según las normativas de la CLT. Ésta también estipula que el contrato de prestación de servicios puede englobar la provisión de servicios, materiales y equipamientos.

Aunque sería un tema a ser analizado detalladamente y un estudio de sus repercusiones en la sociedad brasileña, válido sería llevar en cuenta, a nivel de modelo comparativo -principalmente en relación a la Seguridad Social, la cual podría ser más una alternativa para disminuir el intento de fraudes- el art. 42.1 ET. Éste deja bastante claro las prerrogativas para poder ser una contratista: deberá estar al corriente en el pago de la Seguridad Social, tener una constitución patrimonial y organización empresarial propia y toda las instalaciones necesarias para la realización del trabajo a ser contratado, tener su propio personal, remunerarles por los servicios prestados, y asumir los riesgos de la actividad laboral .

Otra normativa de relevante importancia a ser analizada -y sirviendo de ejemplo a legislación laboral brasileña a pesar de la Instrucción Normativa 3/97 que trata de algunas denominaciones, debiendo tener una legislación más detallada- es la Ley 32/2006, vista en el tercer capítulo. Ésta especifica bien los conceptos de cada figura integrante de la subcontratación, inclusive define a ésta y otros presupuestos como es el caso: obra de construcción, promotor, subcontratista, autónomo, limitación del encadenamiento de contratistas, registro de empresas acreditadas, libro de subcontrataciones, cartilla o carné profesional, negociación colectiva, las sanciones conjuntamente con la LISOS, entre otras. Esto permite elaborar una interpretación precisa de la figura conceptual de lo que debe entenderse como subcontratación y su ámbito de aplicación.

2. Redefinir el concepto de “propia actividad” y “actividad auxiliar” en la legislación brasileña:

Tema tratado en el segundo capítulo, es importante mencionar que en España, al estudiar el proceso evolutivo del concepto de propia actividad -“actividad normal” fue

sustituido por el de la “propia actividad”- tal interpretación en una primera etapa pasa a ser ampliada y la contratista puede participar de la propia actividad de la empresa. Como también es permitido el uso de la subcontratación en los servicios comunes o generales, como ejemplo: la limpieza, la vigilancia y seguridad, los servicios de comedor o de cafetería, el transporte o los servicios de envío de correspondencia y mensajería.

Diferentemente de la segunda etapa, que pasa a tener una interpretación de las actividades de la empresa que fuesen consideradas esenciales para la consecución del propio trabajo interno. Lo que significa decir que quedan al margen las actividades principales o accesorias, que no sean absolutamente indispensables no ya para el funcionamiento de la actividad normal de la empresa principal, sino para el desarrollo de su propia actividad, en cuanto garantice su finalidad productiva.

El art. 42 ET ha sido tema de discusión a lo largo del tiempo. Como éste no era considerado satisfactorio, dejando muchas veces la interpretación para las decisiones jurisprudenciales, que van cambiando con los años y, se denotan una preferencia por las causas empresariales de descentralización productiva, lo que acontece en Brasil.

Conforme el Dossier de los “últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contrata y subcontratas de obras o servicios, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresas”, se percibió el posicionamiento de este tribunal en relación a la subcontratación. Hay dos corrientes, la primera que interpreta que la propia actividad son sólo las que sean consideradas esenciales a la empresa y propias de su ciclo productivo. La segunda, actividades necesarias para el buen funcionamiento de la organización del trabajo. Todavía se percibe en España que hay discusiones doctrinarias en relación a este tema.

Una característica esencial a tomar en cuenta, es el tratamiento diverso que la legislación española y brasileña hace respecto a la actividad relativa a la subcontratación. Para la española se considera posible la subcontratación cuando está ésta dirigida a la actividad principal de la empresa. En cambio para la brasileña, la subcontratación sólo es posible si la actividad es accesoria y no principal. Esto supone una dimensión opuesta de la concepción de la subcontratación, lo cual obedece a las políticas laborales y economías de cada país.

Por tanto, proponer la aplicación de la subcontratación en Brasil respecto de la actividad principal, supondría, infelizmente, la multiplicación de empresas de subcontratación

con el único fin de evadir la responsabilidad empresarial y la consecuente precarización del trabajo. No obstante, la reformulación del concepto de actividad accesoria es necesaria, con el objeto de encuadrar la figura de la subcontratación, llevado en cuenta que ésta debe ser analizada al objeto social de la empresas para constatar realmente si se trata de una actividad principal o accesoria. De esta forma, sería un paso importante hacia un tratamiento más justo a la realidad social, en virtud, que la definición actual es insuficiente, y se percibe que las empresas utilizan la subcontratación en actividades que deberían considerarse principales y no accesorias como lo quieren hacer ver.

3. Incluir la responsabilidad solidaria y subsidiaria en la legislación brasileña en materia de subcontratación:

Como ha sido visto, en Brasil no hay una legislación específica sobre la responsabilidad en la subcontratación. Básicamente se observa al Enunciado 331 TST, en el cual se define como regla general la responsabilidad subsidiaria entre la empresa contratante y la contratista. Solo sería caso de responsabilidad solidaria, conforme menciona la CLT, en las hipótesis de cesión ilegal de mano de obra y de grupo de empresas.

Mientras que la legislación española prevé la responsabilidades subsidiaria, según el art. 42.1 ET, en los casos que la empresa principal es responsable subsidiariamente por las cuotas de la Seguridad Social, que la empresa contratista no haya pagado en el momento de suscribir el encargo de la obra o servicio como contratante o subcontratante; excluyendo de tal responsabilidad las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

La previsión española de responsabilidad solidaria, según el art. 42.2 ET, menciona que el contratante es responsable por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista y subcontratista con sus trabajadores. Obligación que tiene después hasta un año del término del contrato. Igualmente será responsable solidariamente en las obligaciones referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. No hace parte de tal responsabilidad en los casos de valores extrasalariales.

Se excluye el deber de comprobación, de información y la responsabilidad, según el art. 42.2 ET, solamente en las hipótesis de que la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción acordado por un cabeza de familia en relación a su vivienda,

como también si un propietario de obra o industria no contrate la realización del servicio. Es decir, no habrá responsabilidad siempre que el contratante no tenga la calidad de empresario.

En resumen, en Brasil también debería ser aplicada la responsabilidad solidaria en los casos de subcontrataciones lícitas, como está dispuesto en la legislación laboral española. Y no solamente en las subcontrataciones que son demostradas judicialmente como ilícitas. Pero, al parecer, infelizmente, se percibe justamente el movimiento contrario: el TST ha modificado el Enunciado 331 TST, en el cual la Administración Pública solo será considerada responsable subsidiaria después de que conseguido probar su culpa u omisión en la subcontratación, dejando de ser aplicada, entonces, la responsabilidad objetiva que tiene el Estado.

4. Mejoras legislativas en el deber de información, comprobación y fiscalización laboral:

Tema estudiado en el cuarto capítulo, la Instrucción Normativa 3/97 también trata del horario de trabajo, cuya fiscalización de la jornada debe ser hecha en el local de la prestación del servicio. Caso en que el trabajador ejerza su función en el exterior, este control debe permanecer en la empresa contratante. Las actividades del trabajador igualmente deben ser vigiladas. El fiscalizador laboral debe observar las labores del empleado de la contratista con el objetivo de constatar que tal servicio no es del tipo de la actividad principal de la contratante.

El objeto del contrato social entre ambas empresas es un punto a ser observado por los fiscalizadores -sobre todo el de la contratista-, con la intención de conferir si las mismas proponen explorar la misma actividad. El contrato de prestación de servicios debe ser verificado para ver si existe compatibilidad entre el objeto del contrato de prestación de servicios y las tareas desarrolladas por los empleados de la contratista, con el objetivo de constatar si ocurre algún tipo de desvío de la función del trabajador, so pena de penalización de la contratante y demandado el reconocimiento del vínculo de empleo entre ésta y el trabajador de la contratista.

Es importante verificar si el contratista está al corriente de las cuotas de la Seguridad Social, este es el deber de comprobación. En relación a éste, la empresa principal tiene el deber de demostrar que sus contratistas y subcontratistas están al corriente con los pagos de las cuotas de la Seguridad Social, presentado el escrito, conforme art. 42.1 ET, que contendrá:

identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual deberá librar tal certificación en el plazo de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Una vez terminado este plazo, la empresa solicitante será exonerada de la responsabilidad subsidiaria por las supuestas, en los casos que haya, deudas pasadas de la contratista.

En lo que respecta al deber de información del contratista y del contratante para con los trabajadores de ambos, estos deben conocer los aspectos esenciales de su contrato y sobre el centro de trabajo en que prestaran sus servicios. Los trabajadores de la contratista deberán tener por escrito toda la información necesaria sobre la empresa contratista, inclusive también es deber de la contratista dar los datos de la contratante a la Tesorería General de la Seguridad Social.

El art. 42.4 ET, también expresa el deber de la empresa contratista o subcontratista de informar a los representantes legales de sus trabajadores, acerca de los datos de identificación de la contratista o subcontratista, el objeto, duración y lugar de la contrata, el número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal, y también las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. En el caso que la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera necesita tener un libro de registro, en el cual conste la información anterior respecto de todas las empresas citadas, debiendo tal libro estar a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

La Ley 32/2006 determina que las empresas tenga más responsabilidad al exigir una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y para reforzar tales garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de su cuadro de personal.

Es importante mantener los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante sistemas de documentos y de participación de los trabajadores de las distintas empresas que participan en la obra.

Como se puede constatar, la legislación brasileña regula de forma imprecisa las obligaciones de información en una simple Instrucción Normativa del MTb. Lo que no permite

un adecuado conocimiento de las acciones y efectos de las subcontrataciones, para los trabajadores, las empresas y las autoridades del trabajo.

5. Delimitación del encadenamiento de contratas y subcontratas:

La preocupación de la Ley 32/2006 es la disminución de los riesgos laborales en el sector de la construcción, en el cual se observa la constante siniestralidad laboral. Menciona la ley que el fenómeno de las contratas y subcontratas no pueden ser frenado debido a la coyuntura de la economía globalizada y que mejor será, un control por parte del gobierno para una adaptación de las exigencias actuales y para que no ocurra un colapso en la economía interna del país, y por consecuencia, en las tasas de empleo.

A este respecto, la Ley 32/2006 introduce en España un elemento novedoso a la figura de la subcontratación, al constituir límites en sus diversos niveles; con ello, se establece por primera vez una restricción al encadenamiento ilimitado de contratas y subcontratas, proporcionando al sistema laboral y a los propios trabajadores. Una certeza y protección jurídica de la que se carecía.

Esta acción restrictiva se constituye con el objeto de evitar primeramente una subcontratación excesiva que repercuta negativamente en los índices de siniestralidad laboral, al tiempo de fortalecer los mecanismos que garanticen los derechos laborales y de seguridad social a los trabajadores, en los supuestos de subcontratación irregular. A pesar de ser una regla específica para el sector de la construcción civil, sería interesante que Brasil la adoptase en carácter general del régimen de las contratas y subcontratas, pero chocaría con el principio de la libertad de empresas. Aun así debería servir de ejemplo al Gobierno Federal brasileño para hacer la delimitación en los sectores en que haya muchos accidentes laborales, como es el caso del sector de la construcción en Brasil; visto que el derecho a vida, integridad física y salud son derechos humanos de primera generación que deben ser garantizados a todos ciudadanos.

En otras palabras, y para finalizar el estudio, el establecimiento de límites de subcontratación en algunos sectores de la legislación brasileña que se considere pertinente, constituiría un mecanismo ideal dirigido a frenar el exceso de subcontrataciones y de una tercerización desmedida. Ésta produce el efecto de precarizar los contratos en puesto de

trabajo subcontratado y diluye las garantías laborales y de Seguridad Social de los trabajadores. Y como consecuencia de la simultaneidad ilimitada de subcontratas entre empresas que no siempre cuentan con los medios necesarios para hacer frente a sus obligaciones laborales y de Seguridad Social. Haciendo de esta forma, como mínimo, una garantía necesaria a la protección de los derechos de los trabajadores.

“Tú vives siempre en tus actos. Con la punta de tus dedos
pulsas el mundo, le arrancas auroras, triunfos, colores,
alegrías: es tu música. La vida es lo que tú tocas.”

Pedro Salinas

1. Con las transformaciones económicas ocurridas a nivel mundial, ocasionadas por varios factores, fueron lentamente cambiando las reglas de las relaciones laborales y de sus derechos garantizados, influenciado por la globalización, un proceso acelerado de tal cambio en las relaciones laborales. La filosofía pregonada por ésta es la del aumento de la competencia de los productos extranjeros. Sobre todo con la apertura de las fronteras, que torna la reducción de los costes del sector productivo nacional, imprescindible para la manutención de la competitividad dentro del nuevo modelo de economía abierta, principalmente en países como Brasil. El fenómeno de la globalización surge como el liberador de barreras y de todo límite que pueda ser impuesto al mercado de capital internacional. La tendencia de sostener las proposiciones traídas por la globalización entre ellas la disminución del intervencionismo estatal, la privatización, la desreglamentación de las normas, el aumento del uso de la tercerización; temas que se refieren indirectamente al objeto de este estudio, que es la flexibilización de las normas laborales. Aunque no se puede afirmar que el alto nivel de desempleo y el crecimiento de la subcontratación sea una consecuencia de la globalización.

2. La flexibilización es vista en varios sectores, en relación a las normas laborales se percibe una tendencia a dar prioridad a la libertad de acuerdos entre las dos partes (empleado y empleador) que a la regulación minuciosa por parte de la ley. En una división didáctica, se puede decir que el contexto actual se encuentra dentro de la tercera etapa de la revolución industrial, que estimula las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones – TIC. Lo que si se espera es que los gobiernos sepan hacer con que los trabajadores, de una manera en general y no solamente los subcontratados, se adecuen a las nuevas exigencias planteadas por el mercado económico. Inclusive la sociedad global discute temas como equilibrar el poder de ambas partes, intentando dar a las dos a la vez tanto la flexibilidad y la seguridad, o como se puede decir, el nuevo movimiento de la “Flexeguridad”, aunque todavía no se ha visto hasta el momento mejoras significativas de la aplicación de tal concepto. Tampoco ningún relevante cambio con la utilización del nuevo concepto de la “Subseguridad”, que serian actitudes y

medidas correctas para realizar una buena forma de subcontratación. Al final, lo que se espera es que haya una preocupación por parte de todos que constituyan la sociedad por la búsqueda de una globalización más humanitaria.

3. Con objetivo de no tener erróneas interpretaciones acerca del tema, la nomenclatura “Tercerización” es la venida de un tercero en la contratación hasta entonces bilateral. De un lado el empleador directo y por otro el trabajador de plantilla, sustituyendo el modelo clásico de contratación directa de un empleado por el empleador. Pasando a la conocida utilización de una empresa que hace las veces de una intermediaria entre la empresa principal y la mano de obra necesaria a ésta. La tercerización es usualmente conocida como el fenómeno de la triangulación en la contratación laboral. Tampoco ésta puede ser confundida con el significado textual de sector terciario, así nombrado en España, como el sector de prestaciones de productos y servicios, como diferenciador del sector primario - agricultura y pecuaria - y del secundario, que es el de las industrias. Tampoco puede ser confundida con el tercer sector, éste también es una forma de prestación de servicios, pero no una subcontratación. Más bien puede ser considerado como una alternativa de rescate de la dignidad humana sin esperar por la acción del Estado, que es un historial de filantropía y de solidaridad de un grupo específico para conseguir un fin deliberado. Igual es válido explicar que la flexibilización trae consecuencias en el sector terciario, teniendo en cuenta su crecimiento en los últimos tiempos, en el cual de alguna manera se puede hacer una referencia analítica-discursiva del mayor uso de relaciones contractuales triangularizadas y este sector.

4. La tercerización - y en este sentido se incluye la subcontratación, por ser una especie de ésta - no puede ser confundida con la llegada de un tercero a un acuerdo entre dos partes, pero que no llega a hacer necesariamente la triangulación. Varios autores confunden o mezclan los dos tipos de la entrada de un tercero en una relación ante dos partes. Por esta razón se hace necesaria una legislación que defina bien el concepto de subcontratación, incluyendo las excepciones, en caso de que las haya, de los casos en que también se considere como subcontratación. Como se puede ejemplificar en la legislación española de subcontratación en el área de construcción civil, Ley 32/2006, en que equipara a un contratista el autónomo. Se puede observar que no se haría necesariamente la triangulación tan nombrada como requisito de la subcontratación, pero encuentra su legalidad especificada en el texto legal. Lo que no significa decir que éste no pueda contratar a funcionarios o otra empresa para trabajar para él, en lo cual sería considerado tal autónomo como un contratista.

5. Tampoco se puede afirmar que las contrataciones y subcontratas son satisfactoriamente nombradas en Brasil como la prestación de servicios a tercero. Tal nomenclatura no sería la más adecuada pues podría ser confundida, como se puede verificar que muchos autores lo hacen con otros tipos de tercerización. Inclusive la prestación de servicios a tercero puede ser definición de cualquier especie de tercerización, con lo cual hay que tener cuidado con las variadas denominaciones utilizadas por la doctrina brasileña. Lo que debe quedar claro es que usualmente hay muchos autores que utilizan el concepto de tercerización como si fueran literalmente contrataciones y subcontratas, y otras tantas veces también confunden las dos con las empresas de trabajo temporal. Es interesante resaltar que la Instrucción Normativa 03/97 del Ministerio del Trabajo trata de la fiscalización del trabajo en las empresas de prestación de servicios, y en las empresas de trabajo temporal, siendo hecha una distinción clara entre ambas. A pesar de que pasado más de una década siguen varios autores haciendo confusiones al tratar de tercerizaciones, subcontrataciones y ETT's. No obstante, esta normativa es de gran utilidad para definir cuestiones de la subcontratación que hasta entonces no existía. Mientras que en el caso español, la nomenclatura subcontratación es originaria del sector de la construcción, y ya no hay problemática actualmente sobre la denominación, sino la problemática se encuentra en la definición de la propia actividad de la empresa.

6. Varios autores discuten sobre el surgimiento de la subcontratación, unos creen que fue en la época de la Segunda Guerra Mundial, cuando las empresas productoras de armas estaban sobrecargadas con la demanda. De esta manera empezaron a delegar servicios a terceros para poder atender a las expectativas del mercado. Tanto en Brasil como en España la corriente doctrinal mayoritaria cree que el fenómeno de contrataciones y subcontratas fue traído por las multinacionales en las décadas de los 50 hasta los 80, las cuales estaban preocupadas básicamente por sus negocios. Como se puede ejemplificar en la industria automovilística, la cual buscaba empresas que fabricasen las piezas mientras se encargaban en la montaje final del vehículo. Lo mismo se puede decir de las empresas de actividad de limpieza y conservación. Dentro de varias discusiones sobre las formas y procedimientos, ambos países, con el pasar de los años fueron madurando, tanto a nivel legislativo y jurisprudencial, como también a nivel doctrinario, sobre la subcontratación. Como ejemplo en el caso brasileño: la Ley 6.019/1974 en que regula el trabajo temporal, y es la primera vez que especifica la intermediación de mano de obra lícita, en los casos de interés de las empresas de carácter transitorio de sustitución de su personal regular o incremento extraordinario de servicios. La Ley 7.102/83 que regula la prestación de servicios de transporte y de seguridad patrimonial y de personas. La Ley 7.290/84 que trata de los transportes autónomos. La Ley 4.886/85 sobre

representante comercial autónomo. Y la de mayor peso, que es la Instrucción Normativa 03/97. A pesar de que, todavía – y en esto se basa esta tesis doctoral – no hay una legislación efectiva y suficiente, principalmente en lo relacionado a la precarización laboral debido a la subcontratación.

7. Otra problemática proveniente de la falta de definición clara de la tercerización y subcontratación, como también la falta de legislación más específica sobre el tema, es que genera dudas en que tipos de contratación, civil o mercantil, entre la contratante y la contratista puedan ser consideradas como instrumentos de éstas. Es decir, tanto en Brasil como en España no hay una modalidad contractual específica para la subcontratación, principalmente entre el contratante y el contratado. Inclusive puede existir un contrato privado de subcontratación al ser la Administración Pública la contratante. Tampoco se puede olvidar que una gran parte de estos contratos será de naturaleza administrativa. Aunque algunas veces se encuentran similitudes entre los tipos de contrataciones entre las partes interesadas entre Brasil y España respectivamente, como es el caso de: “empreitada” y arrendamiento de servicios; y prestación de servicios y arrendamiento de obras. Cuestiones como asistencia técnica, consorcio, concesión mercantil, franquicia, entre otros, hay divergencias doctrinales en considerarlos como un caso de subcontratación. Lo más correcto es ver en realidad cada caso en concreto. En relación a la aparcería, legalmente son bastante similares en Brasil y en España. La concepción brasileña de aparcería que está relacionada con la subcontratación, y lo mismo ocurre en España, es de sinónimo de cooperación mutua entre empresas para que el negocio sea rentable para ambas.

8. Hay dos cuestiones relevantes: en primero, la subcontratación en España es utilizada de forma genérica siempre que se encuentre dentro del dispuesto legal. Mientras que en Brasil solo es considerada como tal la prestación de servicios de mano de obra, en otras palabras, en Brasil ni todas las prestaciones de servicios son consideradas como subcontratación. Sin olvidar tampoco que uno de los requisitos de legalidad, en Brasil, es que la subcontratación sea solamente en las actividades auxiliares de la empresa contratante. En segundo, y lo que es más importante en realidad, más que tipo de contratación en sí, es ver si tal contratación fue hecha con la intuición de propiciar una cesión ilegal de trabajadores, disfrazado de franquicia o cualquier otra forma de supuesta contratación civil o mercantil. En estos casos, es completamente legítima la confirmación del vínculo laboral por la Justicia del Trabajo. En relación a los trabajadores autónomos, a pesar de que no se trata de un caso específico de tipos de contratos, es pertinente mencionarlo, dado que es un instituto bastante usado en la

subcontratación. En España, puede sencillamente hacer parte de una subcontratación, como es el ejemplo en los casos de la construcción, diferentemente de Brasil. Tema relevante el del autónomo, porque es visto cada día más el aumento de este sector en ambas sociedades, principalmente los conocidos como autónomos económicamente dependientes en España, cuestión que también debe ser analizada caso por caso. Tampoco se puede dejar de mencionar varias labores que se encuentran en la zona gris entre trabajadores o autónomos, y que también deben ser analizados cada caso en concreto para ver si es un caso de cesión ilegal de mano de obra. Como es el caso de ciertos tipos de vendedores, o los representantes comerciales autónomos, profesionales libres, agentes inmobiliarios, teletrabajo, a domicilio, entre otros.

9. Al hacer un análisis crítico de la subcontratación de modo general, se percibe que las desventajas se presentan tendencialmente para la parte trabajadora. Pues el trabajador deja de tener una tutela laboral de manera que asegure todos sus derechos sociales, o más específicamente, los de derecho laboral y de la Seguridad Social. Normalmente los salarios ofrecidos por las empresas contratistas son menores en comparación a la misma función realizada por un trabajador de plantilla, interfiriendo directamente en el valor a ser recibido de los beneficios garantizados por ley. En el caso español, es válido también mencionar que en la exposición de motivos de la Ley 32/2006 expresa los puntos negativos de la subcontratación, percibidos en la práctica laboral, en relación a los infinitos encadenamientos de las subcontrataciones, en los que se denota que se pierde el objetivo principal ora mencionado que es la especialización y calificación de los trabajadores; también se percibe que las contratistas muchas veces no dan los cursos de capacitación como debería ser para disminuir los accidentes y riesgos laborales en este sector. Como también se percibe una rotación de empleados de la contratista; ésta normalmente sólo contrata empleados cuando tiene acuerdo firmado con la contratante. Otro punto negativo presentado, igual a los mencionados en el caso de Brasil, es la mayor dificultad de representación sindical de los intereses de los trabajadores y consecuentemente una no valoración del trabajo humano digno.

10. Es pertinente mencionar a la diferenciación entre subcontrataciones lícitas e ilícitas, dado que es un tema bastante complejo, y que de alguna forma se remite a la cuestión de la definición de propia actividad y actividades auxiliares de la empresa. En Brasil, este tema es más controvertido aún que en España, pues como solo es permitida la subcontratación en la actividad auxiliar, y muchos labores actualmente se encuentran en una zona gris, donde al cierto no se sabe bien cuáles son las actividades auxiliares y cuáles son las principales. Es decir,

tal problemática es vista también en España, donde se consta que la definición de propia actividad y la amplitud que ésta acarrea no está uniforme en la doctrina del Tribunal Supremo, puede ser entendida como las actividades esenciales de la empresa principal, o ser un poco más amplia, conforme otra corriente. Lo que se percibe es que todavía no se obtuvo un consenso, a pesar de muchas discusiones de los representantes sindicales como patronales, es innegable que medidas de este carácter tiene un fondo político económico bastante determinante, en el cual dificulta la composición de reglas que al menos intenten beneficiar ambas partes.

11. Otros factores también deben ser llevados en cuenta: el poder de dirección debe tener la contratista; ésta debe estar debidamente constituida bajo los rigores de la ley y ofrecer justamente la especialidad que busca la contratante; fiscalizar a sus trabajadores como también estar en día tanto con los salarios, con la Seguridad Social y con las reglas de prevención de riesgos laborales, entre otros aspectos que serán llevados en cuenta por el juez a la hora de decidir el pleito, para constatar si realmente es legal la subcontratación, o si es un caso de pseudocontrata o de cesión ilegal propiamente dicha. En los casos que sea sentenciada como una cesión ilegal de mano de obra, en Brasil el trabajador será considerado como de plantilla de la empresa contratante. Mientras que en España, según el art. 43 ET él puede elegir en ser considerado como un trabajador de plantilla de la contratante o de la contratista, y, obviamente, si la empresa es ficticia, él será de plantilla de la contratante. También es importante especificar que dentro de las subcontrataciones lícitas en España hay una diferenciación clara de las subcontrataciones especialmente protegidas, que son las de la propia actividad de la empresa, de las subcontrataciones ordinarias (como es el ejemplo de servicio de limpieza, etc.); y que la protección cambia: en las especialmente protegidas se percibe la responsabilidad solidaria tanto a nivel salarial como en lo relacionado a la Seguridad Social, y las subcontrataciones ordinarias son regidas por el CCE, que es más limitada. Mientras que en Brasil, resumidamente, son consideradas subcontrataciones lícitas las que sigan a la legislación pertinente y Enunciados (resaltando que estos no tiene fuerza vinculante) a cerca de la vigilancia, servicios de limpieza, empreitada/subempreitada, prestación de servicios, de representante autónomo y la lista legal de la profesiones que se permite el uso de la subcontratación.

12. En relación a las cooperativas de trabajo asociado, se entienden como uno de los tipos de unión de esfuerzos de los cooperados para lograr un objetivo, tras el cual trabajando solos no tendrían el mismo éxito. Es una institución de interesante valor, resaltando que en España las

cooperativas no son tan usadas como empresas de subcontratación como ocurre en Brasil. La problemática se encuentra respecto a estos y a la subcontratación, donde muchas veces las empresas contratantes hacen acuerdos con cooperativas falsas en el cual se quiere enmascarar la vinculación de éstas con los trabajadores, titulados en este momento como cooperados. De esta manera negando la subordinación de los empleados para con la empresa principal, y haciendo que sean burlados los derechos laborales y de Seguridad Social de éstos. Y en algunos casos, más frecuentes en Brasil, se encuentran las cooperativas agrarias que son utilizadas como pseudocooperativas o también conocida como gatoperativas. Mientras que en España casi no se utiliza la cooperativa agraria para la subcontratación. En los casos que sea una cesión de mano de obra disfrazada de buena utilización de una cooperativa, se encuadrarán los trabajadores de ésta en el dispuesto del art. 43 ET. Pero si se trata de un socio cooperativista que es contratado como trabajadores, será igualmente considerado como fraude solo que se aplicará el art. 1.1 ET al revés del art. 43ET. En Brasil habrá en los casos de ilicitud de cooperativas una penalización conforme el CP brasileño. Mientras que en España, salvo que exista algún delito asociado a ésta, no habrá ningún caso tipificado en el CP español.

13. Con la flexibilidad del mercado económico, también fueron creadas las cooperativas de subcontratación empresarial. Unas de éstas organizadas por empresas y otras por sindicatos, teniendo como objetivo atender a las necesidades de reducción de costes o también de políticas de atracción de inversiones industriales. Infelizmente, se percibían que algunas cooperativas tienen características de dependencia de las contratantes, y otras que existieron mientras recibieron incentivos fiscales por parte del Estado. En relación a la autogestión, existen algunas problemáticas que tienen que ser corregidos interiormente: la forma de recibir la ganancia, pues todos deberían dividir igualmente, y no tener planes de antigüedad; y la división del trabajo, que hay cooperativas que dividen entre miembros del directorio y trabajadores; e inclusive distinción entre trabajadores cooperados subcontratados y los trabajadores de la contratante. En relación al uso de cooperativas como contratistas por parte de la Administración Pública en Brasil, hay divergencias doctrinales a favor y contra este procedimiento. Mientras que en España se admite los casos en que la cooperativa tenga completa característica de una empresa contratista no subordinada ni controlada por parte de la Administración Pública.

14. No se puede dejar de mencionar en ambos países la utilización cada vez mayor de empresas contratistas por la Administración Pública, entidades que, supuestamente, deberían dar ejemplo y combatir la proliferación del mal uso de tales empresas y la consecuente no

valoración del trabajador. Generalmente la transacción es hecha a través de contratos administrativos (el de ejecución de obras sobre todo y el de colaboración en España), concesión y permiso, y que naturalmente se encajan en el art. 42 ET en el caso español, y de igual manera, llevando en cuenta las peculiares situaciones y supuestos legales similares en Brasil, también se utiliza de estos tipos de contratos, entre otros. En Brasil, el art. 37 XXI CF/88 es bastante claro al mencionar que para la contratación de empresas contratistas debe ser utilizado el método de licitación pública, igual que ocurre en España, como forma de elección de éstas, habiendo, obviamente, sus excepciones. Tampoco existe la vinculación laboral y responsabilidad subsidiaria en Brasil, conforme el Enunciado 331 TST, en el cual el único tipo de vinculación del trabajador con la Administración Pública es cuando los funcionarios públicos sean admitidos a través de oposiciones públicas. Se discuten también cuales son los servicios públicos que no pueden ser subcontratados. En primero lugar debe ser llevado en cuenta el precepto constitucional de cada país donde especifica las actividades y tareas específicas del poder público, como es el caso de la Justicia, Fuerzas Armadas, Diplomacia, etc. Se percibe que hay tentativas en actividades específicas autorizadas, algunas fallidas y otras con éxito, de subcontratación de la educación y salud en Brasil; siendo las demás, por lógica, desde que permitidas por ley por ambos países, aplicables a la subcontratación.

15. De esta forma, se puede decir que para existir una correcta implantación y las cautelas para un adecuado uso de la subcontratación debe ser llevado en cuenta por la contratante (sea de iniciativa privada o por la Administración Pública) de ambos países, a demás de los requisitos citados en el número 11: la seriedad, organización y competencia de la empresa contratista (sea igualmente en los casos para autónomos y cooperativas), tanto a nivel jurídico-legal con el poder público como también en relación a sus empleados; que estos sepan para quien van a prestar servicios, que los representantes legales de estos tengan igualmente la misma información; más relacionado con el caso español, que tengan auxilio representativo en los casos que los trabajadores subcontratados compartan el mismo centro de trabajadores con los de plantilla de la contratante y que los primeros no tengan ; y que ambos representantes de los trabajadores de la contratista y de la contratante puedan, -al tratarse de que estos compartan el mismo centro de trabajo- trabajar juntos en lo relacionado a la ejecución de los trabajos que serán realizados.

16. Al tratar de ventajas y desventajas, una de las finalidades de la utilización de contratistas y subcontratistas al contrario de tener trabajadores es la no responsabilización laboral y de Seguridad Social para con sus empleados, siendo más fácil la despersonificación jurídica para

evitar futuros problemas procesales y de demanda en los tribunales. Otra razón presentada por las contratantes, dentro de las ventajas, es que éstas consideran más rentables hacer una subcontratación de empresa que pagar los costes directos de un empleado – como es el caso del 13º salario, vacaciones, FGTS y el RSR – prefiriendo pasarlos a un valor fijo predeterminado entre las empresas principal y contratista. Otras ventajas apuntadas son: focalizar en su actividad principal, mayor poder de transaccionar con el capital de la empresa, etc. Aunque en general se apunten ventajas en la contratación, pueden también, dependiendo de cada caso, haber desventajas, como es el ejemplo de que la calidad, eficiencia o agilidad en la fabricación en los productos no sea la esperada, siendo preferible regresar al modelo tradicional de relación de trabajo, etc. Lo que significa decir que éstas deben hacer un estudio logístico previo para ver la necesidad y en qué área se debe subcontratar.

17. En lo que se refiere a los derechos constitucionales brasileños pertinentes al tema del presente estudio, el objetivo a ser logrado por el Gobierno Federal brasileño debe ser el equilibrio entre la calidad de empleo y los derechos laborales específicos y no específicos y la libertad de empresa al libre mercado. Deben ser garantizados ambos intereses antagónicos por el poder público, una vez que él, a través de la CF/88, todo el tiempo, trata de la importancia de ambas partes. Como se puede conferir en algunos de los varios preceptos constitucionales mencionados en esta tesis: Para iniciar, es válido mencionar el art. 1º II III y IV CF/88, al tratar de los fundamentos del Estado Democrático Brasileño que se está basado en la ciudadanía, en la dignidad de la persona humana, y expresa la importancia tanto de los valores sociales del trabajo como de la libre iniciativa de las empresas. Resaltando estos, el art. 170 CF/88, al mencionar los principios generales de la actividad económica, expresa que ésta estará fundada en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa. En la legislación española se observa que el art. 35.1 CE trata del deber de trabajar y del derecho al trabajo de todos los ciudadanos españoles, en el cual se percibe el principio de la igualdad entre trabajadores; mientras que el art. 38 CE reconoce la libertad de la empresa al libre mercado. Es importante enfatizar que el art. 7º CE trata de los sindicatos de los trabajadores y de las asociaciones empresariales, en el cual estos deben contribuir para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les incuben.

18. La humanización del trabajo pasa de manera lenta a ser cambiado por la valoración del trabajo realizado, dejando carencias y lagunas en el ser humano que realiza las labores. Conceptos como la dignidad humana, calidad de vida y bienestar social, solidaridad, igualdad, entre otros derechos humanos se encuentran seriamente puestos en riesgo con el uso

desenfrenado, irreglamentado y sin límites de las contrata y subcontratas; utilizadas por las empresas y estas justificándose en la globalización y en las exigencias del libre mercado para poder competir en mismas condiciones de igualdad con otras empresas. Unas de las consecuencias percibidas por la subcontratación son: la disminución de la remuneración de los trabajadores y estos no están, muchas veces, con la preparación técnica debida para realizar la obra o tarea exigida por la contratante. Generando mayores riesgos y accidentes laborales y debilitación sindical como organismo de defensa de los derechos laborales de los trabajadores de las contrata y subcontratas. Dificultades también vistas por estos, porque las empresas contratistas crecen y son formadas por pequeñas cantidades de empleados, consecuentemente no hay un control más efectivo de los sindicatos como sucedía antiguamente en las grandes fábricas, donde había una mayor concentración de trabajadores al servicio de una única empresa. Incluso una de las grandes preocupaciones es el surgimiento de varias representaciones sindicales con poco poder de negociación y defensa de los derechos de los trabajadores.

19. La función social del trabajo también es la de inserción social del ciudadano en la propia sociedad del mercado. Antes las vinculaciones personales eran hechas a través de los derechos y responsabilidades desarrollados entre los miembros de una comunidad moral, pasando a ser sustituido por el vínculo de las actividades productivas, por el trabajo para el mercado económico. Y debido a esta fuerte importancia del trabajo en la vida social es obligación del Estado garantizar, como forma de equilibrar los intereses opuestos de las partes, y hacer valer por los demás individuos sociales los derechos laborales específicos. Los artículos que se refieren específicamente a los derechos del trabajador consagrados en el texto constitucional, básicamente los art. 6º al 11 CF/88, teniendo también los relativos derechos garantizados en España. Como también los inespecíficos, que no son específicamente laborales pero que tienen una dimensión o contenido laboral sobrevenido, como sería el ejemplo del derecho de igualdad y no discriminación, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la educación, el derecho a una vida digna, a una salud pública de calidad, entre otros que, algunos de forma directa, otros de forma indirecta, se ven afectados por el mal uso de las contrata y subcontratas en Brasil.

20. Otros preceptos constitucionales son importantes, serán citados, resumidamente de lo que se fue tratado en el segundo capítulo, algunos en la CF/88 y otros en la CE, resaltando que ambas constituciones tienen similitudes en los temas a ser tratados: El art. 3º CF/88 expresa la preocupación de construir una sociedad libre, justa y solidaria, erradicando la pobreza y

marginalización, en el cual el medio más eficaz es a través de la educación y de políticas de empleos para que todos tengan igualdad de oportunidades. El art. 4º II CF/88 menciona claramente la prevalencia de los derechos humanos en cualquier tipo de relación, igualmente es garantizado en relación a las cuestiones internas, siendo el de enfoque de estudio el art. 5º CF/88 y en lo que dice respecto los derechos laborales analizados profundamente el art. 7º CF/88, como la protección contra la automatización, contra los accidentes de trabajo, la prohibición de diferencias salariales, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por motivos de sexo, edad, color o estado civil. El art. 40.2 CE trata sobre políticas españolas que garanticen la formación y readaptación profesionales; en el cual menciona la importancia de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y por la garantía de una delimitación justa de jornada laboral que permita un descanso necesario, como también las vacaciones retribuidas y la promoción de centros adecuados. Es importante mencionar el art. 41 CE que trata del deber del poder público de garantizar a los ciudadanos una Seguridad Social eficiente y que tenga un amparo al desempleo; y el art. 129.2 CE que trata de las cooperativas, esta puede ser uno de los instrumentos de utilización de las contratas y subcontratas. Para finalizar, el art. 218 CF/88 trata sobre ciencia y tecnología, en el cual el Estado promoverá e incentivará el desarrollo científico, investigación y la capacitación tecnológica, como forma de apoyar las empresas en su desarrollo en el mercado mundial.

21. Sin contar que la estabilidad del empleo en estas empresas contratistas es muy poco común, lo que se nota es una gran rotación de trabajadores, que en general son contratados dependiendo de las contrataciones y acuerdos hechos entre las empresas contratante y contratista. Como se puede observar, existe una clara desvaloración del trabajo en sí y más específicamente del trabajador. Problemática generalmente encontrada en todos los países capitalistas que están en fase de adecuación a las nuevas exigencias de la economía mundial. Lo que es verdaderamente importante es que, mediante la tendencia de liberalismo vista nuevamente en los días actuales, los gobiernos intenten regular las necesidades de las partes distintas. A pesar de que, infelizmente, se percibe una cierta tendencia al predominio de los intereses de las empresas que aspiran por la descentralización productiva. Significativo es mencionar el esfuerzo del gobierno español de editar la Ley 32/2006 con el objetivo de disminuir los accidentes laborales de los trabajadores de la construcción civil en materia de contratas y subcontratas y a darles mejores condiciones de empleo, estabilidad y seguridad en éste.

22. Uno de los factores causantes del aumento de la subcontratación es el desempleo. Cuando un país pasa por crisis o incluso por un estancamiento en su economía nacional, las empresas buscan disminuir los costos, principalmente los encargos laborales, y no al revés como apuntan muchos estudiosos del tema. Lo que se necesita, en relación a las altas tasas de desempleo de un país, es incrementar la economía interna a través de incentivos, con la capacitación del personal que empiezan con un nivel de enseñanza de primaria y secundaria. En otras palabras podemos decir que son inversiones en la educación básica y en curso de especializaciones, promocionados por el Gobierno Federal como por iniciativa privada. Como también políticas públicas de empleo eficaces, para que haya más oportunidades de las clases bajas de ingresar o de mantenerse en el mercado de trabajo. Lo que se necesita son inversiones en el sector social, incluso varios autores defienden que el sector que más sufre con el creciente uso de la subcontratación es el sector de trabajos menos especializados, como son los casos de vigilancia, limpieza y conservación. Es importante también mencionar que hay autores que critican que la precariedad laboral es debido a las subcontrataciones en sectores, como es el caso del femenino, en el cual se percibe la práctica discriminatoria.

23. Más específicamente en relación a la subcontratación y el trabajo femenino, tema bastante discutido en la doctrina brasileña, pues hay una diferencia clara entre hombres y mujeres, pero que esto no sea motivo de discriminación. En Brasil se percibe que generalmente son puestas en trabajos inferiores, y muchas en subcontrataciones. Infelizmente se percibe que si la mujer es negra o india, sufre doble discriminación. Las reglas de maternidad no deben ser consideradas más de lo debido, inclusive el derecho de cuidar del niño debería ser una elección entre la madre y el padre, y tales reglas referidas al tema ser válida para los dos, y no encontrarse en el apartado de la CLT que trate del trabajo femenino. Como también no se puede olvidar que los cargos debidos al sueldo por el periodo legal de la maternidad son pagos por la Seguridad Social, y no por la empresa. Siendo una lástima que, después de observar el avance de la sociedad y de la legislación de protección a la mujer, actualmente en el mundo sea necesario acciones positivas para intentar abolir la discriminación de género, discriminación ocurrente a mitad de la población mundial. De esta manera, el recelo de contratación de mujeres seria disminuido. Es considerado inconcebible que haya discriminación laboral: en el acceso al mercado de trabajo, en las condiciones de trabajo, o en el salario. Hay que desmitificar la clasificación de trabajos de carácter femenino y masculino, dejando que cada trabajador demuestre su capacidad en la labor, pues una mujer puede perfectamente trabajar en una contratista de servicios de vigilancia, y un hombre en una contratista de limpieza.

25. Otro punto de fundamental importancia para el desarrollo de un país es la educación. Los trabajadores, no solamente los subcontratados sino en general, deben estar preparados para las exigencias del mercado actual que tiene como característica ser cambiante. Los trabajadores polivalentes o multifacetarios y más calificados tienen mayores chances de conseguir un buen trabajo que los demás. Tampoco se puede afirmar que la escolarización garantiza un empleo si no hay un desarrollo económico adecuado en un país. Más específicamente relacionado a la subcontratación, se percibe, principalmente en Brasil donde solo se permite la subcontratación en las actividades auxiliares, que los menos capacitados recurren más a las empresas contratistas, y que generalmente ganan menos al compararlos con un trabajador de plantilla que realice la misma labor. Por tanto, para intentar corregir esta disparidad, el gobierno tiene que hacer políticas sociales para fomentar la especialización, profesionalización, perfeccionamiento y formación continua para que el trabajador siga los avances y exigencias del mercado laboral actual.

26. En el otro lado de la moneda de los principios, derechos y deberes del trabajador en la subcontratación, se encuentra el derecho de las empresas, que según el enfoque de este estudio, se resume al principio de la libertad de empresa. Ésta, derecho fundamental y garantía constitucional de personas físicas y jurídicas privadas, permite que las empresas, siguiendo las prerrogativas, límites y reglas estatales, elijan su forma de constitución, de organización interna, de dirección, de contratación (desde que no esté basada en ninguna forma de discriminación) y de actuación en el mercado económico. Caso no sea respectado el principio de la libertad de empresa, será una afronta a la libertad de competencia, de consumo o de libertad económica, siempre que no hiera a otros principios constitucionales; pues hay que ser siempre considerado el principio de la proporcionalidad y de la concordancia práctica, y la “teoría relativa” de los derechos fundamentales. La clave de la problemática en la subcontratación es que se intente conseguir un equilibrio entre el principio de la libertad de empresa y la protección de los derechos laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores subcontratados.

27. Las estructuras de representaciones son completamente distintas en ambos países: Brasil con sus cuotas obligatorias y unicidad sindical (donde los sindicatos se dividen por: categoría económica, categoría profesional y categoría profesional diferenciada); mientras que en España hay la pluracidad y autonomía sindical, inclusive puede existir representación a nivel de empresa. Como es el caso de los Delegados de Personal o Comités de Empresa. Aun así, con la

diferencia estructural sindical, fue observada una relación entre la subcontratación y la debilidad de acción sindical de la empresa. Con la desestructuración productiva y cambio de grandes empresas por empresas satélites, ha hecho con que los sindicatos perdieran su fuerza por numerosidad de trabajadores dentro de la empresa, dado que “la unión hace la fuerza”. La dificultad de representación en tantas empresas pequeñas fue uno de los motivos de la debilidad sindical. Principalmente porque muchos trabajadores son contratados después que la contratista ha acordado un negocio con la contratante, lo que ocurre una rotación alta de trabajadores en la contratista. Otra debilidad ocurre con la dificultad de defensa de sus trabajadores, pues con el encadenamiento múltiple, se hace difícil saber a quién responsabilizar los derechos de los trabajadores. O cuando, en el caso español, una contratista tenga pocos empleados que no llega a poder formar un Delegado de Personal, pudiendo auxiliarse al Comité Conjunto o incluso al Comité Intercentros.

28. Tampoco se puede dejar de mencionar que las Secciones Sindicales en España (similar situación de los sindicatos brasileños) se ven debilitadas con esta nueva estructura organizacional de la empresa, y así se debilita también la fuerza de las negociaciones colectivas y el derecho a la huelga. Lo fundamental es ver como los sindicatos se reorganizarán debido a esta nueva estructuración de fragmentación empresarial. Varias teorías, hasta entonces insuficientes, fueron propuestas: de afiliación de los subcontratados en la empresa contratante; de elección por parte del subcontratado a afiliarse en la contratante o la contratista; teorías de final de la sindicalización; sindicato propio de los subcontratados; Sesiones Sindicales conjuntas de los trabajadores de plantilla de la contratante y de los subcontratados, etc. En Brasil, dar mayor poder de actuación a los sindicatos, parece ser la alternativa rápida de menor problemática al principio. Mientras que en España, el legislador ha intentado mejorar tal problemática con la edición de los apartados 6 y 7 del art. 42 ET. Respectivamente, el primero caso está relacionado con las pequeñas contratistas que no tienen una representación legal de sus trabajadores, y que compartan el mismo centro de trabajo con la contratante, pueden presentar cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de las actividades laborales. En el segundo caso, generalmente aplicado a empresas grandes, y caso haya órgano de representación de contratista, estos podrán auxiliar con los órganos de representación de la contratante, desde que compartan de forma continua el mismo centro de trabajo. Aunque todavía se discute el rumbo que deben tomar la representación de los trabajadores subcontratados.

29. En relación al tema de prevención y riesgos laborales y subcontratación, es válido mencionar que existe una corriente que afirma que con este fenómeno disminuirá los accidentes laborales. Mientras que la corriente mayoritaria, basado en hechos concretos, creen que la probabilidad es de aumentar los accidentes y enfermedades profesionales, pero que la diferencia es que ya no están concentrados en una empresa grande, sino ha sido trasladado a varias pequeñas. Lo que da la sensación de que ha disminuido la cantidad de accidentados, pero no es la realidad. Inclusive, infelizmente, hay contratistas que no tienen el mismo control de calidad y seguridad de las contratantes, poniendo más en riesgo la salud del trabajador. El medio ambiente, y dentro de ellos, el medio ambiente laboral debe ser preservado, por el bien de todos; puesto que, no se puede olvidar que todo ser humano es parte de él. De esta manera, válido para ambos países, y siguiendo la legislación de prevención de riesgos laborales, tanto la contratista como la contratante deben: respetar la reglamentación pertinente para la prevención, como también repasar tales normas para los trabajadores y los representantes de estos; cooperación mutua de las empresas (y trabajadores autónomos, si hay), caso los trabajadores de ambas compartan el mismo lugar o centro de trabajo, como también vigilancia mutua para ver si están cumpliendo las normas de prevención; fornecer las informaciones necesarias para las partes involucradas en el labor; reconocimiento médico de admisión, despido y revisión; dar la debida importancia a la CIPA/Comité de Seguridad y Salud; facilitar el trabajo de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social; que los trabajadores tengan los cursos debidos a la prevención, principalmente porque se percibe una alta rotación de los subcontratados en la contratista; usen debidamente los aparatos necesarios y sepan las operaciones a ser hechas en casos precisos; dar a los trabajadores la protección específica para cada tipo de trabajo, y medios preventivos adicionales, principalmente en los casos de riesgos especiales, o graves y inminente; entre otros.

30. La Ley 32/2006, ya mencionada algunas veces en esta conclusión, fue una providencia importante para la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción, y consecuentemente contra la precarización laboral; a pesar de que tiene sus críticas hechas por autores españoles. Una de sus gran novedades fue la limitación del encadenamiento máximo a tres niveles, caso no haya algún motivo de caso fortuito, motivo excepcional o de fuerza mayor, entre otros, como por ejemplo: la definición de una serie de preceptos que facilita entender como debe ser hecha la subcontratación y su aplicación (como es el caso de promotor, empresa principal contratistas, empresas subcontratistas, autónomos y Unión Temporal de Empresas); deber de vigilancia de las empresas implicadas; Registro de empresas

Acreditadas; libro de subcontrataciones; cartilla o carné profesional; infracciones y sanciones; entre otros. La Ley 32/2006 también, en su exposición de motivos, expone los puntos positivos de la subcontratación- basándose que la contratación de obras y servicios es una expresión de la libertad empresarial garantizada por el art. 38 CE -y apunta como posible ventaja de la subcontratación el mayor grado de especialización y de calificación de los trabajadores. Como también afirma ser otro punto positivo el fomento a la creación de empresas en el ramo de la construcción, en el cual se generarían más puestos de trabajo.

31. En relación a los procedimientos de vigilancia y control es válido citar a la función de la Fiscalía Pública del Trabajo en Brasil que es- además de demandar judicialmente a los intereses individuales homogéneos en casos de violación de derechos fundamentales del trabajador, y también en los casos de defensa de interés colectivo relacionados a violación de los derechos sociales constitucionales- la de instaurar una investigación civil -que podrá ser hecha por la fiscalización laboral, sindicatos o particulares- y tentará por vía amigable solucionar el problema, pues él no tiene el poder de declarar la vinculación laboral en los casos de cesión de mano de obra, ni tampoco impetrar una acción civil pública para arreglar esos casos. No arreglando por vía amigable, la Fiscalía hará una demanda a la JT. Pues la función de solucionar los litigios es del órgano judicial, cabe a éste declarar la sentencia justa, siempre observando cada caso en concreto.

32. Otra función de fundamental importancia es la de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las organizaciones sindicales, pues, uno de los objetivos principales de la primera es la de prevención de riesgos laborales. Al principio tiene carácter pedagógico, y caso no sea acatado sus recomendaciones, utiliza de su carácter punitivo, que básicamente son las multas. En resumen, toda la maquina estatal de vigilancia y control de la justicia en temas laborales trabajan juntas para erradicar los posibles casos de ilegalidades y precarización laboral. También ha sido comentado sobre la legislación seguida por estos órganos de vigilancia y control, que básicamente es el art. 42 ET y la Instrucción Normativa 03/97 del MT brasileño, en el cual debe ser inspeccionado todo lo correcto funcionamiento tanto de la empresa contratante como la contratista. Como también que los derechos salariales, de prevención a riesgos laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores subcontratados estén correctamente efectuados, pudiendo entrar en las empresas sin previo aviso y requerir cualquier tipo de documentaciones relativas al tema, entre otras prerrogativas.

33. Es importante saber los prerequisites y formas de demandar y actuar en juicio, para que al haber una reclamación sobre la subcontratación, sean asegurados que legalmente se está luchando correctamente por ellos. En Brasil, como en España, existe el *ius postulandi*, donde el subcontratado puede demandar sin obligatoriamente tener un abogado, importante para el acceso a la justicia, aunque no es aconsejable, principalmente que en algunos casos se percibe que la parte contraria intenta hacer tardar el proceso. Tampoco se puede dejar de mencionar que la representación puede ser hecha por el sindicato. Una de las cuestiones más problemáticas es en relación a la cesión ilegal de mano de obra, cuando el verdadero empleador está disfrazado de contratante, donde claramente la competencia es del orden jurisdiccional social. Obviamente, en los demás casos que no tengan que ver con el trabajador, la jurisdicción es la común. Otra problemática es el de litisconsorcio e intervención de terceros en los casos de subcontratación, sin contar que una de las mayores dificultades en la demanda es saber a quién colocar como responsable, debido al largo encadenamiento de contratos; acordando siempre que en los casos de que las empresas hagan parte del mismo grupo de empresas, será aplicada la responsabilidad solidaria.

34. En resumen, lo más común relacionados con la subcontratación en Brasil, al principio, son: en los casos de subcontratación lícita, el litisconsorcio será facultativo y simple. Si es un caso de cesión de mano de obra, será el litisconsorcio necesario y unitario. Aunque puede ser litisconsorcios diferentes, tanto en Brasil como en España, pues dependerá de que tipo de responsabilidad será adoptada (solidaria o subsidiaria) y de la decisión proferida por el juez (unitaria o simple). Varias otras cuestiones deberán igualmente ser observadas: plazos para distintos representantes legales; declaración de rebeldía; las pruebas producidas; interposición de recurso; desistimiento de la demanda; entre otros. En relación a la intervención de terceros, cabe su uso en los casos de subcontratación en ambos países. Como es una forma de intervención espontánea y relacionada, obviamente, en el pleito, puede ser dividida en simple/adhesiva (derecho perteneciente solo al asistido) o litisconsorcial/calificada (derecho perteneciente al asistido y al asistente o solamente de éste), como es el caso de: denuncia a la lid, que es la más similar a la acción de regreso solo que pedida concomitantemente en la primera demanda; y llamamiento a la demanda, cuando por ejemplo el deudor secundario (la contratante) llama a la demanda al deudor principal (la contratista), o cuando es el caso de un grupo de empresas, para llamar todo el grupo y no solo una de ellas, etc.

35. La legislación brasileña deja a decisión jurisprudencial los casos de la responsabilidad empresarial, que generalmente es subsidiaria, conforme el Enunciado 331 TST que está en

conformidad con los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil (y desde que haya participado de la relación procesal y conste también en el título ejecutivo judicial), y caso la contratante pague la deuda de la contratista, la primera puede a través de la acción de regreso, cobrar de la segunda. Diferente al modelo español que utiliza los dos tipos de responsabilidad – solidaria y subsidiaria – a la vez y de manera muy acertada, inclusive si la contratante es la Administración Pública; ésta tendrá la responsabilidad prevista en el art. 42 ET. En el caso brasileño, la contratante tendrá una responsabilidad objetiva y directa, pues caso no lo haga la contratista ella tendrá que hacer, que no significa decir que sea una responsabilidad solidaria. La gran mayoría de los autores brasileños desaprueban la responsabilidad subsidiaria arguyendo que ésta siempre fomenta a los infinitos encadenamientos de las subcontrataciones, en el cual dificulta al trabajador demandar judicialmente a los responsables en los casos de no cumplimiento legal de las obligaciones laborales y de Seguridad Social con estos. De igual manera facilita la debilitación de los derechos laborales al denotar que existen muchos casos de empresas denominadas fantasmas, creadas única y exclusivamente para burlar la ley, como es el caso de muchas cooperativas brasileñas creadas con este objetivo, o también la gran cantidad de empresas contratistas irregulares, que se aprovechan de la gran demanda del mercado laboral debido a la situación socio-económica del país, sometiendo a los trabajadores a aceptar menores salarios y calidad en el empleo. En relación a la responsabilidad de la Administración Pública brasileña, conforme la nueva redacción del Enunciado 331 TST, solo será considerada como responsable caso probado haber conducta culposa del ente público a la hora de elección de la contratista y también al fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la contratista deudora.

36. Tratando específicamente del ordenamiento jurídico laboral brasileño, lo que ha causado la desorganización en la sociedad, y por consecuencia ineficiencia de la legislación laboral, es la falta de preparación y de adecuación de la sociedad a las nuevas exigencias del mercado mundial. Las normas laborales deben basarse en cómo se encuentra la sociedad actualmente so pena de tornarse una legislación simbólica, sin uso en la práctica por ser incompatible con la realidad social. Y lo que se encuentra en lo cotidiano es la ilegalidad y maneras buscadas por las empresas de burlar la ley, ya que ésta no está preparada para tipos diferentes de relaciones de trabajo bajo la característica de la subordinación o dependencia.

37. Todo ello hace constatar que los cambios en la legislación brasileña son necesarios, por lo que se debe analizar la sociedad actual y su coyuntura empresarial. Pues la necesidad de flexibilización es inevitable, sin embargo, tampoco puede ser vista como maléfica para la

sociedad y en especial para los trabajadores. Lo que se necesita son leyes nuevas que reglamenten más detenidamente el tema de las contrataciones y subcontratas, debiendo, como se puede observar en el punto que trata de las propuestas, determinar una nomenclatura y las demás figuras participativas de la contratación. Como también la definición de propia actividad y de las auxiliares, para terminar definitivamente con las confusiones y mezclas conceptuales de los autores. Igual en importancia - y utilizando del derecho comparado, el español en este caso, observando todas las posibilidades de aplicación y viabilidades de la norma en el contexto social brasileño – es la determinación de la responsabilidad solidaria y subsidiaria como figura en el art. 42 ET. También es importante la delimitación del uso de encadenamientos de subcontratistas en la cadena de producción de la empresa principal. Y, por fin, que sea debidamente discriminado el deber de información de la contratante y de la contratista, entre estas, entre los trabajadores de plantilla y los de la contratista, los representantes de éstos y la Seguridad Social. Debiendo, en el caso de Brasil, haber una mayor fiscalización por los representantes del poder público, y punición de las empresas que no obedecieran las reglas predeterminadas. Tal legislación es necesaria para poner en equilibrio la necesidad de fomento de las empresas y la protección de los derechos básicos de los trabajadores. Todo con el objetivo de garantizar una mejor efectividad de los derechos humanos fundamentales y asegurar el bienestar social, sin detrimento de los intereses empresariales que es maximizar los lucros y disminuir los costes; en este caso principalmente los tributarios, laborales y de Seguridad Social. Solo de esta manera se puede conseguir en realidad el tan buscado Estado de Bienestar social, y que también haya la práctica de la ciudadanía responsable y consciente por parte de todos.

“Todo lo que se ignora, se desprecia.”

Antonio Machado

AA.VV. (Coord. José Geraldo de Sousa Júnior y Roberto A. R. de Aguiar), Introdução crítica ao direito do trabalho. Série o direito achado na rua, Curso de Extensão universitária a distância, Universidade de Brasília, V. 2., Brasília, 1993.

AA.VV. (Coord. Antonio Marzal), Crisis del estado de bienestar y derecho social, J. M., Bosch Editor, Barcelona, 1997.

AA.VV. (Ed. Inmaculada Caravaca, Ricardo Méndez y Jean Revel), Globalización y territorio. Mercado de trabajo y nuevas formas de exclusión. Red iberoamericana de investigaciones sobre globalización y territorio, Universidad de Huelva, Huelva, 1998.

AA.VV. (Coord. Alain Supiot), Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

AA.VV. (Dir. Juan M. Ramírez Martínez), Curso de Derecho del Trabajo, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

AA.VV. (Coord. Jorge Ferreira), O populismo e sua história. Debate e crítica, Civilização brasileira, Rio de Janeiro, 2001.

AA.VV. (Dir. Salvador del Rey Guanter y Coord. Manuel Luque Parra), Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual, Lex Nova, Valladolid, 2001.

AA.VV. (Orgs. Ana Magnólia Mendes, Livia de Oliveira Borges e Mário César Ferreira), Trabalho em transição, saúde em risco, Universidade de Brasília, Brasília, 2002.

AA.VV. (Dir. Margarita Barañano Cid), La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas. Cuaderno de Derecho Judicial, V-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

AA.VV. (Coord. José Paulo Zeetano Chahad y Naércio A. Menezes-Filho), Mercado de trabalho no Brasil. Salário, empregado e desemprego numa era de grandes mudanças, São Paulo, LTr, 2002.

AA.VV. (Coord. Ana Maria Kirschner, Eduardo R. Gomes y Paola Cappellin), Empresa, empresarios e globalização, Relume Dumará, Rio de Janeiro, 2002.

620

AA.VV. (Dir. Abdón Pedrajas Moreno), La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

AA.VV. (Coord. José Affonso Dallegrave Neto), Direito do trabalho contemporâneo. Flexibilização e efetividade, LTr, São Paulo, 2003.

AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas), Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el "Outsourcing", Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

AA.VV. (Coord. Jesús Martínez Girón), La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negócias, M.T.A.S. (Colección Informes y Estudios), Madrid, 2003.

AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas y Coord. Ángel Luis de Val Tena), Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing, Thompson Aranzadi, Navarra, 2003.

AA.VV. (Coord. Eduardo Rojo Torrecilla), Las reformas laborales del nuevo milenio. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 2003.

AA.VV. (Coord. Domingos Sávio Zainaghi e Yone Frediani), Novos Rumos do Direito do Trabalho na América Latina, São Paulo, LTr, 2003.

AA.VV. (Coord. José-Román Flecha Andrés), Los derechos de la mujer, Kadmos, Salamanca, 2003.

AA.VV. (Coord. Carlos Augusto Junqueira Enrique e Gabriela Neves Delgado), Terceirização no direito do trabalho. Autor: Bruno Alves Rodrigues. Princípio da igualdade e sua efetiva verificação diante do processo de terceirização, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

AA.VV. (Coord. Eva María Martínez Gallego e Justo Reguero Celada), Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad, Editorial Camares, S.L., Granada, 2004.

AA.VV. (Coord. Carlos Augusto Junqueira Enrique e Gabriela Neves Delgado), Terceirização no direito do trabalho, Autor: Jorge Luiz Souto Maior. A terceirização sobre uma perspectiva humanista, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

AA.VV. (Dir. Francisco Pérez De Los Cobos Orihuel), Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

AA.VV. (Dir. Antonio V. Sempere Navarro): Comentario a las normas sobre empresas de trabajo temporal, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas), La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006.

AA.VV. (Dir. Ramón Sáez Valcárcel), Siniestralidad laboral y derecho penal, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero Royo), Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales (24^a. 2005. Islantilla, Huelva), Veinticinco años de estatuto de los trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo estatuto / XXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales: Mergablum, Sevilla, 2006.

AA.VV. (Coord. Jesús R. Mercader Uguina), La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007.

AA.VV. (Coord. Jesús R. Mercader Uguina), Contratas y subcontratas en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación

en el sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, Lex Nova, Valladolid, 2008.

AA.VV. (Dir. Antonio Vicente Sempere Navarro), La reforma laboral del 2006: análisis de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

AA.VV. (Dir. Fernando Serrano Antón), La externalización de servicios tributarios, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

AA.VV. (Coord. Fernando M. Mariño Menéndez), La aplicación del derecho Internacional de los derechos humanos en el derecho español, Universidad Carlos III de Madrid, boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009.

ABERASTURI LAUZURIKA, Fernando, Cooperativas agrarias y de explotación comunitaria, en AA.VV., Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas, Mccgraphics-evagraf, Vitoria, 2007.

ABRAMO, Laís W., Negociação coletiva e sindicatos na América Latina. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua. Vol. II. Brasília, Universidade de Brasília, 1993.

ACERETE GIL, José Basilio, Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos: asociaciones público-privadas, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

AGUILÓ CRESPI, Pere, Subcontratación en el sector de la construcción: análisis del marco normativo laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, Aspectos relevantes de la relación individual de trabajo afectados por la subcontratación de actividades: contratación, novación subjetiva (subrogación empresarial) y extinción del contrato de trabajo, Justicia Laboral N. 30, Valladolid, 2007.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, La cesión de trabajadores a través de empresas multiservicios, Relaciones Laborales Vol. 21, n. 19-20, Madrid, 2005.

ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, Percy, Descentralización productiva y cooperativas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006.

ALAS-PUMARIÑO SELA, Andrés & FERNÁNDEZ GÓMEZ, Julio A., Externalización de procesos y trabajo autónomo: los transportistas de mercancías en el sector de logística y distribución, El trabajo recobrado: una evaluación del trabajo realmente existente en España, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005.

ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil I, Edisofer S. L., Madrid, 2006.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; CAMPS RUIZ, Luis Miguel & GOERLICH PESET, José María, La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial: outsourcing, Revista de derecho social N. 23, Alicante, 2003.

ALCÁNTARA, Manuel, Sistemas políticos de América Latina. V.I, América del Sur, Tecnos, Madrid, 2003.

ALCÁNTARA, Manuel, Sistemas políticos de América Latina. V.II, México, América Central y el Caribe, Tecnos, Madrid, 2003.

ALEGRE LÓPEZ, Juan & MORENO MARTÍNEZ Antonio, Esquemas de subcontratación y prevención de riesgos laborales en la construcción / coordinación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ALEMÃO, Ivan, A Justiça do Trabalho e a Reforma do Poder Judiciário - Comentários à Emenda Constitucional Nº 45/2004, en AA.VV., Revista da Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2005.

ALEMÃO, Ivan, Centralidade do contrato de trabalho, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2001.

ALEMÃO, Ivan, Direito das coletividades e do trabalho, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2002.

ALFONSO MELLADO, Carlos L., Despido objetivo por descentralización productiva: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009), Revista de derecho social Nº 46, Alicante, 2009.

ALGAR JIMÉNEZ, Carmen, La relación laboral: una visión práctica / Carmen Algar Jiménez, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, La construcción del concepto del Derecho Administrativo español, Thomson Cívitas, Navarra, 2006.

ALLI TURRILLAS, Juan Cruz, Fundaciones y Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2010.

ALMEIDA, Edílson, Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, M^a Emília, Derecho del Trabajo, Madrid, Thomson Civitas, 2008.

ALÓS-MONER, Ramón, Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva, Cuadernos de relaciones laborales Vol. 26 n. 1, Madrid, 2008.

ALTERI, Luca & RAFFINI, Luca, Trabajadores precarios ¿ciudadanos precarios?, en AA.VV., Sistema, 197-198, Madrid, 2007.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio, Flexibilização das relações de trabalho, LTr, São Paulo, 2002.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio, Representação dos trabalhadores na empresa, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

ALVES POLONIO, Wilson, Terceirização. Aspectos legais, trabalhistas e tributários. Atlas S.A., São Paulo, 2000.

ALVES RODRIGUES, Bruno, Princípio da igualdade e sua efetiva verificação diante do processo de terceirização, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

AMARAL D. de DORNELES, Leandro do, A transformação do direito do trabalho. Da lógica da preservação à lógica da flexibilização, LTr, São Paulo, 2002.

AMEGLIO, Eduardo J., Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Madrid, 2008.

AMERICO FÜHRER, Maximilianus Claudio & ERNESTO FÜHRER, Maximiliano Roberto, Resumo de Direito do Trabalho, Coleção Resumos, 7ª Edição, Malheiros Editoras, São Paulo, 2008.

AMORIM ROBOTELLA, Luiz Carlos, O moderno direito do trabalho. Flexibilização. Terceirização. Novas tecnologias. Contratos atípicos. Participação na empresa, LTr, São Paulo, 1994.

ANTRÀS BADIA, J. M. & SIXTE GARGANTÉ, Petit, Pluralidad de empresas y siniestrabilidad laboral, La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad Laboral, Bomarzo, Albacete, 2006.

ANTUNES, Ricardo, Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho, Cortez, Campinas, 2002.

ANTUNES, Ricardo, Dimensões da precarização estrutural do trabalho, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

APARICIO PÉREZ, Juan Carlos, Necesidades de cambio en las relaciones laborales y en la protección social, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

APARICIO PÉREZ, Juan Carlos (et al.) & PEDRAJAS MORENO, Abdón (Dir.), La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar, Ponencias de las III Jornadas Universitarias Burgalesas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Burgos, marzo de 2001, Lex Nova, Valladolid, 2002.

APROBATO MACHADO, Rubens, Duas leis versus “n” direitos – leis n. 9.957/2000 e 9.958/2000, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

AQUINO JÚNIOR, Getúlio Eustáquio de & SOUZA E SILVA TORRES, Marcos, Terceirização e direito comparado, en Terceirização no direito do trabalho, Belo Horizonte, Mandamentos editora, 2004.

626

AQUINO PARREIRA XAVIER, Bruno de, A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2003.

ARAGÓN REYES, Manuel, El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

ARAUJO - JUÁREZ, José, Derecho Administrativo parte general, Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.

ARISMENDIA, Alfredo (Coord.) & CABALLERO ORTIZ, Jesús (Coord.), El derecho público a comienzos del siglo XXI, Tomo II, tercera parte Derecho Administrativo, Thomson Cívitas, Madrid, 2003.

ASAMBLEA DE MADRID, Catálogo de la biblioteca de la Asamblea de Madrid, Tomo IV, Derecho Administrativo, Asamblea de Madrid, Madrid, 2003.

ASIS de, Rafael & PALACIOS, Agustina, Derechos humanos y situaciones de dependencia, Editorial DYKINSON, S.L., 2007.

ASSUMPÇÃO MALHADAS, Julio, Jurisdição trabalhista: os créditos do empregado e a penhora dos bens do devedor em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

AUVERGNON, Philippe, Una síntesis sobre las relaciones triangulares, Temas Laborales, Sevilla, 2000.

AZAGRA SOLANO, Miguel, Las condiciones resolutorias vinculadas a la vigencia de una contrata en los contratos de trabajo indefinidos, Revista Aranzadi Doctrinal N.10, Navarra, 2009.

AZCUÉNAGA LINAZA, Luis María, Certificación en seguridad y salud de las empresas contratistas y subcontratistas, Fundación Confemetal, Madrid, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

BARAN, PAUL A., A economia política do desenvolvimento, Trad. S. Ferreira da Cunha, Zahar, Rio de Janeiro, 1985.

BARAÑANO CID, Margarita, La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna, Revista española de Derecho del Trabajo N. 94, Thompson Civitas, Madrid, 1999.

BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas, Revista española de Derecho del Trabajo, Thompson Civitas, Madrid, 2000.

BARRERA CERZAL, Juan J., Gestión empresarial de la cooperativa de trabajo asociado, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

BARROS BIAVASCHI, Magda, Direito do trabalho: um direito comprometido com a justiça. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho, Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

BARROSO LEITE, Celso, O século da aposentadoria, LTr, São Paulo, 1993.

BARROSO LEITE, Celso, O século do desemprego, LTr, São Paulo, 1994.

BARROSO LEITE, Celso, O século do lazer, LTr, São Paulo, 1995.

BASTO FERRAZ, Fernando, Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho, LTr, São Paulo, 2006.

BATISTA BRITO PEREIRA, João, Notas sobre a flexibilização do direito do trabalho, en AA.VV., Revista TST, Brasília, 2002.

BATISTA MATEUS SILVA, Homero, Como não se deve flexibilizar a lei trabalhistas, T&D, São Paulo, 2002.

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo, Comares, Granada, 2002.

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad, Estudios en el marco del debate europeo “modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Editorial Comares, Granada, 2008.

BLANQUER, David, Curso de Derecho Administrativo II. El fin y los medios, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

BECERRA LEITE, Carlos Henrique, en AA.VV., NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo, LTr, São Paulo, 2003

BECK, Ulrich, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Paidós, Barcelona, 2002.

BEGHINI FERNANDES, Mateus & MEYER PIRES FALEIRO, Teresa Cristina, As cooperativas de trabalho como mecanismo para o fomento da terceirização, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

BELSO MARTÍNEZ, José Antonio & ROVIRA JOVER, José Antonio, ¿Qué grado de intensidad y estabilidad tienen las relaciones entre PYMES que desarrollan actividades de subcontratación en la manufactura, Boletín económico. Información comercial española N. 2887, Madrid, 2006.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, La extinción del contrato del autónomo dependiente: análisis (crítico) de su regulación jurídica (y propuestas de reforma), Aranzadi social revista doctrinal N. 4, Navarra, 2008.

BELTRÁN VILLALVA, Miguel, La acción pública en el régimen democrático, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

BERMEJO VERA, José, Derecho Administrativo básico parte general, Thomson Cívitas, Navarra, 2005.

BERMÚDEZ CISNEROS, Miguel, Derecho del Trabajo, Oxford, México, 2005.

BERNARDES ROSIGNOLI, Juliana & MARTINEZ CARNEIRO ARAÚJO, Michele, Terceirização e Administração Pública, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

BERNARDI, Renato, O início da reforma do poder judiciário-I, en AA.VV., Revista da Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2005.

BICALHO DE SOUSA, Nair Heloísa, Novos sujeitos sociais: a classe trabalhadora na cena histórica contemporânea. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho, Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

BILHARINHO NAVES, Márcio, Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis, Boitempo, São Paulo, 2000.

BIRULÉS BERTRÁN, Josefina (Dir.) & VIVAS LARRUY, María Angeles, Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

BLANQUER, David, Curso de Derecho Administrativo I, Los sujetos y la actividad, teoría y práctica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BLANQUER, David, Curso de Derecho Administrativo II, El fin y los medios, teoría y práctica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BLANQUER, David, Curso de Derecho Administrativo III, El fundamento y el control, teoría y práctica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BLASCO JOVER, Carolina & BÁGUENAS DAYAS, Lorena, El lugar del trabajo en las contratas: ¿elemento del art. 42 ET o mero indicio?, Actualidad laboral N. 1, Madrid, 2006.

BLASCO PELLICER, Ángel, Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario principal em matéria de Seguridad Social, Actualidad Laboral, La Ley, Madrid, 2005.

BLAT GIMENO, Francisco, Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva, Tesis-Universidad de Valencia, Universidad de Valencia, 1989.

BOAVENTURA, José, Experiências com a terceirização, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

BOBBIO, Norberto, Igualdad y libertad, Ediciones Daidós, Barcelona, 1993.

BOIX LLUCH, Isidor, Contratas y subcontratas en la industria química, Revista de derecho social N. 33, Alicante, 2006.

BOMFIM CASSAR, Vólia, Princípio da Irrenunciabilidade e da Intransacionabilidade diante da flexibilização dos direitos trabalhistas, en AA.VV., Revista LTr, LTr, São Paulo, 2006.

BONET PÉREZ, Jordi & ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, Impunidad, derechos humanos y justicia transicional, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.

BONO, Andrea del, Call centers: estrategias de flexibilidad y nuevas experiencias laborales, El trabajo recobrado: una evaluación del trabajo realmente existente en España, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005.

BONO, Andrea del, *Telefónica: trabajo degradado en la era de la información*, Miño y Dávila, Madrid, 2002.

BORGES, Ângela, *Mercado de trabalho: Mais de uma década de precarização*, en AA.VV., *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*, Boitempo, São Paulo, 2007.

BORONAT MARTÍN, Alberto, *Las cooperativas de trabajadores: especial referencia a las cooperativas de trabajo*, en AA.VV., *Ley de cooperativas de Castilla y León. Estudios y texto*, Publicaciones Universidad Católica de Ávila, Kadmos, Salamanca, 2003.

BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Contratas y subcontratas de servicios: alcance de la responsabilidad solidaria para la Administración pública*, *Actualidad laboral* N. 9, Madrid, 2007.

BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

BORRAJO DACRUZ, Efrén (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad editorial S.A., Madrid, 1993.

BRAGA ALVES CLEMENTE, Mateus & TANURE COSTA, Tiago, *Contrato de trabalho temporário*, en AA.VV., *Terceirização no direito do trabalho*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos et al., *Sociedade e Estado em Transformação*, Unesp, São Paulo, 1999.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos & CUNILL GRAU, Nuria, *O Público não-estatal na reforma do Estado*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1999.

BUARQUE, Cristovam, *A desordem do progresso: o fim da era dos economistas e a construção do futuro*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1990.

BUENO MAGANO, Octavio, *Princípios do direito do trabalho e os avanços da tecnologia* en AA.VV., *Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion*, Saraiva, São Paulo, 2001.

CABALLER, Vicente, Gestión y contabilidad de cooperativas agrarias (Adaptada al Reglamento de 1978 y al Plan General de Contabilidad), Mundi-prensa, Madrid, 1986.

CABERO MORÁN, Enrique, El complejo panorama legislativo español: la ley estatal y las leyes autonómicas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006.

CABEZA PEREIRO, Jaime, La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza si se ampara por la Directiva 23/2001/CE: STJCE, de 24 de enero de 2002, Actualidad Laboral N. 14, Madrid, 2002.

CABRERA PÉREZ, Luis Alberto, Mujer, trabajo y sociedad (1839-1983), Fundación F. Largo Caballero (FFLC), Madrid, 2005.

CAIRÓS BARRETO, Dulce María & I. RAMOS QUINTANA, Margarita, La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley Nova, Valladolid, 2004.

CALHEIROS BOMFIM, Benedito, Temas para a reforma da legislação trabalhista, en AA.VV., Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2004.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la subcontratación en el sector de la construcción, Temas laborales N. 93, Sevilla, 2008.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, La nueva ley sobre subcontratación en el sector de la construcción, en AA.VV., Temas laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2006.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios, en AA.VV., Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Sevilla, 2000.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación, La reforma laboral de 2006: (Real decreto ley 5/2006, de 9 de junio), Lex Nova, Valladolid, 2006.

CAMPANHOLE, Adriano e LOBO CAMPANHOLE, Hilton, *Constituições do Brasil*, Atlas, São Paulo, 1999.

CANALS, Claudia, *Offshoring y deslocalización: nuevas tendencias de la economía internacional*, Servicio de Estudios de "la Caixa", Barcelona, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

CANTARD, Albor Ángel, *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros*, en AA.VV. *Documentación Laboral*, Madrid, 2007.

CAPRA, Josmar Gilberto, *Passado e presente do sistema de relações de trabalho no Brasil*, LTr, São Paulo, 2000.

CARDOSO, Irede, *Mulher e Trabalho. Discriminação e Barreira no Mercado de Trabalho*, Cortez, São Paulo, 1980.

CARLI EUZÉBIO, Marcelo & DUARTE GARCIA, Raquel, *Contrato de natureza empregatícia e contratos de natureza civil – estudo de direito comparado*, en AA.VV., *Terceirização no direito do trabalho*, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004.

CARRILLO MÁRQUEZ, Dolores, *Descentralización productiva y recargo por falta de medidas de seguridad e higiene: comentario a la STSJ Galicia de 28 de junio de 1999*, *Actualidad Laboral* Nº 46, Madrid, 1999.

CARVALHO, Amilton Bruno de, *Flexibilização X direito alternativo. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua*, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

CARVALHO ARRUZZO, André Vicente, *Aspectos relevantes do teletrabalho no ordenamneto trabalhista*, en AA.VV., *Justiça do Trabalho*, HS, São Paulo, 2005.

CARVALHO FRAGA, Ricardo, Em defesa do poder normativo. Atualidade e flexibilização. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

CASALS, Charles, Globalización, Apuntes de un proceso que está transformando nuestras vidas, Intermón Oxfam – Fundación para el tercer mundo, Barcelona, 2001.

CASANI, F.; LUQUE, M. A.; RODRIGUEZ, J. & SORIA, P., El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa, R.L., Madrid ,1998-II.

CASSESE, Antonio, Los derechos humanos en el mundo contemporáneo, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1993.

CASTELIS, Manuel, A era da informação: economia, sociedade e cultura, Volume I A sociedade em rede, Fundação Calouste Gulbenskian, Lisboa, 2002.

CASTILLO, Juan José, Contra los estragos de la subcontratación: trabajo decente, Sociología del trabajo N. 54, Madrid, 2005.

CASTILLO, Juan José, Descentralización productiva, trabajo y pequeña empresa: estudio de un caso: Paracuellos del Jarama (Madrid), Relaciones Laborales Vol. 1985 Nº 2, Madrid, 1985.

CASTILLO, Juan José & LÓPEZ CALLE, Pablo, Los obreros del Polo: una cadena de montaje en el territorio, Editorial Complutense, Madrid, 2003.

CASTILLO, Juan José & LÓPEZ CALLE, Pablo, Mujeres al final de la cadena: el entorno productivo de VW-Navarra: una cadena de montaje en el territorio, El trabajo recobrado: una evaluación del trabajo realmente existente en España, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya, Derecho Internacional de los derechos humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, Formas alternativas de contratación de trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva, Aranzadi, Pamplona, 2007.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir, A terceirização das relações laborais, LTr, São Paulo, 1996.

CAZORLA GONZÁLEZ, María José & CAZORLA GONZÁLEZ, Lourdes Yolanda, Mujer y Código Civil, en A.A. V.V., Derecho y Mujer, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2009.

CAZORLA PRIETO, Luis Maria; ALCUBILLA, Enrique Arnaldo & ROMÁN GARCÍA, Fernando, Temas de Derecho Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2000.

635

CENTRO REGIONAL “CASTILLA-LEÓN” FORMACIÓN EMPRESARIAL, COOPERATIVA Y COMUNITARIA, Cooperativas de Explotación comunitaria, Kadmos, Salamanca, 1980.

CENTRO REGIONAL “CASTILLA-LEÓN” FORMACIÓN EMPRESARIAL, COOPERATIVA Y COMUNITARIA, Cooperativas de Trabajo Asociado (Obreros de Producción o Industriales), Kadmos, Salamanca, 1981.

CERDÁ MICÓ, Alberto, La ingeniería laboral del outsourcing, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias, Agir, Rio de Janeiro, 1998.

CIDONCHA, Antonio, la libertad de empresa (serie derechos fundamentales y libertades públicas), Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2006.

COMBLIN, José, O neoliberalismo: Ideologia dominante na virada do século, Coleção Teologia e Libertação, Série VI Desafios da cultura, Vozes, Rio de Janeiro, 2001.

COMPOLA, Gina, Desestatização e Terceirização, NDI, São Paulo, 2006.

CONCE DE MENEZES, Cláudio Armando & DIAS BORGES, Leonardo, A emenda constitucional nº 45 e algumas questões a cerca da competência e do procedimento na justiça do trabalho, en AA.VV., Revista da Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2005.

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (10º, 1999, Zaragoza), Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

CONSELHO NACIONAL DO DIREITO DA MULHER, Mulher e Trabalho. A legislação e o Trabalho Feminino, CNDM, Brasília, 2002.

CÓRDOBA DEL VALLE, Enrique & MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen, El constitucionalismo y los derechos humanos en el contexto global, Arana editores, Xalapa – Veracruz, 2007.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Thomson Cívitas, Navarra, 2006.

COS EGEA, Manrique, El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional en supuestos de descentralización productiva: concepto de "empresario infractor", validez de los pactos elusivos de responsabilidad y criterios determinantes de la cuantía porcentual, Aranzadi social Revista doctrinal N. 21, Navarra, 2009.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresas en el concurso, Aspectos laborales de la ley concursal, Consejo general del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas, Relaciones Laborales Nº 1, Madrid, 1992.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, Outsourcing y relaciones laborales, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales, Relaciones Laborales Vol. 21 N. 19-20, Madrid, 2005.

CUENCA ALARCÓN, Miguel, El impacto laboral de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV. Cuadernos de Relaciones Laborales Vol. 25 N. 2, Madrid, 2007.

DANTAS DE LIMA, Rusinete, Aspectos teóricos e práticos da terceirização do trabalho rural. Cooperativas de trabalho rural, LTr, São Paulo, 1999.

DEJOURS, Christophe, A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho, Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira, Cortez-Oboré, São Paulo, 1987.

Delitos contra la igualdad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1998.

DESDENTADO BONETE, Aurelio, "El traje nuevo del emperador". Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del Trabajador Autónomo, Revista de derecho social, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2008.

DESDENTADO DAROCA, Elena, Descentralización productiva y responsabilidad del empresario principal. Una introducción crítica, Justicia Laboral Nº 36, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2008.

DIÉGUEZ, Gonzalo, Derecho del Trabajo, Marcial Pons, Madrid, 1999.

DINIZ, Maria Helena, Código civil comentado, Saraiva, São Paulo, 1996.

DOARÉ, Hélène Le, Divisão sexual e divisão internacional do trabalho: reflexões a partir das fábricas subcontratadas de montagem, en AA.VV., O sexo do trabalho, Paz e Terra, São Paulo, 1987.

DRUCK, Graça & FRANCO, Tânia, Terceirização e precarização: o binômio anti-social em indústrias, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

DURÁN LÓPEZ, Federico, Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

DURKHEIM, Émile, As regras do método sociológico, Trad.: Pietro Nasseti, Coleção a obra-prima de cada autor, Martin Claret, São Paulo, 2001.

EFING, Antônio Carlos, Prestação de Serviços. Uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), Comercio internacional y derechos humanos, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2007.

ERNANDO DESZUTA, Joe, Um direito do trabalho mínimo ou um mínimo de direito do trabalho? Bases para um novo direito do trabalho, en AA.VV., Revista da Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2005.

ERVITI ORQUÍN, Elena, Responsabilidad del promotor, contratista, subcontratista y Otros, Aranzadi, Pamplona, 2007.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo, Observatorio de la negociación colectiva, Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de CC.OO., Madrid, 2002.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo; ESTÉVEZ GONZÁLEZ, Carmen & MENÉNDEZ CALVO, Remedios, El tratamiento convencional del trabajo en régimen de contratas y subcontratas, Estudios sobre negociación y convenios colectivos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa: a propósito de la SSTs 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651-2000 y 4098-1999, Relaciones Laborales Vol. 17 n. 21, Madrid, 2001.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, Grupo de sociedades y contrato de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESTÉVEZ GONZÁLEZ, Carmen (et al.), El tratamiento convencional de la contratación temporal y del empleo, Observatorio de la negociación colectiva, Secretaría Confederal de Política Institucional, Política Social y Estudios de CC.OO., Madrid, 2002.

FARIA, José Eduardo, Os novos desafios da Justiça do Trabalho. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho, Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II. , Brasília,1993.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999.

FERNANDES DA SILVA, Paulo Renato, Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Mão-de Obra e Direito do Trabalho, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

FERNÁNDEZ, Encarnación, Igualdad y derechos humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, El régimen jurídico sobre subcontratación e intermediación laboral. Leyes 18.099 y 18.251, Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e información sociales, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Marcos & DÍAZ-FUENTES, Daniel, Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte del problema?, Temas laborales N. 102, Sevilla, 2009.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, El derecho de las contratas entre la licitud y la prevención, en AA.VV., Revista del Derecho Social N. 36, Bomarzo, Albacete, 2006.

FERNÁNDEZ-MIRANDA, Enrique (Dir.), Externalización de la gestión y la financiación del sector público en España, Pricewaterhouse Coopers, Barcelona, 2005.

FERRARI, Irany, A legislação trabalhista e o consorcio de empregadores en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

FERRAZ HAZAN, Ellen Mara, Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: Redução ou migração dos índices de acidente do trabalho e de doenças profissionais?, em AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

FERREIRA CUSTÓDIO, Antonio Joaquim, Constituição Federal interpretada pelo STF, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

FERREIRA DE CASTRO, Rubens, A terceirização no direito do trabalho, Malheiros, São Paulo, 2000.

FERREIRA PRUNES, José Luiz, Contratos Triangulares de trabalho, Juruá, Curitiba, 1993.

FERREIRA PRUNES, José Luiz, Terceirização do Trabalho, Juruá, Curitiba, 1995.

FITA ORTEGA, Fernando, El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata, Actualidad Laboral N. 12, La Ley, Madrid, 2005.

FITZPATRICK, Sean, La contratación externa en el sector público: principales aspectos económicos y directrices básicas, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006.

FREIRE PIMENTA, José Roberto & outros, Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2004.

FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca & CRUZ VILLALÓN, Jesús, Presentación – La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, Temas Laborales, Sevilla, 2000.

FUERTE LÓPEZ, Mercedes, El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FURTADO, Celso, A fantasia desfeita, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1989.

FURTADO, Celso, Formação econômica do Brasil, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 2001.

FURTADO, Celso, O Brasil pós-milagre, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1981.

GALA DURÁN, Carolina, Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2000.

GALA DURÁN, Carolina, La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España, Temas laborales N. 102, Sevilla, 2009.

GALA DURÁN, Carolina, La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

GÁMEZ OREA, Manuel, Sobre el deber de coordinación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, Actualidad Laboral, La Ley, Madrid, 2005.

GANDRA MARTINS DA SILVA FILHO, Ives, A responsabilidade solidária dos sócios ou administradores ante as dívidas trabalhistas da sociedade em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

GÁRATE CASTRO, F. Javier, Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad” (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas), Las relaciones laborales en las administraciones locales, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004.

GARCÍA ALCORTA, José, La limitación de la libertad de empresa en la competencia, Atelier, Barcelona, 2008.

GARCÍA-ATANCE, Juan Molins (Dir.), Legislación social (2006-2008): análisis crítico, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de derecho judicial IV-2008), Madrid, 2010.

GARCÍA BLASCO, Juan & AGUILAR MARTÍN, M^a Carmen, La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007, Aranzadi social Revista doctrinal N. 17, Navarra, 2009.

GARCÍA BLASCO, Juan (Dir.) & DE VAL TENA, Ángel Luis, La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo I y II, Thomson Cívitas, Madrid, 2004.

642

GARCIA DE OLIVEIRA, Breno & CAVALCANTI DE ANDRADE NEVES, Eduardo, Tópicos de direito processual afetos à terceirização, en Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004.

GARCÍA DE PAREDES, María Luz, Cesión ilegal de trabajadores: fecha de efectos de su reconocimiento, Actualidad laboral N. 7, Madrid, 2006.

GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel, Autoempleo y trabajo asociado: el trabajo en la economía social, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, Contratas y subcontratas, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N. 48, Madrid, 2004.

GARCÍA NINET, José Ignacio, Coordinación de actividades empresariales relaciones interempresariales, descentralización productiva (Contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (I), Tribunal Social Nº 96, Valencia, 1998.

GARCÍA NINET, José Ignacio, La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector, en AA.VV., Tribunal Social N. 191, CISS, Valencia, 2005.

GARCÍA ORTEGA, Jesús, Sobre la responsabilidad de las obligaciones referidas a la Seguridad Social en caso de contrata y subcontrata de obras o servicios: (a propósito de la STS de 23 de septiembre de 2008, rec. 1048/2007), Tribuna social N. 226, Valencia, 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio & R. MERCADER UGUINA, Jesús, La interesante evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas y su

conexión con los contratos temporales de obra y servicio, Editorial, Justicia Laboral N. 36, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2008.

GARCIA PIQUERAS, M., Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en materia de contrata y subcontratas de obras y servicios, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA ROMERO, María Belén & FERRANDO GARCÍA, Francisca, Consideraciones críticas sobre el acuerdo de empresa tipificado por el art. 44.4 ET, Aranzadi social N. 17, Navarra, 2003.

GARCÍA ROSS, Amador, La cesión ilegal, pasado, presente y futuro: un análisis Jurisprudencial, Aranzadi social Revista doctrinal N. 1, Navarra, 2009.

GARCÍA SAINZ, Cristina, Trabajo para el desarrollo. Aproximación a las características actuales en las regiones latinoamericanas y europeas, en AA.VV., Mujeres, globalización y derechos humanos, Instituto de la Mujer, Lavel S.A., Madrid, 2006.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, La cesión del contrato administrativo. La subcontratación, Civitas, Madrid, 2007.

GARCÍA VIÑA, Jordi, Subcontratación: reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, Tribuna Social N. 124, Valencia, 2001.

GENICOLO GARCIA, Roni, Manual de rotinas trabalhistas: problemas práticos na atuação diária, Atlas S.A., São Paulo, 2002.

GENRO, Tarso, Natureza jurídica do direito do trabalho. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

GEORGE, Susan; CHOMSKY, Noam; STIGLITZ, Joseph E; SHIVA, Vardano; BHABHA, Homi & APPIAM, Anthony, La globalización de los derechos humanos, Crítica S.L., Madrid, 2004.

GHEMAWAT, Pankaj, Redefiniendo la Globalización, La importancia de las diferencias en un mundo globalizado, Ediciones Deusto, Barcelona, 2008.

GILBERTO CAPRA, Josmar, Passado e presente do sistema de relações de trabalho no Brasil, LTr, São Paulo, 2000.

GIL Y GIL, José Luis, La información a los trabajadores y a sus representantes en la subcontratación de obras y servicios, Mes a mes social N. 72, 2002.

GIOSA, Lívio Antônio, Terceirização. Uma abordagem teórica, Pioneira, São Paulo, 2004.

GODINHO DELGADO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2002.

GODINHO GONÇALVES, Jucirema Maria, Os princípios do direito do trabalho e a transição, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

GODINO REYES, Martín, Contrata & SAGARDOY DE SIMÓN, Íñigo subcontrata de obras y servicios, la cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal, CISS, Valencia, 1998.

GOERLICH, Francisco J. & VILLAR, Antonio, Desigualdad y bienestar social: de la teoría a la práctica, Martín Impresores S. L., Madrid, 2009.

GOERLICH PESET, José María, Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores, Actualidad Laboral N. 3, Madrid, 2001.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Élson, Curso de Direito do Trabalho, Forense, Rio de Janeiro, 2002.

GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, El difícil equilibrio entre el rescate de las contratadas y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

GÓMEZ ARBÓS, Juan, La dependencia entre el promotor y el coordinador de seguridad y salud en obras de construcción y las responsabilidades derivadas de las mismas, Justicia Laboral N. 40, Valladolid, 2009.

GÓMEZ ARBÓS, Juan, Los efectos de la concesión administrativa en la contratación Temporal, Actualidad laboral N. 19, Madrid, 2007.

GONÇALVES, Reinaldo, O nó econômico. Os porquês da desorden mundial. Mestres explicam a globalização, Record, Rio de Janeiro, 2003.

GONDRA ELGEZABAL, Gotzon, Cooperativas de trabajo asociado, en AA.VV., Manual de Derehco de Sociedades Cooperativas, Mccgraphics-evagraf, Vitoria, 2007.

GONZÁLES, Ismal, Autocomposição dos conflitos individuais do trabalho, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

GONZÁLEZ LABRADA, Manuel, Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación, Revista de derecho social N. 27, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2004.

GONZÁLES MOLINA, María Dolores, La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios, Temas Laborales, Sevilla, 2000.

GONZÁLEZ RUIZ, Agustín, Mandos intermedios: adaptado al Acuerdo Estatal del Sector del Metal de las empresas que trabajan en obras de construcción, Fundación Confemetal, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ - VARAS, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo, Thomson Cívitas, Navarra, 2008.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, La tutela de los trabajadores ante la descentralización Productiva, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral, Tribuna social N. 198, Valencia, 2007.

GRACIA PELIGERO, Carmelo J. & LAGUARDIA GRACIA, Antonio, La dual posición del socio-trabajador en las cooperativas de trabajo asociado, Tecnos, Madrid, 1996.

GUIMARÃES, Lélia, Naturaza jurídica da participação nos lucros ou resultados, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

GUIMARÃES DE ANDRADE, Dárcio, Condomínio de Empregadores en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2001.

646

GUNTHER, Luiz Eduardo & NAVARRO ZORNIG, Cristina Maria, Aplicação do novo código civil ao direito do trabalho, LTr, São Paulo, 2003.

GUSMÃO, Rute, A terceirização de serviços na contra-reforma do Estado, en AA.VV., Serviço Social e Sociedade, HS, São Paulo, 2002.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, Algunos aspectos polémicos de régimen jurídico del recargo de prestaciones públicas de la seguridad social del art. 123 LGSS exigencias constitucionales de tipicidad, determinación del sujeto responsable en supuestos de descentralización productiva a través de contratas..., Aranzadi social Nº 17, Navarra, 1999.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria, Relaciones Laborales Vol. 17 N. 11, Madrid, 2001.

HAALAND MATLARY, Janne, Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo, Ediciones cristiandad S.A., Madrid, 2008.

HARDMAN, Foot & LEONARDI, Victor, História da indústria e do trabalho no Brasil, Ática, São Paulo, 1991.

HARVEY, David, Breve historia del neoliberalismo, Ediciones Akal S. A., Madrid, 2007.

HELD, David & MCGREW, Anthony, Globalización/Antiglobalización, Sobre la reconstrucción del orden mundial, Paidós, Barcelona, 2003.

HERCULANO DUARTE, Bento, Greve: ciclo histórico no Brasil en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

HERNÁNDEZ VITORIA, María José, Julio Verne, la Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación establecido en el artículo 42.1 ET, Justicia Laboral N. 30, Valladolid, 2007.

HERRAIZ MARTÍN, María Sol, De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratados, Relaciones Laborales Vol. 23, n. 11, Madrid, 2007.

HERRAIZ MARTÍN, María Sol, Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones, Tribuna social N. 167, Valencia, 2004.

HIERRO HIERRO, Francisco Javier, La compleja delimitación de la frontera entre un caso de descentralización productiva lícita, la contrata, y la cesión ilegal de trabajadores: tres supuestos de cesión ilegal, Aranzadi social Nº 2, Navarra, 2005.

HOLANDA COSTA LIMA, Denise, Terceirização na Administração Pública. As cooperativas de trabalho, Fórum, Belo Horizonte, 2007.

HOLL, Adelheid, Production subcontracting and location, FEDEA, Madrid, 2007.

HOLL, Adelheid & RAMA, Ruth, La influencia de la localización y la distancia en las pautas de subcontratación, Consejo Económico y Social, Comunidad de Madrid, Madrid, 2005.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos, Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales, Tribuna social N. 175, Valencia, 2005.

HUERTA TOCILDO, Susana, Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

HUESA VINAIXA, Rosario (Coord.), Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva: Intersección de sistemas, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2008.

HUNT, Lynn, La invención de los derechos humanos, Historia, Tusquets Editores, Barcelona, 2009.

IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, El Servicio de prevención propio y la externalización parcial de actividades: a propósito de la STS, Social, 3 de noviembre 2005, Civitas. Revista española de derecho del trabajo N. 131, Madrid, 2006.

IGLESIAS CABERO, Manuel, Despido objetivo: lo justifica la finalización de una contrata: comentario a la STS (Sala 4ª), de 16 de septiembre de 2009, Actualidad laboral N. 6, Madrid, 2010.

IRANZO, Consuelo & RICHTER, Jaqueline, Subcontratación y conflicto. El caso de la Siderurgia del Orinoco, en AA.VV. Revista Gaceta Laboral, Caracas-Venezuela, 2008.

JACQUES DE ALBUQUERQUE, Marluce, Abordagem 'caleidoscopiana' das tecnologias no processo pedagógico integrativo de formação de professores, en III COLÓQUIO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS E PRÁTICAS CURRICULARES, Paraíba: Editora Universitária, Paraíba, 2007.

JACQUES DE ALBUQUERQUE, Marluce, JACQUES FREIRE DE ALBUQUERQUE, Bruna Maria & PEREIRA BEZERRA RODRIGUES, Risocleide, A importância da História Ecológica para a educação dos cidadãos e cidadãs e futuros trabalhadores, en VI Congresso Internacional de Tecnologia na Educação, medio digital, Olinda, 2008.

JAMES, Harold, El fin de la globalización. Lecciones de la gran depresión, Turner Economía y Finanzas, Madrid, 2003.

JARAMILLO DÍAZ, Ricardo, La cultura de los derechos humanos y la construcción de sujetos sociales. Una experiencia para construir conocimiento local, Escuela Superior de Administración Pública, Subdirección Axadémoca, Facultad de Investigaciones: Derechos Humanos, Bogotá, 2006.

JIMENA QUESADA, Luis, Vigencia de los derechos humanos en España, en AA.VV., Derechos Internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos, Anthropos Editorial, Madrid, 2009, pág. 45.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, Las responsabilidades en la subcontratación de obra, Comares, Granada, 2009.

JIMENO BULNES, Mar, Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico-procesal en los supuestos de subcontratación de obras o servicios: La figura del litisconsorcio, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (14ª. 2001. Madrid), Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva / XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 13 y 14 de junio de 2001, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2002.

JUANEDA AYENSA, Emma & GONZÁLEZ MENORCA, Leonor, Compromiso organizativo en organizaciones del Tercer Sector, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, Madrid, 2007.

JUNQUEIRA HENRIQUE, Carlos Augusto & NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização no Direito do Trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

JURUENA VILLELA SOUTO, Marcos, Desestatização. Privatização, concessões e Terceirizações, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

KAMERMAN, Sheila B. & KAHN, Alfred J., La privatización y el Estado benefactor, Traducción: Maria Antonia Neira Bigorra, Serie Política y derecho, Fondo de cultura económica, México, 1993.

KEMMERICH, Clovis, Lei dos planos de benefícios da previdência social anotada, Saraiva, São Paulo, 2000.

KONDER COMPARATO, Fábio, A afirmação histórica dos direitos humanos, Saraiva, São Paulo, 2003.

LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

LACERDA CARELLI, Rodrigo de, Terceirização e intermediação de mão-de-obra, Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

LAHERA FORTEZA, Jesús, Sucesión de contratas y vigencia de los contratos de obra con la misma empresa transportista: una paradójica estabilidad precaria (SSTS 17 y 18 de junio de 2008), Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica Año. 25 N. 21, Madrid, 2009.

LANTARÓN BARQUÍN, David, Quid de la representación unitaria de los trabajadores en algunos supuestos de sucesión empresarial: cómo las nuevas realidades empresariales pueden dar cabida a viejas instituciones laborales, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Estudios financieros, Revista de trabajo y seguridad social N. 288, 2007.

LASAOSA IRIGOYEN, Elena, Cesión de trabajadores: I y II, Actualidad laboral N. 14, Madrid, 2006.

LERENA DE MISAILIDIS, Mirta, Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências, LTr, São Paulo, 2001.

LEVINE, Robert M., Pai dos pobres? O Brasil e a era Vargas, Companhia das Letras, São Paulo, 2001.

LEZAMIZ, Mikel, Descentralización productiva y cooperativas, en AA.VV., Economía Social y Cooperativismo, Lex Nova, Valladolid, 2006.

Libro de subcontratación: Ley 32/2006, de 18 de octubre, Lex Nova, Valladolid, 2007.

LIJPHART, Arend, Modelos de democracia. Desempenho e padrões de governo em 36 países, Civilização brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

LIMA, Jacob Carlos, O trabalho em cooperativas: Dilemas e perspectivas, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

LIMA TEIXEIRA FILHO, João de, Princípios da negociação colectiva en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

LIPPI, Andrea & MORISI, Máximo, Gestión y administración públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LLAMAZARES, Iván & REINARES, Fernando, Aspectos políticos y sociales de la integración europea. Colección Ciencia Política, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica, Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo, Relaciones Laborales Vol. 22, n. 2, Madrid, 2006.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica, Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios: reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio, Actualidad Laboral N. 1, Madrid, 2002.

LLANO SANCHEZ, Mónica, Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, La Ley, Madrid, 2000.

LOIS ESTÉVEZ, José, Fraude contra derecho, Civitas, Madrid, 2001.

LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, La tutela de la salud laboral en la contratación y subcontratación de obras y servicios, Documentación laboral N. 78, 2006.

LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo, Ediciones Laborum, Murcia, 2003.

LÓPEZ GANDÍA, Juan, Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo, Universitat de València, Valencia, 2006.

LÓPEZ GARCÍA, Pedro, Teletrabajo: una visión diferente, Fundación Sindical de Estudios GPS, Madrid, 2007.

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, José Manuel, La responsabilidad empresarial por contingencias comunes y profesionales, Aspectos y cuestiones actuales de seguridad social, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005.

LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, María Piedad, Presencia de trabajadores puestos a disposición en la empresa usuaria y prevención de riesgos laborales, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV., Actualidad Laboral N. 7, La ley, Madrid, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal: una perspectiva de estudio comparado, Civitas. Revista española de derecho del trabajo N. 131, Madrid, 2006.

LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, Conexión negocial y encadenamiento de contratas, Relaciones Laborales Vol. 22 n. 12, Madrid, 2006.

LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, El empleador en las organizaciones empresariales complejas, Consejo Económico y Social, Madrid, 2007.

LÓPEZ VILAS, Ramón, El subcontrato, Tecnos, Madrid, 1972.

LORA de, Pablo, Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos, Alianza editorial, S.A., Madrid, 2006.

LOUIS, Raymond, Cooperativas de mano de obra ¿en regresión o en expansión?, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.

LUNARDI, Ariovaldo, A flexibilização da legislação trabalhista e o contrato coletivo, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADCOAS, São Paulo, 2002.

LUQUE PARRA, Manuel, La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

LUQUE PARRA, Manuel, La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratatas y subcontratatas de obras y servicios, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2000.

LUQUE PARRA, Manuel, La responsabilidad empresarial en materia de seguridad social en el ámbito de las contratatas y subcontratatas de obras y servicios, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

LYRA FILHO, Roberto, Direito do capital e direito do trabalho. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

MADRID YAGÜE, Pilar & QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

MALLET, Estevão, Novas e velhas questões em torno da prescrição trabalhista en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

MANNRICH, Nelson, Comissões de conciliação prévia – principais obstáculos para a sua implantação en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

MARENSI, Voltaire, A nova lei da Previdência Complementar, Síntese, Porto Alegre, 2001.

MARÍN CORREA, José María, Cesión ilegal de trabajadores a una administración pública o contrata de servicios complementarios: adecuación de la condena a la opción del trabajador en orden a incorporarse a la plantilla de cualquiera de las dos empresas, *Actualidad Laboral* N. 25, Madrid, 2001.

MARÍN CORREA, José María, Jurisprudencia y cesión ilegal de trabajadores: nota de urgencia a propósito del RD-Ley 5/2006, *Actualidad laboral* N. 17, Madrid, 2006.

MARÍN MORAL, Isabel, La responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista en el abono de los salarios de tramitación, amparo de la Ley 45/2002: comentario a la SJS nº 4 de Sevilla, de 16 de mayo de 2003, *Aranzadi social* N. 13, Navarra, 2003.

MARINHO FALCÃO, Ismael, *A terceirização no direito do trabalho*, Edipro, São Paulo, 1996.

MAROTTA RANGEL, Vicente, *Direito e Relações internacionais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

MARQUES, H. P., *Flexibilização do direito do trabalho no Brasil*, en AA.VV., MASCARO NASCIMENTO, Amauri, *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*, Saraiva, São Paulo 2001.

MÁRQUEZ, Gustavo, *Reforming the labor market in a liberalized economy*. Centres for research in applied economics, Inter-american Development Bank, Washington, D. C., 1995.

MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

MARTÍN ARRIBAS, Juan José, *Aproximación general a la figura del outsourcing en su vertiente internacional*, en AA.VV. *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa, *El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género*, *Revista española de Derecho del Trabajo*, Thompson Civitas, Madrid, 2008.

MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo & MATEOS BEATO, Alfredo, La responsabilidad de empresas y administradores con la Seguridad Social, Aranzadi, Colección técnica. Derecho Laboral, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MARTÍN NAVARRO, José Luis (et al.), Los nuevos intermediarios en el mercado laboral de la Comunidad de Madrid, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006.

MARTÍN ORTEGA, Olga, Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional, Bosch Editor, Barcelona, 2008.

MARTÍN RAMÍREZ, María del Pilar, La sucesión empresarial en la administración pública, Actualidad Administrativa N. 36, Madrid, 2001.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín & GARCÍA MURCIA, Joaquín, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ ARGÜELLES, Santiago; QUINDÓS MORÁN, María del Pilar & RUBIERA MOROLLÓN, Fernando, Análisis de la eficiencia en el sector de los servicios avanzados a las empresas: una aplicación para el caso del Principado de Asturias, SERVILAB Laboratorio de Investigación del Sector Servicios Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2003.

MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, El trabajo autónomo en el sector de la construcción, Relaciones Laborales Vol. 23 N. 4, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, La extensión del deber de vigilancia empresarial en las contrataciones a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre (RCL 2005, 1894), reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, Aranzadi social N. 18, Navarra, 2007.

MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidad por accidente en el trabajo autónomo, Revista de derecho social, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2008.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores, Descentralización productiva y nuevas formas

organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la descentralización productiva: presente y futuro, Tribuna social Nº 184, Valencia, 2006.

MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado, Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales N. 38, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón (et al.), El Derecho del Trabajo y sus principios divergentes de los del Derecho Civil, especial examen de las obligaciones en las contratas y la sucesión de empresas, Propiedad y derecho social, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones, Fundación Confemetal, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús; ARUFE VARELA, Alberto & MARTÍN-RETORTILLO, Rosa Rodríguez, Los contrastes entre España y Alemania de la protección de seguridad social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, Actualidad Laboral N. 6, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio, La descentralización productiva en el ordenamiento de la seguridad social: contratas y subcontratas, Civitas, Revista española del derecho del trabajo Nº 96, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ MANEIRO, Begoña, Cooperativas y Administración Pública, en AA.VV., Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas, Mcgraphics-evagraf, Vitoria, 2007.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina, Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las administraciones públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las

relaciones individuales de trabajo asalariado, Relaciones laborales en las administraciones públicas, Consejo General del poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina, Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación, R.L., N. 11, Madrid, 1999.

MARTINS CATHARINO, José, Neoliberalismo e Sequela, LTr, São Paulo, 1997.

MARTINS DE SOUZA, Mauro César, A globalização e seus aspectos terceirizantes no Direito do Trabalho, en AA.VV., Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2004.

MARTINS DE SOUZA, Mauro César, Responsabilização do tomador de serviços na terceirização, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2002.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri, Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho, Saraiva, São Paulo, 2001.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, Contratas y responsabilidad a efectos de abono de intereses de demora en el pago de salarios, Actualidad laboral N. 11, Madrid, 2005.

MATOS GONÇALVES, Antônio Fabrício de, Flexibilização trabalhista, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

MATOS GONÇALVES, Antônio Fabrício de, Reestruturação produtiva, globalização e neoliberalismo: reflexos no modelo brasileiro e suas conseqüências na legislação trabalhista, en AA.VV., Direito do trabalho. Evolução, crise, perspectivas, LTr, São Paulo, 2004.

MAYO, Elton, Problemas humanos de una civilización industrial. Trad. Ana Maria Elguera, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972.

MEDEIROS PROVINCIALI, Igor Augusto de, Terceirização e mercado de trabalho brasileiro, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

MELHADO, Reginaldo, Poder e sujeição. Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação, LTr, São Paulo, 2003.

MENDES DE FREITAS, Manoel, A legislação trabalhista, o dano moral e os direitos da personalidade, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

MENEM, Carlos & DROMI, Roberto, Reforma del Estado, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

MENÉNDEZ CALVO, Remedios, Negociación colectiva y descentralización productiva, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009.

MERCADER UGUINA, Jesús R., La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida, La reforma laboral de 2006: (Real decreto ley 5/2006, de 9 de junio), Lex Nova, Valladolid, 2006.

MERCADER UGUINA, Jesús R. (Dir.) & ALAMEDA CASTILLO, María Teresa (et al.), Las relaciones laborales en el sector de la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2008.

MERCADER UGUINA, Jesús R. & DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, Comentario al RD 197/2009 de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009.

MERCADER UGUINA, Jesús R. & NIETO ROJAS, Patricia, El desarrollo reglamentario de la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción: el RD 1109/2007, de 24 de agosto, Relaciones Laborales Vol. 23 N. 21, Madrid, 2007.

MERCADER UGUINA, Jesús & NIETO ROJAS, Patricia, La ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, en AA.VV., Relaciones Laborales Vol. 23, nº 4, Año XXIII, La ley, Madrid, 2007.

MERINO SEGOVIA, Amparo, Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, Bomarzo, Albacete, 2006.

MERINO SEGOVIA, Amparo, Descentralización productiva en el complejo petroquímico Repsol-YPF y constitución de unidades transversales de negociación, Revista de derecho social Nº 32, Alicante, 2005.

MESQUITA BARROS, Casio, Os princípios do direito do trabalho e o MERCOSUR en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

MESSIAS DA SILVA, Leda Maria, Cooperativas de Trabalho: terceirização sem intermediação, LTr, São Paulo, 2005.

METZGER FELÍCIO, Alessandra & LEITE HENRIQUE, Virgínia, Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

MIKUNDA FRANCO, Emilio, Los derechos humanos como histografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a G. Radbruch, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

MIÑARRO YANINI, Margarita, La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, Madrid, 2002.

MOLERO MANGLANO, Carlos, ¿De qué depende que una contrata sea declarada ilegal?, Actualidad laboral N. 14, Madrid, 2004.

MOLERO MANGLANO, Carlos, ¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?, en AA.VV., Actualidad Laboral N. 21, La ley, Madrid, 2006.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, La descentralización productiva en la unificación de doctrina, La Ley, Madrid, 2003.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, Las relaciones interempresariales, La doctrina laboral del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de los trabajadores, en AA.VV., Relaciones Laborales Vol. 22 N. 23-24, La Ley, Madrid, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C., El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma, Ibdem, Madrid, 1997.

MOLINA NAVARRETE, C., La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones, Comares, Granada, 2000.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan, La tercera etapa de la contratación y subcontratación de obras y servicios, Relaciones Laborales. Revista de Teoría y Práctica N. 19, Madrid, 2009.

MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio, La nueva contratación laboral: los contratos temporales, el trabajo a tiempo parcial y la subcontratación de servicios, los incentivos a la contratación indefinida, Montecorvo, Madrid, 1999.

MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio, La prevención de riesgos laborales de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en las empresas usuarias, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2003.

MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio, La reforma del art. 43 de la Ley del estatuto de los trabajadores: su insuficiencia para la actuación efectiva de la inspección del trabajo y seguridad social en materia en cesión de trabajadores, Tribuna social N. 204, Valencia, 2007.

MONEREO PÉREA, José Luis, Descentralización productiva y empresa en crisis, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

MONEREO PÉREZ, José Luis, El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas (las obligaciones referidas a la Seguridad Social), R.L., Madrid, 1992-II.

MONEREO PÉREZ, José Luis, La responsabilidad laboral en los procesos de subcontratación: puntos críticos, R.L., Madrid, 1994.

MONEREO PÉREZ, José Luis, La subcontratación en el proceso de reforma laboral: especial referencia a los instrumentos de control colectivo, Aranzadi social N. 19, Navarra, 2007.

MONEREO PÉREZ, José Luis, Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009.

MONEREO PÉREZ, José Luis, Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 1997.

MONEREO PÉREZ, José Luis & ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, La "reforma" del art. 42 del E. T.: ¿se ha operado una verdadera "reforma" de envergadura en virtud de la Ley 12-2001?, Temas laborales N. 61, Sevilla, 2001.

MONEREO PÉREZ, José Luis & MOLINA NAVARRETE, C., El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma, Comares, Granada, 2002.

MONTEIRO DE BARROS, Alice, Curso de Direito do Trabalho, LTr, São Paulo, 2006.

MONTEIRO DE BARROS, Alice, Princípios do direito do trabalho como processo de integração em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

MONTERO DOMÍNGUEZ, Antonio, La responsabilidad de contratistas y subcontratistas, CISSPRAXIS, Bilbao, 2006.

MONTOYA MEDINA, David, La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas, Relaciones Laborales Vol. 22 N. 6, Madrid, 2006.

MONTOYA MEDINA, David, Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2007.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N. 48, Madrid, 2004.

MONZÓN CAMPOS, José Luis, Cooperativas de trabajo asociado: el caso valenciano, Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universidad de Valencia, Valencia, 1994.

MONZÓN CAMPOS, José Luis, Las cooperativas de trabajo asociado en literatura económica y en los hechos, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

MORALES GARCÍA, Óscar, Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral, La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral, Bomarzo, Albacete, 2006.

MORALES VÁLLEZ, Concepción Esther, La externalización productiva como causa en el despido objetivo, Tribuna social N. 179, Valencia, 2005.

MORELL OCAÑA, Luis, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, La actividad de las Administraciones Públicas. Su control administrativo y jurisdiccional, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORENO GENÉ, Josep, La circulación de trabajadores interna al grupo de empresas: efectos de la combinación de subcontratación y modificación extintiva del contrato de trabajo: comentario a la STS Social 25 jun. 2009, Tribuna social N. 230, Valencia, 2009.

MORRILAS JARILLO, María José, Las sociedades cooperativas, Iustel, Madrid, 2008.

MORRILAS JARILLO, María José & FELIÚ REY, Manuel Ignacio, Curso de cooperativas, Tecnos, Madrid, 2002.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Thomson Cívitas, Madrid, 2004.

MURADAS REIS, Daniela, Crise do Estado Social e negociação coletiva, en AA.VV., Direito do trabalho. Evolução, crise, perspectivas, LTr, São Paulo, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho, Saraiva, São Paulo, 2001.

NAVARRO, Vicente, Bienestar insuficiente, democracia incompleta. Sobre lo que no se habla en nuestro país, Anagrama, Barcelona, 2002.

NAVARRO NIETO, Federico, Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales, Bomarzo, Albacete, 2005.

NAVARRO NIETO, Federico, La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas, Actualidad laboral N. 18, Madrid, 2005.

NEBOR PÉREZ, Elena, La sucesión de contratas tras la STS 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202): un antes y un después, Aranzadi social N. 16, Navarra, 2007.

NEVES DELGADO, Gabriela, As relações de trabalho e de emprego no mundo capitalista contemporâneo, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

NEVES DELGADO, Gabriela, Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo, LTr, São Paulo, 2003.

NIEVES NIETO, Nuria de, Cooperativas de trabajo asociado: aspectos Jurídicos-Laborales, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

NORES TORRES, Luis Enrique, El trabajo en contratas. La noción de contrata de la propia actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NOZICK, Robert, Anarquía, Estado e utopía, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1994.

NUÑEZ MOLINA, Waldo & NUÑEZ MOLINA, Cledy, Curso de derechos humanos (parte general) T. I., WNM editores, Lima – Perú, 2002.

OCHOA RUIZ, Natalia, Los mecanismos convencionales de protección de los derechos en las Naciones Unidas, Civitas ediciones S.L., Madrid, 2004.

OJEDA AVILÉS, Antonio, Modalidades de Contrato de Trabajo. Comentarios a la legislación, Tecnos, Madrid, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de, Comentários às súmulas do TST, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de, Da convenção coletiva e dos conflitos coletivos em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de, Mandado de Segurança e controle jurisdicional: Mandado de Segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

OLIVEIRA BATISTA GUEDES, Néviton de, Mercado de trabalho e direito do trabalho. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

OLIVEIRA GONÇALVES, Nilton, Terceirização de mão-de-obra, LTr, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria, Terceirização na Administração Pública, LTr, São Paulo, 2001.

OLIVEIRA SANTOS, Hermelino de, Constitucionalização do Direito do Trabalho no Mercosul, LTr, São Paulo, 1998.

OLMO GASCÓN, Ana Marta, La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OLMO GASCÓN, Ana Marta, Los derechos laborales del trabajo en contratas, Editorial Comares, Granada, 2002.

ORAAÍ, Jaime & GÓMEZ ISA, Felipe, La declaración universal de derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

ORIONE GONÇALVES CORREIA, Marcus & BARÇA CORREIA, Érica Paula, Curso de Direito da Seguridade Social, Saraiva, São Paulo, 2001.

ORWELL, George, *A revolução dos bichos*, Globo, São Paulo, 2000.

OSER, Jacob & BLANCHFIELD, William C., *História do pensamento econômico*, Atlas S.A., São Paulo, 1983.

PAES DE ALMEIDA, Amador, *A terceirização no direito do trabalho: limites legais e fraude à lei, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo, LTr, 1993.

PAES DE ALMEIDA, Amador, *Os direitos trabalhistas na falência do empregador en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion*, Saraiva, São Paulo, 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2002.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos & ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del trabajo*, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos & ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del trabajo*, Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2009.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos & CABERO MORÁN, Enrique, *Todo sobre las primeras normas de reforma del mercado de trabajo*, Praxis S.A., Barcelona, 1994.

PANCOTTI, José Antônio, *A nova competência da justiça do trabalho*, en A.A.V.V., *Revista da Justiça do Trabalho*, HS, São Paulo, 2005.

PAOLI, Maria Célia, *Trabalhadores e cidadania. Experiência do mundo público na história do Brasil moderno. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua*, Universidade de Brasília, Vol. II., Brasília, 1993.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I*, Marciel Pons, Madrid, 2004.

PARAMIO PARAMIO, Alberto, *Problemática de la subcontratación en la construcción: análisis jurídico y resoluciones prácticas*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano, Derecho Administrativo, Ariel, Barcelona, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de Derecho Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PARRADO DÍEZ, Salvador, Guía para la elaboración de planes de mejora en las administraciones públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

PASCO COMÓPOLIS, Mario, Los principios del derecho del trabajo en Perú en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

PASELLO VALENTE NOVAIS, Denise, Discriminação da mulher e direito do trabalho. Da proteção à promoção da igualdade, LTr, São Paulo, 2005.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, Anexo jurisprudencial en materia de descentralización productiva, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

PASTORE, José, Como humanizar a globalização, periódico "O Estado de S. Paulo", São Paulo, en 28/01/2003.

PAULINELLI RODRIGUES NUNES, Ana Flávia; COUTO BERNARDES, Denise & GUEDES PEREIRA, Mônica, Terceirização e responsabilidade, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos editora, Belo Horizonte, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio, Dignidad humana, en AA.VV., diez claves sobre derechos humanos, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005.

PECES-BARBA, Gregorio, Educación para la ciudadanía y derechos humanos, Espasa, Madrid, 2007.

PEDRAJAS MORENO, Abdón, La cesión ilegal de trabajadores, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

PEDRAJAS MORENO, Abdón & SALA FRANCO, Tomás, Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, Comentario a la sentencia del juzgado de lo social número 7 de los de Sevilla, de 5 de Junio de 1996, y de la sentencia de la sala que le revoca análisis de un supuesto de descentralización productiva, El empleador en el derecho del trabajo, Tecnos, Madrid, 1999.

PEDROSA GONZÁLEZ, Juan, Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas, Bomarzo, Albacete, 2008.

PELLICER IBRAN, Pere & SOLÀ I SOLÀ, Joaquim, Como subcontratar, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, Madrid, 1989.

PEREIRA DA SILVA, Ciro, A terceirização responsável. Modernidade e modismo, LTr, São Paulo, 1997.

PEREIRA VIEIRA, Antonieta; PEREIRA VIEIRA, Henrique; ROCHA FURTADO, Madeline & ROCHA FURTADO, Monique Rafaella, Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática, Fórum, Belo Horizonte, 2006.

PÉREZ CAPITÁN, Luis, La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el derecho sancionador de la seguridad en el trabajo: un análisis del artículo 42.3 de la LISOS, Justicia Laboral N. 12, Valladolid, 2002.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco.... [et al.], Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, Descentralización productiva y libertad de empresa, en AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales. A propósito del posible desarrollo reglamentario del artículo 24 LPRL, Revista Actualidad Laboral, La ley, Madrid, 2003.

PÉREZ DEL RIO, Teresa, Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral, Instituto andaluz de la mujer, Sevilla, 1999.

PÉREZ GUERRERO, María Luisa & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006, Temas laborales N. 85, Sevilla, 2006.

PÉREZ GUERRERO, María Luisa & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N. 58, Madrid, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, La tercera generación de Derechos Humanos, Aranzadi, Navarra, 2006.

PERONE, Giancarlo, Direitos do trabalhador como indivíduos. Os direitos sociais em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

PESO NAVARRO, Emilio del, Manual de outsourcing informático: (análisis y contratación): modelo de contrato, Díaz de Santos, Madrid, 2003.

PILLATI, Adriano, Administração pública transparente e responsabilidade do político, Editora Forum, Belo Horizonte, 2007.

PINA MARTÍNEZ, Vicente & TORRES, Lourdes, La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Madrid, 2003.

PINHEIRO, Paulo Sérgio, Política e trabalho no Brasil, Paz e terra, Rio de Janeiro, 1977.

PINHEIRO CASTELO, Jorge, O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade. A CLT, o CDC e as repercussões do Código Civil, LTr, São Paulo, 2003.

PINTO, Marcelo, O poder directivo do empregador, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2001.

PINTO MARTINS, Sérgio, A terceirização e o direito do trabalho, São Paulo, Atlas S.A., 2007.

PINTO MARTINS, Sérgio, Cooperativas de Trabalho, Atlas S.A., São Paulo, 2003.

PINTO MARTINS, Sérgio, Direito da Seguridade Social: custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde, Atlas S.A., São Paulo, 2002.

PINTO MARTINS, Sérgio, Direito do Trabalho, Atlas S.A., São Paulo, 2002.

PINTO MARTINS, Sérgio, Os princípios do direito do trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios y el derecho del trabajo en Uruguay, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

POCHMANN, Marcio, O emprego na globalização. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu, Bomtempo, São Paulo, 2002.

POLO SÁNCHEZ, María Cristina, Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España, CES, Madrid, 1994.

PRADO, Ney, Os princípios do direito do trabalho, o protecionismo, a flexibilização ou desregulamentação, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

PROSCURCIN, Pedro, Do contrato de trabalho ao contrato de atividade, LTr, São Paulo, 2003.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, El fomento del empleo del trabajo autónomo, Revista española de Derecho del Trabajo, Thompson Civitas, Madrid, 2008.

QUINTANA PELLICER, José de, La nueva ordenación de la contratación a través de empresas de trabajo temporal: puntos críticos, Tribuna social N. 122, Valencia, 2001.

QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal a las empresas usuarias, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N. 53, Madrid, 2004.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M., La flexiseguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria de empleo, Actualidad Laboral, La Ley, Madrid, 2009.

RAMÓN MORENO FERNÁNDEZ, José; GÓMEZ URDÁÑEZ, Gracia & GALÁN GARCÍA, Agustín, Materiales para la historia de las relaciones laborales, Tecnos, Madrid, 2003.

RAMOS DÍAZ, Javier, Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial, Bomarzo, Albacete, 2007.

RAMOS ROLLÓN, Marisa, Venezuela: Rupturas y continuidades del sistema político (1999-2001), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes, STS, São Paulo, 1999.

RAMOS SOARES DE QUEIROZ, Carlos Alberto, Manual de terceirização, STS, São Paulo, 1996.

RAMOS TAVARES, André, Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo, 2002.

REIS DE SOUSA, Octavio Augusto, Nova teoria geral do direito do trabalho, LTr, São Paulo, 2002.

REY GUANTER, Salvador del, A propósito de los requisitos del artículo 42.1 Tret, y en especial sobre la propia actividad: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

REY GUANTER, Salvador del, Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstas en el artículo 42.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

REY GUANTER, Salvador del & GALA DURÁN, Carolina, Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia, Relaciones Laborales Vol. 16, Madrid, 2000.

REY GUANTER, S. del & LUQUE PARRA, M., Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral, Relaciones Laborales N. 20, Madrid, 1999.

REY GUANTER, S. del & LUQUE PARRA, M., Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual, Lex Nova, Valladolid, 2001.

REZEK, J. F., Direito Internacional Público: curso elementar, Saraiva, São Paulo, 1998.

RIBAS BONET, María Antonia, Mujer y trabajo en la economía social, Consejo Económico y Social colección estudios, Madrid, 2005.

RIBEIRO BASTOS, Celso, Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos, São Paulo, 2002.

RIBEIRO DE CAMPOS, José, A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora de serviços, Thomson, São Paulo, 2006.

RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio, Ação civil pública e tutela do trabalhador (prisma constitucional), en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

RIEDEL DE FIGUEIREDO, Sid. H, O poder normativo da Justiça do Trabalho. Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Série o direito achado na rua, Universidade de Brasília, Vol. II, Brasília, 1993.

RIFKIN, Jeremy, El fin del trabajo y las ONGs, en Empleo y tiempo de trabajo: el reto de fin de siglo, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Argia Servicios Gráficos S. A., Bilbao, 1997.

672

RIPOLL CARULLA, Santiago, El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2007.

RIVAS VALLEJO, Pilar, La subcontratación de obras y servicios con trabajadores autónomos económicamente dependientes, Actualidad Laboral N. 4, La Ley, Madrid, 2009.

RIVERO LAMAS, Juan, La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

ROBOTELA, L. C. A., A flexibilização do direito do trabalho, crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado, LTr, São Paulo, pág. 132.

RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, Jaime, El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas adaptado a la ley 5/2006 de 10 de Abril, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ - BEREÍJO LEÓN, María, La responsabilidad tributaria en la contratación y subcontratación de obras y servicios, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, Descentralización productiva y derecho del trabajador a permanecer en la empresa principal: a propósito de la STS de 23 de octubre de 2001, Civitas, Revista española de derecho del trabajo Nº 113, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, Posibles efectos de un exceso de jornada por parte de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, Actualidad laboral N. 32, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas, Revista de derecho social, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2001.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la crisis del trabajo subordinado, Aranzadi social N. 5, Navarra, 2001.

673

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública, Trea, Gijón, 2007.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Administrativas, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ GUERRA, Jorge, Capitalismo flexible y estado de bienestar. Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo, Comares, Granada, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, El auxiliar asociado: aportación al estudio del subcontrato de trabajo, Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & BRAVO-FERRER, Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente del trabajo, Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José, Escisión de empresas y externalización de servicios, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José, Una peculiar resolución sobre cesión ilegal de trabajadores en el seno de una administración pública: comentario a la STSJ del País Vasco (Social) de 10 julio 2001, Aranzadi social N. 19, Navarra, 2002.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Diego & MERINO DE LUCAS, Fernando, The demand of business services in Spain, Servilab, Alcalá de Henares (Madrid), 2001.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores, La descentralización productiva: Tratamiento procesal de un problema sustantivo complejo, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

ROMANO MARTINEZ, Pedro, Os princípios do direito do trabalho em Portugal en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

674

ROMANO MARTINEZ, Pedro, O subcontrato, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas del trabajo, ETT y contratas, Dykinson: Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2006.

ROSA PINTO, Bernadete Edith de, A flexibilidade das relações de trabalho. A precariedade do contrato a prazo determinado da Lei n. 9.601, de 1998, LTr, São Paulo, 2001.

ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco, A natureza jurídica da relação de trabalho – novas competências da justiça do trabalho – emenda constitucional nº 45/2004, en AA.VV., Revista da Justiça do Trabalho, HS, Vol. 22, N. 254, São Paulo, 2005.

ROSSANI GARCEZ, José Maria, Elementos básicos de derecho internacional privado, Síntese, Porto Alegre, 1999.

RUBIERA MOROLLÓN, Fernando, Los servicios avanzados a las empresas: dinámicas de localización, patrones de "externalización" y efectos sobre el desarrollo regional, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

RUIZ MANTECA, Rafael; HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio-Rafael & LÓPEZ, Javier Fernández, Introducción al derecho y derecho constitucional. Colección Estructuras y Procesos, Trotta, Madrid, 1994.

RUIZ RESA, Josefa Dolores, Trabajo y franquismo. Colección Crítica del Derecho, Sección Derecho Vivo, Director José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 1999.

RUSSELL, Bertrand, O elogio ao Ócio, Sextante, Rio de Janeiro, 2002.

RUSSO, Giuseppe Maria, Guia prático de terceirização: como elaborar um projeto de terceirização eficaz, Campus, Rio de Janeiro, 2007.

SACRISTÁN, Teodoro (trad.), E-gobierno para un mejor gobierno, Instituto Nacional de Administración Pública, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE, Madrid, 2000.

SALA FRANCO, Tomás, Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos, Actualidad Laboral N. 9, La Ley, Madrid, 2005.

SALADO OSUNA, Ana, Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004.

SALCEDO BELTRÁN, M. Carmen, Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas, Bomarzo, Albacete, 2005.

SALGADO, Joaquim Carlos, A idéia de justiça em Hegel, Loyola, São Paulo, 1996, pág. 453.

SALINAS MOLINA, Fernando, Contratas y subcontratas, Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales N. 38, Madrid, 2002.

SAN JOSÉ SEVIÁN, Begoña, Democracia e igualdad de derechos laborales de la mujer, Instituto de la mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

SÁNCHEZ DE LA ARENA, Miguel Angel, Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, Justicia Laboral N. 29, Valladolid, 2007.

SÁNCHEZ DE LA ARENA, Miguel Angel, Responsabilidades administrativas ante las nuevas obligaciones en el sector de la construcción, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración N. 78, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, Juan Manuel, La derivación de responsabilidad por deudas a la seguridad social en la subcontratación del sector de la construcción, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 295, 2007.

SÁNCHEZ TORRES, Esther, Los efectos de la descentralización productiva sobre el contrato de trabajo con la empresa contratista, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ TORRES, Esther, Los efectos de la descentralización productiva sobre el ámbito temporal y subjetivo del contrato de trabajo, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, Mecanismos legales de lucha contra la discriminación en el trabajo, en AA.VV., Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad, Editorial Comares, Granada, 2004.

SANTANA, Robson, Práticas de terceirização nas empresas industriais, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

SANTOS, Roberto A. O., Capital e trabalho na história: condições de justiça nas relações de produção, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

SASTRE IBARRECHE, Rafael, El derecho al trabajo. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Trotta, D.L., Madrid, 1996.

SAYÃO ROMITA, Arion, A legislação trabalhista e os sindicatos, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

S.B. ALAVAREZ, Manuel, Terceirização. Parceria e qualidade, Campus, Rio de Janeiro, 1996.

SELMA PENALVA, Alejandra, El trabajo autónomo dependiente en el siglo XXI, Civitas Revista española de derecho del trabajo N. 133, Madrid, 2007.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Contratación laboral y libertad de empresa, en. AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Fenómenos interempresariales, La reforma laboral de 2001, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva, Aranzadi social N. 19, Navarra, 2007.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Los fenómenos interempresariales y el nuevo libro registro tras el real decreto Ley 5/2006 (RCL 2006, 1208): un esquema, Aranzadi social N. 7-8, Navarra, 2006.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Nacionalismo y relación de trabajo. La doctrina nacionalista de la relación de trabajo y sus bases ideológicas, Akal, Madrid, 1982.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de la construcción tras la Ley 32/2006, Aranzadi social N. 1, Navarra, 2007.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente & CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa, Aranzadi social N. 10, Navarra, 2001.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente &, LASAOSA IRIGOYEN, Elena, Los confines jurídicos de las ETTs: a propósito de un reciente libro, Aranzadi social N. 17, Navarra, 2005.

SERRANO ARGÜELLO, Noemí, Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo: referencias a la prohibición de cobertura y sustitución de puestos de trabajo previamente amortizados del art. 8 c) de la LETT, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Subdirección general de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

SERRANO ARGÜESO, Mariola, La confusa línea divisoria entre la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores : comentario a la STSJ de Madrid, de 17 de junio 2001, Aranzadi social N. 19, Navarra, 2002.

SERRANO GARCÍA, María José, La ley aplicable en los conflictos colectivos sobre cesión ilegal de trabajadores: (comentario a la STS 4ª. de 20 de julio de 2007), Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica N. 17 (sep.), Madrid, 2007.

678

SERRANO OLIVARES, Raquel, El elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significación y funciones, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

SERRANO OLIVARES, Raquel & MARTÍNEZ FONS, Daniel, Responsabilidades de seguridad social en las situaciones de descentralización productiva, Temas laborales nº 86, Sevilla, 2006.

SILVA, José Afonso da, Manual da Constituição de 1988, Malheiros, São Paulo, 2002.

SILVA, Roberto Luiz, Direito Comunitário e da Integração, Sínteses, Porto Alegre, 1999.

SILVA, Selma Cristina, A terceirização via cooperativas de trabalho: Precarização ou autonomia?, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

SILVA, Selma Cristina & FRANCO, Tânia, Flexibilização do trabalho: Vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, Instituições de Direito Civil, Forense, Vol. III, Rio de Janeiro, 1998.

SILVEIRA, Mauro, Proposta indecente: As empresas estão jogando a CLT no lixo. Qual a saída pra você?, en AA.VV., Revista Você, São Paulo, 2003.

SIMÃO DE MELO, Raimundo, Cooperativas de trabalho: Modernização ou Retrocesso?, en AA.VV., Legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista, ADOCOAS, São Paulo, 2002.

SINGER, Paul, Desenvolvimento e crise. Coleção Estudos Brasileiros, Vol. 16, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1982.

SIQUIERA NETO, José Francisco, Princípios do direito do trabalho e economia de mercado: o tema e as particularidades nacionais em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

SOARES FILHO, José, A proteção da relação de emprego. Análise crítica em face de normas da OIT e da Legislação nacional, LTr, São Paulo, 2002.

SOBRINO GONZÁLEZ, Gemma M., La noción de "propia actividad" en la subcontrata de obras o servicios: comentario a la STS 4ª de 20 de julio de 2005, Relaciones laborales Vol. 22 N. 6, Madrid, 2006.

SOLÀ MONELLS, Xavier, El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva, Descentralización productiva y relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, 2001.

SORIANO CORTÉS, Dulce, Aspectos procesales de las contrata, en AA.VV., Temas laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2007.

SORIANO CORTÉS, Dulce, La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2000.

SOSA WAGNER, Francisca, El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SOUSA FRANCO FILHO, Georgenor de, A legislação trabalhista e os convênios coletivos em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

SOUTO LEIRIA, Jerônimo & otros, Terceirização passo a passo. O caminho para a administração pública e privada, Sagra-DC Luzzato, Porto Alegre, 2003.

SOUTO LEIRIA, Jerônimo & SARATT, Newton, Terceirização. Uma alternativa de flexibilidade empresarial, Gente, São Paulo, 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A terceirização sob uma perspectiva humanista, em AA.VV., Justiça do Trabalho, HS, São Paulo, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, A terceirização sob uma perspectiva humanista, em AA. VV. Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

STEPHANES, Reinhold, Reforma da Previdência: sem segredos, Record, Rio de Janeiro, 1998.

STEPHEN DAVIS, Frank, Terceirização e Multifuncionalidade, STS, São Paulo, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo, Conflito entre fontes de direito internacional em AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo, Curso de Direito do Trabalho, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo, Direito internacional do trabalho, 3. ed., São Paulo, LTr, 2000.

TAVARES, Marcelo Leonardo, Direito Previdenciário, Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

TAVARES DA SILVA, Paulo Enrique, Valorização do trabalho como princípio constitucional da ordem econômica brasileira. Interpretação crítica e possibilidades de efetivação, Juruá, Curitiba, 2003.

TEIXEIRA DA COSTA, Orlando, O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna, LTr, São Paulo, 1999.

TERESA ESCOLAR, David de, Subcontratación en el sector de la construcción, El graduado: boletín informativo del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid N. 54, Madrid, 2007.

THÉBAUD-MONY, Annie & DRUCK, Graça, Terceirização: A erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil, en AA.VV., A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização, Boitempo, São Paulo, 2007.

THIBAUT ARANDA, Javier, Convenio colectivo aplicable en las empresas de "multiservicios", Actualidad laboral N. 8, Madrid, 2008.

TOLOSA TRIBIÑO, César, Encadenamiento de contratados y subcontratados de obras y servicios, Justicia Laboral N. 14, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 2003.

TOLOSA TRIBIÑO, César, La modificación del art. 42 ET: una reforma insuficiente, Actualidad jurídica Aranzadi Vol. 11 N. 492, Navarra, 2001.

TORRES ARIENZO, Sérgio Walter, Manual Prático.CLT X Terceirização, DCL, São Paulo, 2002.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel & ALEGRE NUENO, Manuel, Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto, Aranzadi social N. 15, Navarra, 2008.

ULHOA COELHO, Fábio, Manual de Direito Comercial, Saraiva, São Paulo, 2002.

ULRICH, Beck, ¿Que es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización, Paidós estado y sociedad, Barcelona, 1998.

VALDÉS, Alfredo, Derecho del trabajo para el nuevo milenio en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando, Contratados y Subcontratados: las reformas pendientes, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 2, año XXIII, La ley, Madrid, 2007.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 3, año XXV, La ley, Madrid, 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, El libro de contratas y subcontratas, Relaciones Laborales Vol. 23 N. 6, Madrid, 2007.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El libro registro de contratas y subcontratas, en AA.VV., Relaciones Laborales, nº 2, ano XXIII, La ley, Madrid, 2007.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando, El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación, Revista de derecho social, Ediciones Bomarzo, Alicante, 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa, Relaciones Laborales Vol. 17 N. 18, Madrid, 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la ley y la jurisprudencia, Relaciones Laborales Vol. 23 N. 12, Madrid, 2007.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, La reforma del régimen jurídico de las contratas y subcontratas: las otras novedades, Relaciones Laborales Vol. 23 N. 10, Madrid, 2007.

VALVERDE ASENCIO, Antonio José, Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales, en AA.VV. Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual, Lex Nova, Valladolid, 2001.

VALVERDE ASENCIO, Antonio José, Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: La ley 21/2006, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Comares, Granada, 2006.

VARA MIRANDA, M^a Jesús, Análisis de las cooperativas de trabajo asociado en Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, La responsabilidad del dueño de la obra y las acciones frente al mismo. El problema del contratante independiente, en AA.VV. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

VAZ DA SILVA, Floriano, Os princípios do direito do trabalho e a sociedade moderna, en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

VÁZQUEZ ANDRADE, Piedad, Teoría crítica de la educación y derechos humanos: Lineamientos para una propuesta educativa, Universidad de León, León, 2006.

VERGARA DEL RÍO, Mónica, Empresas de trabajo temporal: representación de los trabajadores y negociación colectiva, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

VIANA, Márcio Túlio, Terceirização e sindicato, en AA.VV., Terceirização no direito do trabalho, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004.

VIDA SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis & MOLINA NAVARRETE, Cristobal, Manual de Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 2009.

VIDAL NETO, Pedro, A legislação trabalhista e as cooperativas de trabalho en AA.VV., Os novos paradigmas do direito do trabalho. Homenagem a Valentin Carrion, Saraiva, São Paulo, 2001.

VILORIA VERA, Enrique, Antiglobalización: riesgos y realidades, Centro de Estudios Ibéricos y Americanos de Salamanca, Salamanca, 2003.

VILLANUEVA NENTWIG, Juan [et al.], El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social N. 321, Madrid, 2009.

VILLARES ÁLVAREZ, Javier, La subcontratación en el sector de la construcción: [análisis y disposiciones relacionadas], Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2007.

VON IHERING, Rudolf, A luta pelo direito. Trad.: Pietro Nassetti, Coleção a obra-prima de cada autor, Martin Claret, São Paulo, 2001.

WEINSTEIN, Bárbara, (Re)formação da classe trabalhadora no Brasil (1920-1964), Cortez Editora, São Paulo, 2000.

Sites jurídicos:

- <http://www.ibege.gov.br> (Instituto Brasileiro de Geografia e Estadística)
- <http://www.stf.gov.br> (Supremo Tribunal Federal)
- <http://www.stj.gov.br> (Superior Tribunal de Justiça)
- <http://www.tst.gov.br> (Tribunal Superior do Trabalho)
- <http://www.trt6.gov.br> (Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região)
- <http://www.amatra6.com.br> (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 6ª Região)
- <http://www.dieese.org.br> (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio- Econômicos)
- <http://www.eco.unicamp/cesit> (Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho)
- <http://www.icem.org/es/> (Federación Internacional de Sindicatos de la Química, Energía, Minas e Industrias Diversas – ICEM)
- http://www.netprof.pt/netprof/servlet/getDocumento?TemalD=NPL070102&id_versao=11873
- <http://www.geocities.com/WallStreet/District/1388/litis.html>
- http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=subcontratación
- www.plane.gov.es
- <http://www.plane.gob.es/eje/empresas/>
- <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/Dossierannex.pdf>

<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/noticias/obligan-a-la-junta-de-andalucia-a-readmitir-a-cuatro-empleadas-por-cesion-ilegal-de-prestacion-de-servicios>

<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/11/inscricoes-de-trabalhadores-que-construiram-brasilia-sao-descobertas-no-congresso.jhtm>

<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/17/flagrantes-mostram-roupas-da-zara-sendo-fabricadas-por-escravos.jhtm>

<http://www.reporterbrasil.org.br/>