

Reproducido en www.relats.org

LA SUBCONTRATACION LABORAL

Arturo S. Bronstein¹
199

¹ Director, Equipo Técnico Multidisciplinario de OIT para Centroamérica, Cuba, Haití, México, Panamá y República Dominicana. El presente artículo es una versión revisada de una ponencia presentada por el autor en el Seminario internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. El autor expresa sus puntos de vista personales.

Introducción

ENTORNO SOCIOECONOMICO Y JURIDICO DE LA SUBCONTRATACION LABORAL

- ✓ La subcontratación en general es una práctica comercial muy frecuente y arraigada. Sólo deberían interesarnos aquellas formas de subcontratación cuyo objeto o cuyo efecto es la prestación de trabajo para una empresa usuaria, en condiciones de subordinación *de facto*, sin que entre el trabajador y la empresa exista una relación laboral directa.
- ✓ Actualmente el recurso a la subcontratación laboral constituye una práctica frecuente de parte de las empresas.
- ✓ Coexisten formas tradicionales y formas recientes de subcontratación laboral
- ✓ Para los empleadores representa un importantísimo útil de gestión
- ✓ Para los trabajadores implica grandes riesgos de precarización de sus empleos
- ✓ Su conceptualización jurídica es muy difícil, lo que explica en gran medida la incapacidad en que se encontró la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, para adoptar un convenio y una recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación

En su reunión anual de 1998 los delegados que acudieron a la Conferencia Internacional del Trabajo no pudieron ponerse de acuerdo sobre la adopción de un convenio y una recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, tema que figuraba en su Orden del Día en virtud de una decisión del Consejo de Administración tomada en abril de 1995².

El hecho de que la Conferencia Internacional del Trabajo no pueda adoptar una norma internacional que se le ha sometido para su examen es un evento poco menos que inusitado en la vida de la Organización Internacional del Trabajo, pues los procedimientos que conducen a la adopción de un convenio o una recomendación internacional del trabajo se basan en un consenso muy amplio. Ello porque la Agenda de la Conferencia resulta de una decisión del Consejo de Administración de la OIT, la que se toma casi siempre por consenso, y por lo general luego de debates y negociaciones que pueden prolongarse a lo largo de varios años³. Aún cuando ésto no prejuzga

² Conforme al Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo, se había llevado a cabo una primera discusión, en 1997, en el curso de la cual ya se habían puesto de manifiesto las dificultades conceptuales que enfrentaba este tema. No obstante ello, la Conferencia en 1997 había adoptado conclusiones con miras a la adopción de un convenio completado por una Recomendación, que se sometieron a segunda discusión en 1998. Consciente de los problemas que enfrentaba este tema la Oficina Internacional del Trabajo había, excepcionalmente, propuesto un proyecto alternativo. Sin embargo esto no fue suficiente para que la Conferencia pudiera llegar a un acuerdo susceptible de permitir que se adoptasen el convenio y la recomendación sobre trabajo en régimen de subcontratación.

³ El Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo contempla la posibilidad de que el Consejo de Administración decida la Agenda de la Conferencia mediante un voto. Sin embargo, los

sobre el contenido que tendrán las normas internacionales que adoptará la Conferencia da motivos para pensar que si ha habido consenso para que el tema figure en la Agenda también lo habrá para que la Conferencia adopte las normas que se le habrán propuesto, aunque ello fuese al precio de arduas negociaciones y numerosas enmiendas. De ahí que si la Conferencia concluye sus labores sin haber podido adoptar una norma – convenio o recomendación – que se le ha propuesto, no está de más preguntarse cuáles son las dificultades que enfrentó y que le impidieron concluir sus trabajos con éxito.

En el caso del trabajo en régimen de subcontratación las dificultades fueron fundamentalmente de dos tipos. En primer lugar, las respectivas posiciones estratégicas de los empleadores y los trabajadores frente a esta cuestión no hubieran podido ser más opuestas. Si bien no es un fenómeno nuevo, la subcontratación directa o indirecta de trabajo constituye hoy una práctica cada vez más extendida en un gran número de países y ramas de actividad. Su creciente difusión está íntimamente relacionada con las impresionantes transformaciones que en los últimos años conoció la organización del trabajo, lo mismo que con los progresos tecnológicos que facilitaron la desagregación del proceso productivo en fases de producción relativa o totalmente autónomas, las que pueden ser *externalizadas* en condiciones que permiten reducir costos y minimizar la mano de obra que la empresa emplea directamente. Pero también las empresas han recurrido crecientemente a la subcontratación de actividades internas, en un primer

casos en que se procede a fijar la Agenda por votación han sido excepcionales. La decisión de incluir el trabajo en régimen de subcontratación dentro de la Agenda de la Conferencia de 1997 y 1998 fue adoptada por consenso.

momento limitadas a aquéllas que no forman parte de lo que se considera como su *actividad central* o propia a su giro específico (aunque a veces es difícil precisar qué actividad forma parte de aquel *giro específico* y cuál no), para luego comprender también a otras que difícilmente parecen separables del cometido principal de la empresa. La difusión de esta práctica ha conllevado un fenómeno de reemplazo de la mano de obra empleada directamente por la empresa por otra 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 esto explica que la Conferencia no pudo adoptar ninguna norma internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación.

La segunda dificultad que enfrentó la Conferencia guardaba relación estrecha con la necesidad de definir un concepto jurídico de *trabajo en régimen de subcontratación*, que fuese lo suficientemente amplio para responder a toda la problemática que se deseaba abordar mediante la inclusión de este tema en su Agenda, pero también lo

suficientemente preciso como para poder definir obligaciones susceptibles de aplicarse en todos los sistemas jurídicos de los Estados Miembros que componen la OIT. A decir verdad éste es el problema mayor que debe resolver todo convenio de la OIT, debido a que su eficacia depende del cumplimiento de ciertas condiciones conceptualmente bastante simples pero que en la práctica pueden ser difíciles de reunir. En efecto, las normas de la OIT, en particular si son convenios internacionales del trabajo, deben en primer lugar ser universales; para ello es indispensable que se puedan adaptar a entornos sociales, políticos, económicos y culturales que pueden ser muy diferentes. En segundo lugar, deben tener sentido para los dos grandes sistemas jurídicos que existen en el mundo – a saber el de la *Common Law* y el romano-germánico -. En tercero, deben precisar con total claridad el alcance de las obligaciones que de ellas dimanen, ya que un Estado Miembro de la OIT no ratificará un convenio internacional del trabajo si tiene dudas sobre los compromisos que asumirá en virtud de su ratificación⁴. Sólo si se cumple con estos requisitos se puede esperar que el convenio será verdaderamente *ratificable* y aplicado.

Además, la redacción de los convenios de la OIT debe tener una gran precisión idiomática, pues tanto su versión inglesa como la francesa hacen igualmente fé; motivo por el

⁴ Si bien la asunción de obligaciones internacionales, dimanante de la ratificación de un convenio de la OIT, no es irreversible, hay que saber que los convenios de la OIT sólo se abren para su denuncia durante un año de cada diez (por ejemplo, si un convenio ha entrado en vigor en enero de 1990 recién se abrirá para su denuncia en enero del año 2000). La otra posibilidad de denuncia se da cuando un convenio ha sido revisado por otro convenio. En ese caso la ratificación del convenio revisor implica la denuncia automática del revisado.

cual ambos textos deben tener exactamente el mismo alcance jurídico. Esto añade una dificultad suplementaria a la elaboración de las normas internacionales del trabajo, en la medida en que un texto literalmente único debe respetar el espíritu de los sistemas de la *Common Law* tanto como del romano-germánico, los que ofrecen la característica de que a menudo llegan a las mismas soluciones a través de metodologías y formas de razonamiento jurídico opuestos.

En el caso del trabajo en régimen de subcontratación ésto significó una tarea sumamente ardua y que en definitiva no pudo llegar a buen término, pues a la luz de las discusiones de la Conferencia quedó evidenciado que en los distintos países del mundo la expresión *trabajo en régimen subcontratación* cubre formas muy heterogéneas de organización del trabajo, que a veces tienen poca relación entre sí. Ello sin hablar de la manera muy diversa según la cual una misma modalidad de subcontratación puede ser abordada en los sistemas jurídicos de los distintos Estados Miembros de la OIT, quienes a veces pueden ser muy permisivos y otras muy restrictivos con respecto a ella. Para una mayoría de países de lengua inglesa el término *sub-contracting* tiende a aplicarse a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (por ejemplo, un conductor asalariado de una empresa deviene un *transportista autónomo*, con contrato con ella, sin que la naturaleza de sus tareas haya variado), mientras que *contract labour* correspondería al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral. Para los países de lengua española la palabra *subcontratación* se identifica a veces con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces (como en España) se emplea dicho término para la subcontratación de obra (en este caso se habla de *contrata*), reservándose el de *intermediación* para

la de trabajo. A su vez los de lengua francesa distinguen entre la *sous-traitance* para los servicios y la *sous-entreprise* para la mano de obra, a la que también pueden denominar *marchandage* si asume una forma prohibida por la ley, o *mise à disposition* (de trabajadores) cuando la ley lo permite (por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal).

A falta de una definición clara sobre el tipo de subcontratación a la que quería referirse, la Conferencia se encontró ante el dilema de no poder precisar qué formas o tipos de *trabajo en régimen de subcontratación* serían abordados por los instrumentos internacionales, ni definir un campo de aplicación para el nuevo convenio, ni tampoco precisar el alcance de las obligaciones dimanantes de las nuevas normas. El único acuerdo al que pudo llegar consistió en pedir a la Oficina Internacional del Trabajo que continuase estudiando el tema, haciendo hincapié en aquellas categorías de trabajadores afectados por el fenómeno en cuestión y que *necesitasen protección*, y que con ese fin convocase reuniones técnicas con miras eventualmente a volver a proponer normas internacionales del trabajo a más tardar en su reunión del año 2002. Más precisamente, pidió que se examinasen las cuestiones siguiente:

- i) *los trabajadores en las situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en subcontratación que necesitan protección;*
- ii) *los medios adecuados para protegerlos y la posibilidad de tratar separadamente las distintas situaciones [en que existe subcontratación];*

- iii) *cómo se podrían definir tales trabajadores, teniendo en cuenta los diferentes sistemas legales existentes y las diferencias idiomáticas.*

En las secciones que siguen pretendemos ofrecer un marco conceptual para el examen jurídico del fenómeno de la subcontratación. Con ese objeto examinaremos sucesivamente los siguientes puntos:

- i) Concepto jurídico de subcontratación laboral;
- ii) ¿Por qué se recurre a la subcontratación laboral?
- iii) Perspectiva empresarial y laboral ante la subcontratación;
- iv) Criterios y soluciones jurídicas frente a la subcontratación laboral.

Concepto jurídico de subcontratación laboral

Existen formas tradicionales y formas recientes de subcontratación laboral

Formas tradicionales

- a) Contrato de equipo
- b) Contratistas de mano de obra
- c) Intermediarios
- d) Trabajo a domicilio (subcontratación de producción en condiciones de dependencia y subordinación personales)

Formas recientes

- a) Empresas de trabajo temporal
- b) Préstamos entre empresas principales y subordinadas de un mismo grupo
- c) Cooperativas laborales
- d) “Entidades empleadoras”
- e) Contratación o *seudocontratación* de labores personales

Como se dijo, una de las principales dificultades que enfrentó la Conferencia Internacional del Trabajo durante sus discusiones se relacionaba con el propio término *trabajo en régimen de subcontratación*, pues el mismo cubre muchas prácticas y conceptos jurídicos diferentes. En una de sus formas más corrientes la *subcontratación* es el acuerdo que se celebra entre una persona o empresa con un contratista, para que el mismo realice determinados trabajos aportando sus propios conocimientos, herramientas, capitales y personal. Esta definición se ajusta por ejemplo a las prácticas prevalecientes en la industria de la construcción en donde una persona o empresa que es *dueño de la obra* contrata una construcción civil con un constructor o arquitecto (el contratista), quien a su vez subcontrata partes de la obra con diversos gremios (albañiles, pintores, plomeros, electricistas, etc).

Sin embargo ésta no es la única forma de *subcontratación*; son muy numerosas las industrias distintas de la construcción en donde también se recurre a la subcontratación, y ello bajo muy diferentes modalidades, y conforme a prácticas y arreglos que pueden ser tan distintas entre sí que a veces lo único que tienen en común es que

se las llama *subcontratación*. Por lo tanto, más que hablar de una sola forma de *subcontratación* convendría hablar de las distintas formas de arreglos o prácticas que se conocen como *subcontratación* y preguntarnos si es posible establecer alguna tipología de ellas. Por esta vía llegaremos a distinguir por lo menos la subcontratación de producción, la de obra, la de servicios, la de tareas y la de mano de obra. A ellas podríamos agregar un número no menos importante de formas mixtas de subcontratación, con dosis variables de las anteriores, siendo evidente que la naturaleza jurídica de cada una de ellas puede llegar a diferir mucho de las otras.

Una buena parte de estas formas de subcontratación son el resultado de transacciones entre empresas con capacidad económica y autonomía jurídica, tecnológica y organizacional; por tales motivos, pertenecen al campo del Derecho de las Obligaciones civiles y comerciales, y no correspondería examinarlas desde el punto de vista del Derecho del Trabajo. Sólo deberían interesarnos aquellas modalidades o prácticas cuyo objeto principal o cuyo efecto es la prestación de trabajo en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada, pues éste es el presupuesto socioeconómico indispensable para que se aplique el Derecho del Trabajo.

Sin embargo, aún cuando parece relativamente fácil poder conceptualizar las diferentes formas de subcontratación, la realidad también nos enseña que en la práctica existen numerosas modalidades que pertenecen a una zona gris, siendo muy difícil identificar a qué tipo de subcontratación corresponden, y aún más difícil determinar cuánto tienen de laboral y cuánto de civil o comercial.

En realidad, lo que se hoy se conoce como *subcontratación laboral* comprende dos situaciones conceptualmente muy diferentes, pero con un denominador común. La primera es el suministro de mano de obra a través de un intermediario, siendo sus formas más tradicionales el contrato de equipo y el enganche por medio de un reclutador. Entre sus variantes más recientes y sofisticadas se incluyen el suministro de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal o de *servicios eventuales* (varios países), la cooperativa de trabajadores (Perú), la *entidad empleadora* (Cuba), o los préstamos de mano de obra inter-empresas o entre empresas principales y subordinadas (Chile⁵). En todos estos casos – tradicionales o recientes - el rasgo común es el mantenimiento de un contrato de trabajo formal con el suministrador de mano de obra, al tiempo que se establece una relación de subordinación laboral con la empresa usuaria.

La segunda forma de *subcontratación laboral* presenta la particularidad de que reviste una apariencia jurídica alejada del Derecho del Trabajo, en la medida en que tiene por objeto la prestación de servicios personales o la realización de labores en beneficio de una *empresa usuaria*, dentro del marco formal de un contrato civil o comercial. Ciertos contratos también pueden asumir la forma de una subcontratación de producción; el más conocido es el contrato de trabajo a domicilio, que quizás es la única forma de subcontratación de producción a la que numerosos

⁵ Una descripción de las prácticas chilenas de colocación interempresas ha sido publicada por Magdalena Echeverría y Verónica Uribe, Condiciones de Trabajo en Sistema de Subcontratación, Documento de Trabajo núm. 81, OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario para MERCOSUR y Chile, Santiago, 1998.

países reconocen naturaleza laboral⁶. Cuando la ejecución de estos contratos se traduce en el establecimiento de una verdadera relación de dependencia y subordinación con respecto a la *empresa usuaria* nos debemos preguntar si su razón de existir es la que se lee en el texto del contrato en cuestión o si más bien es el suministro de trabajo. Si la respuesta a esto último fuese afirmativa nos encontraríamos frente a una subcontratación laboral y deberemos preguntarnos en qué medida se aplicará a la misma el derecho de las obligaciones, como lo han pactado las partes, o el Derecho del Trabajo, como correspondería en caso de tratarse de una relación laboral clásica.

Esta segunda forma de subcontratación ha ganado creciente importancia, pues cada vez son más numerosas las tareas o servicios que las empresas subcontratan (o contratan), a veces a sus antiguos asalariados, con el sólo propósito o con el efecto de que éstos presten a aquéllas los mismos servicios que antes ejecutaban dentro del marco de una relación laboral. Bajo esta forma se ha venido dando un fenómeno de *contractualización* de las relaciones de trabajo, que representa uno de los grandes desafíos que enfrenta el Derecho del Trabajo a la hora actual.

⁶ Otros países específicamente excluyen al trabajo a domicilio del campo de protección de la legislación laboral. Por ejemplo, en Panamá en virtud de una reforma de 1986 se dispuso que los trabajadores a domicilio *no son trabajadores* con el alcance que el Código de Trabajo da a la palabra trabajador.

Rasgos comunes a ambas formas de subcontratación y definición propuesta por la OIT

Dos formas de subcontratación

A – Relación de trabajo *triangular*;

B - Trabajador en dependencia *de facto* con la empresa usuaria, sin que exista teóricamente subordinación jurídica.

➤ **En ninguno de los dos casos existe una relación directa de trabajo entre el trabajador y la empresa usuaria.**

Sin embargo:

a) el trabajador está integrado económicamente a la empresa usuaria,

b) y depende *de facto* de ella.

Si bien las dos formas antedichas de subcontratación son conceptualmente diferentes presentan dos rasgos comunes:

El primero de ellos es la existencia de una relación de dependencia y subordinación *de facto* entre el trabajador en

régimen de subcontratación, cualquiera sea su forma, y la empresa usuaria.

El segundo es la ausencia de una relación de trabajo directa entre dicho trabajador y la empresa usuaria, ya sea porque su relación es de naturaleza contractual (una labor o un servicio), o bien porque tiene una relación de empleo con un tercero (contratista o intermediario).

Estos rasgos llevaron a la Oficina Internacional del Trabajo a proponer la siguiente definición, la que perseguía el propósito de cubrir tanto la subcontratación de mano de obra como la de tareas o de servicios personales:

[A efectos del presente Convenio] ... la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria.

¿Por qué se recurre a la subcontratación laboral?

¿Por qué ha crecido el recurso a la subcontratación laboral?

I – FACTORES DETERMINANTES

- ✓ El entorno económico se ha vuelto mucho más competitivo y las empresas se han visto obligadas a racionalizar su organización productiva.
- ✓ El modelo de producción *fordista* ha dado paso al modelo *toyotista*
- ✓ Para las empresas ha sido más fácil reducir el costo laboral que otros costos.

II – FACTORES COADYUVANTES

- ✓ El desempleo ha aumentado, por lo que se dispone de una gran reserva de trabajadores disponibles a trabajar bajo condiciones que no hubiesen aceptado en un mercado de trabajo con escasez de mano de obra.
- ✓ Los sindicatos han perdido poder, y por ende capacidad de movilización para resistir a los cambios impuestos por la nueva estrategia empresarial
- ✓ La *flexibilización* de la legislación laboral ha permitido y facilitado el recurso a la subcontratación
- ✓ Las políticas de ajuste impulsadas por los ideólogos neoliberales han visto con buenos ojos una gran mayoría de prácticas flexibilizadoras, incluyendo la

subcontratación laboral, y a menudo las han fomentado.

La subcontratación laboral no es un fenómeno nuevo. Bajo su primera forma, la intermediación en el suministro de mano de obra, tiene una larguísima tradición en industrias como la construcción, trabajos públicos, minería, agricultura, plantaciones y maderera. Bajo su segunda forma, la subcontratación de producción tiene una tradición no menos larga en industrias como la confección o el calzado, a través de la contrata a domicilio, a las que más recientemente se han agregado muchas otras industrias; en contraste, la subcontratación de servicios y la de labores sólo se han desarrollado más recientemente. En cualquier caso queda muy claro que lo que durante mucho tiempo fue una práctica relativamente limitada a ciertas actividades, se ha venido transformando en una estrategia a la que los empleadores recurren con creciente frecuencia, y ello por diversos motivos.

Uno de ellos es la especialización, relacionada con la evolución que han conocido los sistemas de organización empresarial luego del abandono del modelo llamado *fordista*, que se caracterizaba por la concentración en la empresa de todas las funciones, en beneficio de otros modelos como el *toyotista* que tiende a concentrar en la empresa lo que llamaríamos sus actividades *nucleares*, externalizando aquéllas que se consideran *periféricas*, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos. Al principio esta subcontratación tenía por objeto actividades o servicios claramente separables de lo que constituía el giro principal de la empresa; por ejemplo ya es clásica la

subcontratación de servicios como la seguridad, mantenimiento y restauración del personal de la empresa usuaria. Sin embargo, este fenómeno se ha acentuado últimamente para comprender un número creciente de tareas, relacionadas con actividades en las que se tiende a reconocer que hay empresas especializadas que pueden ofrecer servicios también especializados, en condiciones más ventajosas que si la empresa usuaria los tomara directamente a su cargo; por ejemplo, se recurre a empresas prestadoras de servicios para actividades como la computación y el bodegaje.

Adviértase que en este último caso la subcontratación tiene por objeto una actividad o servicio cuyo suministro o gestión se aseguran por una empresa contratista con su propio personal. Además, aún cuando las tareas subcontratadas se llevan a cabo dentro del recinto de la usuaria, en la mayor parte de los casos no se dan situaciones de relacionamiento directo entre la empresa usuaria y la mano de obra de la prestadora del servicio. De ahí que en una inmensa mayoría de casos no parecería que deba haber motivos para cuestionar la autenticidad de la subcontratación, ni tampoco para pretender que los trabajadores del prestador de servicios deban ser asimilados a los de la empresa usuaria. Sin embargo, también es claro que esta práctica tiene como efecto secundario la ruptura de la unidad del colectivo laboral en la empresa usuaria.

El segundo motivo se relaciona con el costo de la mano de obra que emplea directamente la empresa usuaria, sumado al carácter más o menos rígido de la legislación laboral y que limita las posibilidades que tiene el empleador de ajustar su plantilla de personal en función de sus ciclos de actividad. Ambos factores inducen a que la empresa

defina su plantilla permanente dentro de los límites de lo que considera indispensable para operar en condiciones de baja actividad, recurriendo a lo que se conoce como *mano de obra periférica* (es decir a la contratación de mano de obra externa) cuando aumenta la demanda, con lo que minimizará sus costos fijos de personal. Otra estrategia puede consistir en guardar la mano de obra más calificada dentro de la empresa, externalizando el suministro de personal para las tareas que demanden menor calificación.

El desarrollo de estas estrategias empresariales se ha visto muy considerablemente facilitado en los últimos años, por cuatro motivos. El primero ha sido el aumento de las tasas de desempleo, lo que hizo crecer la fuerza laboral en búsqueda de empleo, y dispuesta a aceptar trabajo en condiciones precarias que no se ofrecerían en un mercado de trabajo con escasez de mano de obra. El segundo fueron las reformas introducidas en la legislación de muchos países, con miras a *flexibilizar* la legislación laboral permitiendo el recurso a formas de trabajo distintas de lo que durante muchos años se consideró como la relación laboral *típica*, y que hoy tiende a dejar de serlo. El tercero fue el debilitamiento de los sindicatos, que perdieron poder, por lo que no pudieron oponerse a las nuevas estrategias empresariales. El cuarto fue la propia política seguida por las autoridades públicas, que en el marco de sus políticas de ajuste y de desregulación de todos los mercados, incluyendo al de trabajo, a menudo han permitido y a veces inclusive estimulado el desarrollo de mercados de trabajo secundarios o paralelos, a través de éstas y otras prácticas laborales.

Posición de los trabajadores en régimen de subcontratación

Ventajas y desventajas dimanantes de la subcontratación laboral

Ventajas para la empresa

- a) **Ajuste de la plantilla en función de la curva de actividad de la empresa;**
 - b) **Posibilidad de externalizar**
 - **fases de producción;**
 - **actividades periféricas**
- **Con el objeto de poder concentrarse en sus actividades centrales**

Desventajas para el trabajador

Desigualdad de trato en materia de:

- a) **Derechos colectivos;**
- b) **Seguridad social**
- c) **Salarios y condiciones de trabajo**
- d) **Seguridad del empleo**
- e) **Protección en caso de insolvencia**
- f) **Seguridad industrial**
- g) **Protección de la maternidad**

Si ya hemos visto las ventajas que la subcontratación laboral ofrece a los empleadores corresponde también que examinemos las desventajas que de ella se derivan para los trabajadores.

De ellas, sin duda la más importante es la desigualdad de trato con respecto a los empleados de la empresa usuaria, para la cual directa o indirectamente prestan servicios. Cuando la relación jurídica en la que son parte asume la forma de una subcontratación de mano de obra, los trabajadores de la empresa subcontratista casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquéllos de la empresa usuaria, que a menudo ejecutan tareas similares o equivalentes. Tampoco gozan de la misma seguridad del empleo, en la medida en que la empresa subcontratista por lo general está limitada por un contrato de duración determinada con la empresa usuaria; motivo por el cual sus trabajadores no tienen expectativas de empleo más allá de la duración del contrato en cuestión. Otras desventajas se relacionan más directamente con la desagregación del colectivo laboral de todos aquéllos que laboran para la empresa usuaria. Si los trabajadores de esta última pueden sindicarse y negociar colectivamente con la misma, no sucede lo mismo con los de la empresa subcontratista, quienes a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con esta última, pero sólo en la medida en que lo permita la temporalidad y precariedad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la usuaria. En fin, en caso de insolvencia de la empresa subcontratista, los trabajadores de ésta difícilmente podrán hacer valer sus derechos contra la usuaria.

Cuando estamos en presencia de subcontratación de labores las desventajas para el trabajador puedan ser aún

más serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad.

Soluciones jurídicas

Criterios desarrollados en América Latina

- **Se distingue entre “patrono”, “contratista” e “intermediario”**
- **El contratista debe demostrar que es un empresario genuino, en cuyo caso la empresa usuaria no es considerada como “empleador”**
 - **Excepciones: la empresa usuaria puede ser considerada como responsable en ciertos casos (seguridad social, accidentes, seguridad e higiene, insolvencia del contratista)**
 - **(en algunos países) se aplica la misma solución cuando la empresa usuaria subcontrata servicios o labores propios de su actividad principal o específica**
 - **o cuando la empresa prestadora de servicios es subsidiaria de la usuaria.**

- **La simple intermediación de mano de obra no exonera a la empresa usuaria de responsabilidad**
 - **Excepciones: empresa de trabajo temporal, (y en el Perú la mano de obra suministrada por una cooperativa laboral)**
- **Cuando la subcontratación tiene por objeto la prestación de servicios personales o la realización de labores se aplica el principio de la primacía de la realidad; si el objeto de la subcontratación es la prestación de trabajo en condiciones reales de subordinación la empresa usuaria es considerada como un empleador, aplicándose en ese caso el Derecho del Trabajo.**

La legislación laboral tiende a definir al empleador como *la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo* (Chile), o *la que recibe y remunera un servicio prestado bajo forma de continuada dependencia o subordinación* (Colombia), o *quien ya sea por cuenta propia o ajena tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena de cualquier naturaleza o importancia, y ocupe trabajadores sea cual fuere su número* (Venezuela), etc. En todos estos casos la legislación agrega por lo general un requisito para que el empleador sea reconocido como tal: entre la persona que presta el servicio y quien lo recibe y lo remunera debe

existir un contrato de trabajo, el que puede ser expreso o tácito, oral o escrito. Ahora bien, lo que caracteriza al trabajo en régimen de subcontratación consiste precisamente en que el trabajador ejecuta un trabajo subordinado en beneficio de una empresa usuaria, con la cual no tiene un contrato de trabajo. De ahí que si bien la subcontratación es en sí misma un negocio legítimo la legislación laboral en América Latina se ha preocupado por sancionar aquéllas formas de subcontratación que persiguen un propósito de fraude laboral en perjuicio de los trabajadores de la empresa usuaria que trabajan en un régimen de subcontratación, es decir de quiénes prestan trabajo subordinado para ésta sin que se les reconozca calidad de asalariados de la misma. Examinaremos sucesivamente los diferentes criterios que han sido adoptados con dicho objeto.

Relaciones triangulares: distinción entre contratistas e intermediarios

La primera regla importante es la que tiene por objeto distinguir aquéllas personas que son contratistas de los meros intermediarios de mano de obra. En ese sentido varias legislaciones disponen que los contratistas son empleadores en sentido estricto del término, *cuando contratan obras o partes de obra en beneficio de otro para ejecutarlas por cuenta propia y sin sujeción a éste* (México Ley Federal del Trabajo, art. 13., República Dominicana, Código del Trabajo, art. 12; Panamá, Código del Trabajo, art. 89). Cuando se cumplen esos requisitos el contratista no es intermediario, sino patrono, a *condición de que ejecute trabajos con equipo o capitales propios* (Guatemala, Código del Trabajo, art. 5º, Costa Rica, Código del Trabajo, art. 3). Se debe entender, sin embargo, que los contratistas asumen todos los riesgos, y realizan los trabajos con sus

propios medios y autonomía técnica y directiva, como lo aclara el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 34. Si se cumple con esas condiciones la empresa usuaria no asumirá ninguna obligación con respecto a los trabajadores del contratista, pues se entiende que no ha existido fraude laboral.

A *contrario sensu*, se considera que los contratistas son en realidad intermediarios y solidariamente responsables con el empleador principal, cuando no disponen de elementos o condiciones propias para cumplir con sus obligaciones. Para varias legislaciones el *intermediario es toda persona que, sin ser representante conocido del empleador, interviene por cuenta de este último en la contratación de trabajadores*. También son intermediarios *los que contratan a trabajadores para ser utilizados en la empresa de un tercero* (México, LFT, art. 12, Colombia, CST art 35, República Dominicana, CT art. 7, Venezuela, Ley Orgánica del Trabajo, art 54), o aquéllos que *aún cuando aparezcan como empresarios dependientes, hacen ejecutar trabajos utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono* (Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 35). En tales casos, las empresas usuarias que utilizan intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones derivadas de la ley, como lo dispone la Ley Federal del Trabajo de México, art. 14. A veces se dispone la responsabilidad del patrono solidariamente con el intermediario (Código del Trabajo de Guatemala, art. 5º).

En fin, cuando el suministro de mano de obra se efectúa a través del *contrato de equipo* se dispone que los jefes de equipo, *cuando trabajan bajo la autoridad de un*

empleador, son a la vez intermediarios y trabajadores (República Dominicana, CT art. 8).

Relaciones triangulares autorizadas

Las reglas antedichas conocen sin embargo diversas excepciones, cuyo número a decir verdad se encuentra en aumento. Su objeto es permitir el establecimiento de una relación triangular en donde el trabajador mantiene un contrato de trabajo con un intermediario, quien lo ha contratado con el objeto de ponerlo a la disposición de una empresa usuaria. En estos casos la responsabilidad como empleador incumbe en su mayor parte al intermediario y no a la empresa usuaria, con la excepción de algunas que por sus propias características sólo pueden exigirse a esta última (en particular el mantenimiento de condiciones de condiciones de higiene y de seguridad indispensables para que el trabajo pueda ejecutarse).

El caso quizás más conocido de relación triangular autorizada es la empresa de trabajo temporal. Menos conocidas, pero vale la pena mencionarlas, son la cooperativa de trabajadores en el Perú y la entidad empleadora en Cuba.

El suministro de trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal (ETT), o de *servicios eventuales* como se la llama en algunos países, constituye una forma de subcontratación laboral que ha ganado creciente aceptación, por la flexibilidad que brinda a los empleadores pero también por las ventajas que ofrece en muchos casos a los trabajadores. El profesionalismo de la mayor parte de las grandes empresas de trabajo temporal, y la responsabilidad con que asumen sus compromisos,

también han ayudado mucho para mejorar la respetabilidad del trabajo temporal, que en algún momento llegó a ofrecer muy mala imagen como consecuencia de las prácticas inescrupulosas de algunas empresas. La misma OIT procedió en 1997 a revisar el Convenio sobre las agencias privadas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96)⁷, mediante la adopción de un nuevo convenio sobre *Agencias de empleo privadas*, 1997 (núm. 181), el que expresamente legitima a las empresas de trabajo temporal, a la condición de que también se ofrezcan protección y garantías serias a los trabajadores contratados por ellas y suministrados a empresas usuarias⁸. En América Latina, un número creciente de países, entre los que figuran la Argentina, Brasil, Colombia y Perú, han reglamentado esta actividad, mientras que en otros países las empresas de trabajo temporal operan *de facto*.

El régimen jurídico del *trabajo temporal* difiere según los países, pero un rasgo común es que no se permite que la empresa usuaria recurra al mismo con el objeto o con el efecto de cubrir de manera permanente una vacante atinente a su actividad normal. Por lo común el recurso al

⁷ Este convenio contemplaba la prohibición de las agencias privadas de colocación con fines de lucro, o una reglamentación bastante rígida. Por *colocación* se entendía la actividad consistente en proporcionar un empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador. En 1966 la Oficina Internacional del Trabajo había emitido una opinión (no vinculante) a tenor de la cual las empresas de trabajo temporal hacían una actividad de colocación y correspondía por lo tanto que se las incluyese en el campo de aplicación del convenio 96.

⁸ Para una presentación del Convenio 181, y la Recomendación núm. 188 que lo completa véase Nuevas normas de la OIT sobre las Agencias de Empleo Privadas, en la página INTERNET del Equipo Técnico Multidisciplinario de OIT para Centroamérica, Cuba, Haití, México, Panamá y República Dominicana : <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/papers/notah1.htm>.

trabajo temporal sólo está permitido cuando se dan determinados supuestos que lo justifican. Por ejemplo se lo permite para reemplazar a trabajadores ausentes, para cubrir vacantes de manera transitoria en la espera de un reclutamiento definitivo, para cumplir tareas no permanentes que demanden una especialización determinada, o para atender necesidades estacionales o excepcionales de producción o de demanda de servicios. Por otra parte, el recurso al trabajo temporal puede ser prohibido en determinadas circunstancias. Por ejemplo, se lo puede prohibir cuando tiene por objeto reemplazar a trabajadores ausentes por causa de huelga, o para atender tareas de alto riesgo (pues no se tienen garantías sobre la formación de los trabajadores para el trabajo en condiciones de riesgo), o que demandan un control periódico de la salud del trabajador. Acotemos que en algunos países como Alemania, Bélgica o los Países Bajos se ha prohibido el recurso al trabajo temporal en la industria de la construcción, aparentemente debido a la propensión que tiene esta industria para los tráficos de mano de obra.

Básicamente el trabajo temporal se formaliza por medio de un doble contrato, el primero entre la empresa usuaria y la ETT (contrato de puesta a disposición de trabajadores), y el segundo entre esta última y el trabajador (contrato de misión). A tenor del primero la ETT se compromete a suministrar un trabajador para que trabaje para la usuaria en las condiciones que precisa el contrato, mediante una remuneración que la usuaria paga a la ETT por sus servicios. A tenor del segundo se precisan los derechos y obligaciones del trabajador, a quien se le reconoce condición jurídica de asalariado, con las garantías que esto conlleva, salvo las que se relacionan de manera directa con la naturaleza temporal de su empleo.

La cooperativa de trabajadores es una modalidad que ha sido reglamentada en el Perú en virtud de la Ley de Fomento del Empleo de 1992. A tenor de este régimen (que luego conoció varias reformas) las empresas usuarias pueden dirigirse a una cooperativa de trabajadores, creadas *con el objetivo de promover el empleo autónomo*, por intermedio de las cuales pueden cubrir hasta un 50 por ciento de la plantilla, sin que se establezca con estos trabajadores una relación de naturaleza laboral. Únicamente la cooperativa debe reconocer a estos últimos – que tienen la calidad de socios trabajadores – *ingresos y condiciones de trabajo no inferiores que los que correspondan a trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria que realizan labores análogas*. Como se observa, esta modalidad jurídica permite el establecimiento de una relación triangular de trabajo, pero por un lado permite que la empresa usuaria no asuma ninguna de las obligaciones dimanantes de su condición de empleador, mientras que por el otro tampoco confiere *status laboral* a los trabajadores, en la medida en que sus relaciones con la cooperativa de trabajadores son las que tiene ésta con sus socios mas no con sus asalariados.

Por último, la *entidad empleadora* cubana es una respuesta a las implicaciones jurídicas de una política de apertura económica que tuvo lugar en Cuba a partir de 1992, a la luz de la cual se permitió la inversión extranjera en el país, por lo general en asociación con el Estado. En el marco de esta política la inversión extranjera ha aportado capitales, tecnología, organización y gestión; sin embargo, las empresas en las que ésta participa no tienen permitido contratar a su mano de obra ni remunerarla directamente. Con este último cometido se ha creado la figura de la *Entidad empleadora*, que es un ente estatal. A tenor de ella,

la empresa usuaria con inversión extranjera contrata con la *entidad empleadora* el suministro y administración de la mano de obra que esta última recluta con el propósito de suministrarla a aquélla; motivo por el cual los trabajadores mantienen un vínculo contractual con la entidad empleadora y un vínculo laboral con la empresa usuaria. Los términos del contrato entre la empresa con inversión extranjera y la entidad empleadora estipulan además que la primera remunera los servicios de la segunda a un tanto alzado, en divisas convertibles. A su vez esta última remunera a los trabajadores suministrados a la primera de conformidad con las tasas fijadas por el Estado y en moneda nacional.

Subcontratación de obras, servicios o tareas

Si la subcontratación de obras o servicios es también un negocio legítimo, son varias las legislaciones nacionales que la limitan cuando de ella resulta perjuicio para el trabajador. En este sentido se han pronunciado las legislaciones de varios países, que establecen la solidaridad entre la empresa usuaria y sus subcontratistas cuando la primera subcontrata trabajos o servicios correspondientes a la actividad específica de su establecimiento (Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, art. 30, Panamá, CT art. 89, Colombia, CST art. 34, Venezuela, LOT art 55. Cuando la subcontratación se realiza entre una empresa principal y sus subordinadas también se contempla la solidaridad entre aquéllas, aunque tuviesen personalidad jurídica propia, si hay fraude laboral (República Dominicana, CT art. 13), Argentina (LCT, art. 31), o aún cuando no lo haya (Brasil, Consolidación de Leyes del Trabajo, art. 8), o cuando la subordinada ejecuta trabajos de manera exclusiva o principal para el beneficio de otra empresa (Panamá, CT art.90). Una disposición que persigue el mismo propósito se encuentra en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia,

mediante la figura de la *unidad de empresa*, cuando existe dependencia económica o jurídica entre empresa principal y sus subordinadas y todas realizan actividades similares, conexas o complementarias, en cuyo caso se pueden *unificar* los salarios y condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa principal y de sus subordinadas (sin embargo la reforma introducida en 1990 permite que en ciertos casos se conceda un período de gracia antes de que las autoridades competentes declaren la *unidad de empresa*).

El principio de la primacía de la realidad

La naturaleza civil o comercial de la subcontratación de tareas no debería plantear dificultades cuando su objeto es la realización de un trabajo o la prestación de un servicio claramente identificados y en condiciones de relativa autonomía, o cuando se trata de una prestación de trabajo ocasional. Sin embargo, puede suceder que la subcontratación de tareas esté ocultando una verdadera relación laboral, a la cual se le ha dado una forma contractual con el propósito de que la empresa usuaria eluda sus obligaciones a tenor de la legislación laboral o de la seguridad social. De hecho, a poco de compulsar los anales de la jurisprudencia laboral de numerosos países se advierte que se trata de una práctica bastante corriente; motivo por el cual los tribunales han debido determinar en qué casos la subcontratación de tareas es civil o comercial y en cuáles es de naturaleza laboral.

La jurisprudencia, y a menudo la legislación laboral latinoamericana tradicionalmente se han inspirado en el principio que Pla Rodríguez – en su clásica obra *Los Principios del Derecho del Trabajo* - llama *la primacía de la*

realidad, conforme al cual la naturaleza de una relación jurídica debe juzgarse a la luz de la realidad de los hechos antes que de las formas acordadas por las partes en aquella relación. Este principio ha sido consagrado en numerosas legislaciones, con un lenguaje que puede variar pero con un espíritu que siempre es el mismo. Por ejemplo la de México prescribe que *se presume la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un trabajo personal y quien lo recibe* (art. 21, LFT); la de República Dominicana establece que *el contrato de trabajo no es el que consta en un escrito, sino el que se ejecuta en hechos* (Código del Trabajo, Principio IX). Con mayor énfasis aún, en Panamá se declara que *es nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido en simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de persona o de cualquier otro medio* (Código de Trabajo, art. 63); disposición que también reproduce la legislación argentina (Ley de Contrato de Trabajo, art. 14).

La sanción de estas prácticas, como lo precisa el Código de Trabajo de Panamá (art. 91) y lo han consagrado las decisiones jurisprudenciales de muchos otros países, es la asimilación de la subcontratación aparente a la relación de trabajo.

Prueba de la naturaleza laboral de la subcontratación de tareas

Con el objeto antedicho la jurisprudencia ha reconocido numerosos *indicadores de dependencia y subordinación*, que ayudan a determinar en qué casos la subcontratación de tareas debe ser asimilada a una relación laboral y en cuáles no. Sin ser exhaustiva, una lista de los mismos fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo

en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

a) Forma de determinar el trabajo: este criterio puede ser de gran utilidad cuando las tareas a realizar en virtud de la subcontratación de labores no han sido determinadas, o la determinación es muy imprecisa. Esto puede hacer presumir que el objeto real de la subcontratación ha sido la prestación *de trabajo en general* y no la *de un trabajo en particular*.

b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo: si los horarios reales de trabajo se asemejan a una jornada laboral a tenor la legislación laboral, es muy posible que se tratará de un verdadera relación de trabajo;

c) Forma de efectuarse el pago: un rasgo importante de la relación de trabajo es el pago de la remuneración a intervalos regulares. Si así sucede en los hechos es muy posible que la subcontratación sea de naturaleza laboral.

d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: se trata de características inherentes a una relación laboral. Si la persona a quien se ha subcontratado una tarea está obligada a desempeñarla personalmente, bajo supervisión de la empresa usuaria tendremos indicios muy serios de que el objeto del contrato es la prestación de trabajo y no la realización de un trabajo.

e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: a menudo la empresa subcontratista no tiene capacidad financiera, ni posee las herramientas, materiales o maquinaria necesarios para ejecutar el contrato, que le son suministrados por la empresa usuaria. A veces la simulación llega hasta el refinamiento de entregar el equipo

a la subcontratista, bajo una fórmula de *leasing* o similar, siendo así que su propietario real es la empresa usuaria, para quien el contratista trabaja a menudo con exclusividad. Si estos elementos se encuentran presentes es muy posible que el aporte principal del subcontratista sea su trabajo; motivo por el cual su relación debería ser considerada de naturaleza laboral.

f) Otros: en fin, otros indicadores de dependencia no menos importantes que los anteriores serían la asunción de ganancias o pérdidas por el subcontratista, la regularidad de su trabajo (si es ocasional no existirá relación de trabajo, pero sí puede haberla si la prestación contratada es regular), la exclusividad o no para la usuaria, y en fin la manera como las actividades subcontratadas están integradas o no en las de la empresa usuaria.

Comentarios finales

Retos actuales del Derecho del Trabajo

- ✓ **Crece el trabajo informal**: ocho de cada diez nuevos empleos en América Latina se generan en el sector informal. Los trabajadores informales son trabajadores como los demás; a menudo son trabajadores subordinados, cuando menos económicamente. Están tan necesitados de protección como los trabajadores asalariados. Sin embargo, están desprotegidos.
- ✓ **Disminuye el trabajo asalariado**: las empresas del sector moderno de la economía generan cada vez menos empleos asalariados.

- ✓ **La legislación laboral es revisada a la baja:** dentro del marco de las políticas de ajuste económico, se *flexibiliza* la legislación laboral, disminuyendo los niveles de protección tradicionales.
- ✓ **El trabajo atípico se banaliza:** proliferan numerosas formas de contratación laboral distintas de la llamada *relación de trabajo* típica, la que deja de ser verdaderamente *típica*.
- ✓ **La relación laboral se contractualiza:** el contrato de trabajo es reemplazado por el contrato de servicios o la subcontratación cuyo objeto es la realización de labores subordinadas *de facto* fuera del marco del Derecho del Trabajo.
- ✓ **Se desagrega el colectivo laboral:** dentro de una misma empresa los trabajadores están sometidos a regímenes jurídicos diferentes y a menudo no son empleados de la empresa principal, sino de una subsidiaria o contratista de obra o de servicios de la primera.
- ✓ **Se acentúa el cuestionamiento ideológico:** se plantea que así como el Estado ha desmantelado la protección de la industria nacional también debe desmantelar la protección del trabajo.

La extensión del trabajo en régimen de subcontratación refleja uno de los grandes retos que enfrenta el Derecho del Trabajo al concluir el presente siglo y comenzar el nuevo milenio. Este reto es a la vez el de la *atipicidad* y el de la *contractualización*. El primero está dado por el reemplazo de la relación de empleo tradicional, tal como ha sido formulada por el Derecho del Trabajo (empleo por cuenta ajena, subordinado, a tiempo completo, para un sólo

empleador y protegido contra el despido injustificado), por formas alternativas de relaciones jurídicas laborales con atributos bien diferentes; empleo *triangular*, a tiempo parcial, de duración determinada, desprotegido frente el despido, etc. El trabajo en régimen de subcontratación corresponde precisamente a estas formas alternativas de empleo, que como ya hemos visto, han sido llamadas *atípicas*. Pero además, cuando el trabajo en régimen de subcontratación tiene por objeto la prestación de labores bajo una forma distinta de la relación de trabajo nos encontramos en presencia de un segundo fenómeno, que es la tendencia a *contractualizar* las relaciones laborales, con el objeto o con el efecto de sacarlas del ámbito protector del Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo ha sabido elaborar fórmulas para enfrentar a estos dos retos, pero no ha podido impedir que la subcontratación se extienda bajo cualquiera de sus modalidades. Si para algunos ésto puede ser visto como un fenómeno criticable también está indicando que la organización del trabajo se ha vuelto extremadamente complicada y que las empresas se enfrentan con un entorno competitivo tan fuerte que deben extremar su inventiva para sobrevivir. Así como antes se cuestionaba la razón de ser de la flexibilidad laboral, hoy día las preguntas se formulan más bien en torno a los límites que debe tener aquella flexibilidad, pues ya todos acuerdan que en algún grado debe existir. Esta preguntas deberían formularse con respecto a la subcontratación y debería motivar respuestas capaces de equilibrar los intereses de empleadores y trabajadores.

Por encima de estos retos se encuentra un tercero, que quizás es el más importante de todos. Se trata del creciente cuestionamiento ideológico del Derecho del

Trabajo, como lo hace la filosofía neoliberal predominante, al punto que emplea la expresión *Reglamentación del Mercado de Trabajo*, siendo así que su diferencia con la denominación *Derecho del Trabajo* va mucho más allá de la pura semántica.

Hasta hace relativamente pocos años pensábamos que el Derecho del Trabajo sólo podía evolucionar de manera por así decirlo *geológica*, o por *sedimentaciones sucesivas*, asumiéndose que toda nueva legislación laboral solamente podía mejorar las garantías sociales ya existentes, que se suponían definitivamente adquiridas e intangibles. Hoy debemos convencernos que la realidad muestra otra cosa, y que casi al iniciarse un nuevo milenio el Derecho del Trabajo se encuentra en una verdadera encrucijada. No sólo retrocede sino que además se lo cuestiona en su propia esencia, y a menudo se lo ofrece en sacrificio, como víctima propiciatoria en los altares modernos de la mundialización, la eficacia, la competitividad y otras deidades que nos prometen una riqueza futura que supuestamente será para todos. Resta que quedan bastantes dudas sobre la eficacia de estos sacrificios, y aún más sobre la llegada de la riqueza prometida para todos; en cambio, es de mucho temer que sin los valores de justicia y progreso social que encarna el Derecho del Trabajo, nuestra Humanidad será un poco más pobre.