

# **EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO**

**RAFAEL F. ALBURQUERQUE**

**Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra; presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social; ministro de Trabajo 1991-2000; vicepresidente de la República Dominicana 2004-2012.**

**Santo Domingo, República Dominicana**

**12 noviembre 2018**

El Derecho del Trabajo tomó carta de ciudadanía con el Tratado de Versalles de 1919. Ciertamente que antes de esa fecha se conocieron diversas normas de protección al trabajo asalariado, pero no fue hasta la firma del mencionado tratado cuando surgió como un estructurado conjunto de normas, fundamentado en principios y caracteres propios, que transformaron a la legislación del trabajo y la convirtieron en una nueva y verdadera rama del Derecho, con peculiaridades y fisonomía singular, que provocó su separación del Derecho privado de las obligaciones.

El nuevo derecho, como le llamó Alfredo Palacios en su obra de 1920, tuvo como misión proteger a los trabajadores contra los excesos de la explotación del capital, pero al mismo tiempo sirvió para organizar y legitimar el régimen de dependencia en que el sistema colocaba al asalariado<sup>1</sup>. Se trataba de un acuerdo transaccional entre la burguesía y el proletariado europeos que organizaba el modo de producción capitalista asegurando un determinado equilibrio entre los protagonistas de la relación de trabajo<sup>2</sup>. La clase dominante ofrecía delimitadas garantías mínimas de tutela estatal a los trabajadores, a cambio de que estos abandonaran su acción revolucionaria, que de ser ejercida podría conducir al colapso del orden social establecido.

El fragor de la sublevación bolchevique y su consiguiente toma de poder en 1917 estaban muy frescos en el recuerdo de la burguesía gobernante de Europa occidental para que esta se resistiera tozudamente a las reclamaciones de los trabajadores; mucho más conveniente para los intereses de aquella era mediatizar la confrontación de clases y hacer participar al proletariado, aunque fuera de modo limitado, en las bondades del capitalismo, con lo cual lograban salvaguardar sus medios de producción.

Tal como han sostenido PELISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, más que un «*derecho de conquista*», el Derecho del trabajo se concibió como un «*derecho de compromiso*», con el cual se logró en un momento determinado de la historia sentar las bases de un Estado de bienestar que sirviera para garantizar la paz social y al mismo tiempo preservar el sistema capitalista<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> LYON-CAEN, Gérard, *Les fondements historiques et rationnels du droit du travail*, citado por PELISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2002, p. 42, nota 1.

<sup>2</sup> Ibidem, nota anterior.

<sup>3</sup> Ob. cit., p. 7, nota 4.

Mientras el Estado de bienestar pudo mantener vigente el equilibrio entre los sectores productivos de la Nación no hubo cuestionamiento alguno a su existencia y funcionamiento. Muy al contrario, finalizada la segunda guerra mundial se consolidó el denominado capitalismo reformista que se erigió en un paradigma y en una aspiración para muchas naciones en vías de desarrollo, y así lo fue durante más de treinta años, hasta que el incremento de los precios del petróleo en la década de los setenta, el envejecimiento de la población que amenazó la estabilidad económica del modelo *bismarkiano* de la seguridad social, el crecimiento del endeudamiento seguido por una caída estrepitosa de los ingresos, y el surgimiento sostenido de la desocupación, condujeron a no pocos políticos y pensadores a preguntarse sobre la pertinencia del Estado de bienestar.

Las voces contrarias al modelo imperante se fortalecieron con la desintegración de la Unión Soviética en 1989 y un llamado al retorno del liberalismo fue plasmado con el Consenso de Washington de 1990, que impulsó la libertad de mercado, sin cortapisas, al mismo tiempo que los gobiernos de Reagan, en los Estados Unidos, y Tachert, en el Reino Unido, ponían en práctica las primeras medidas de desmantelamiento del Estado de bienestar.

La vuelta al liberalismo económico, al *laissez faire*, *laissez passer*, tenía necesariamente que afectar a un Derecho que había nacido como un compromiso entre clases antagónicas. El Derecho del trabajo, concebido como un amortiguador y un disuasivo de la violencia revolucionaria, dejaba de tener razón de ser en un mundo dominado por el capitalismo, que en lo adelante se imponía a nivel mundial, sin que existiera un socialismo que lo estorbara.

En efecto, para el sistema capitalista las normas integradoras del Derecho del trabajo se aceptaban como un instrumento necesario de pacificación de las relaciones sociales. Ante el mundo bipolar establecido a partir del año 1945 resultaba conveniente sofrenar los ímpetus revolucionarios que pudieran atentar contra el modelo establecido. Pero, al caer el comunismo y agudizarse los sinsabores del Estado de bienestar, la época se hizo propicia para que el neoliberalismo sentara sus reales e impusiera a ultranza un Estado de libre mercado, sin intervención alguna de los poderes públicos, y sin necesidad de mecanismos de morigeración de la denominada lucha de clases.

Este panorama no podía resultar indiferente para el Derecho del trabajo. La disciplina no había cumplido sus cien años de existencia cuando ya comenzaba a ser criticada y vilipendiada por los cultores del liberalismo económico. Tímidamente, en un principio, como para no asustar a los trabajadores organizados, se pregonó la necesidad de flexibilizar las normas laborales, y el argumento usado fue que las mismas constituían cargas pesadas para las empresas que impedían la contratación de nuevos asalariados y, por ende, la lucha contra el desempleo.

La flexibilidad fue defendida en el campo de la contratación, con miras a debilitar al contrato de trabajo por tiempo indefinido y privilegiar, a contrapelo de lo que hasta entonces se aceptaba, los contratos de duración determinada, que con el pretexto de fomentar el empleo terminaron por precarizar al trabajo. Dicha flexibilidad también fue reclamada para la reglamentación del trabajo, especialmente en lo concerniente a la duración máxima diaria y semanal de la jornada de trabajo, los días de descanso semanal y los períodos ininterrumpidos de vacaciones. Y lo mismo puede afirmarse respecto al régimen de extinción del vínculo contractual que fue liberalizado en algunos casos para disminuir las prestaciones de fin de contrato, derogar las trabas en el procedimiento de extinción o para llegar al extremo de hacer desaparecer la estabilidad laboral.

Más tarde, y en la medida que iba ganando terreno la tesis neoliberal, se pudo argumentar, sin tapujo alguno, la necesidad impostergable de desregular el Derecho del trabajo. No una simple flexibilización de sus normas, sino su desmonte, de modo gradual o instantáneo, poco importaba, pues en todo caso la desregulación pura y simple hubiera conducido a la desaparición del Derecho del trabajo y al retorno de una relación laboral dominada por la autonomía de la voluntad, sin garantías mínimas de ley para el asalariado.

Estos planteamientos de un fuerte tinte ideológico fueron arduamente debatidos entre sus defensores y adversarios, y un buen número de legislaciones se mostró partidaria de la flexibilidad como instrumento para combatir la desocupación y generar nuevos puestos de trabajo. El *neolaboralismo*, como lo llamó un autor colombiano<sup>4</sup>, tuvo magros resultados en la consecución de sus propósitos<sup>5</sup>, y la profunda crisis financiera

---

<sup>4</sup> LOPEZ GUERRA, Guillermo, *El neolaboralismo*, en *Homenaje a Mozart Víctor Russomano, El derecho al trabajo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 203.

<sup>5</sup> Ninguno de los estudios que se realizaron sobre el impacto de la reglamentación del trabajo y los costos de producción pudieron demostrar en forma concluyente que las medidas de “flexibilización” fueron capaces de generar empleos: BRONSTEIN, Arturo, *Reforma Laboral en*

y económica que desató a partir del 2008 reveló que el mercado necesitaba regulaciones y mecanismos de protección para los más débiles, pues de lo contrario imperaría la ley del más fuerte y campearía por sus fueros la injusticia social.

Esta comprobación fáctica debió conducir a un resurgimiento de las tesis proteccionistas y, por ende, a un fortalecimiento del Derecho del trabajo, rama de las ciencias jurídicas estrechamente vinculada con la realidad<sup>6</sup>, pero las profundas transformaciones experimentadas por la economía mundial, impactada por la globalización de los mercados y el intenso desarrollo de la tecnología constriñó a los empresarios a reducir costos, ser más eficaces y ágiles en su gestión, organización y producción, todo en aras de la competitividad y el triunfo en el mercado nacional e internacional. La empresa de la era digital y de la sociedad posindustrial es diferente, y en su funcionamiento, reduce el ámbito personal de aplicación del Derecho del trabajo, debido a una fuga de trabajadores subordinados, mientras crea, al mismo tiempo, una tropa de trabajadores de segunda clase.

No hay duda. El Derecho del trabajo se encuentra en una encrucijada. ¿Pueden sus normas tradicionales responder a las exigencias de la globalización y al desarrollo exponencial de la tecnología?

## PRIMERA PARTE

### LA FUGA DEL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del trabajo, tradicionalmente caracterizado por la nota de su expansión -en sus orígenes se limitó a proteger a los obreros industriales, luego se extendió a los empleados de comercio y, finalmente a todos los asalariados-, experimenta una fase desconocida: la de su regresión. En nombre de la competitividad los empresarios reducen su plantilla, conservan aquellos asalariados que les resultan absolutamente indispensables, y prefieren contratar un personal independiente para la ejecución de un conjunto de actividades que con anterioridad confiaban a trabajadores dependientes. Cada día que pasa es mayor el número de trabajadores que es

---

*América Latina: evolución y tendencias recientes*, en la obra colectiva *La reforma laboral en América Latina*, Tipográfica Horizonte, Barquisimeto, 1995, p. 246. La flexibilidad como instrumento de generación de empleo, siempre provocó serias dudas, pues incluso en la hipótesis de que se redujeran los niveles de protección para abaratar los costos, nada garantizaba que los empleadores crearían más empleos de los que realmente necesitaban.

<sup>6</sup> CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAEN, Gérard, *Droit du Travail*, Dalloz, París, 1975, p. 16.

marginado del ámbito de protección de la legislación del trabajo. El fenómeno es conocido por la doctrina como la fuga que experimenta el Derecho del trabajo.

La relación de trabajo se *deslaboraliza*, si se nos permite usar este neologismo. Poco importa que se pierda la protección social. La competitividad obliga a la creación de nuevos e ingeniosos modos de relación de trabajo. Aunque la tradicional vinculación entre el empleador y el trabajador se conserva en cuanto sea indispensable para asegurar el funcionamiento de la empresa, se procurará confiar parte de sus actividades y fases de su ciclo productivo a supuestos o reales comerciantes, artesanos, emprendedores, micro o pequeños empresarios.

Los mecanismos empleados para *deslaborizar* el vínculo laboral son múltiples e ingeniosos: creación de una cooperativa de producción o de servicios, conformada por antiguos empleados, que se encargarán de gestionar y administrar una sección de la otrora empresa integrada<sup>7</sup>; constitución de una persona moral por cada departamento de la empresa, con lo cual se genera un conjunto económico, con personas de derecho que gozan de autonomía técnica y, en ocasiones, de amplia autonomía administrativa, todas sujetas a una dirección común que asegura la cohesión del grupo, la realización de sus objetivos y el establecimiento de una política general que debe ser seguida por sus miembros<sup>8</sup>; alquiler a un grupo de trabajadores, que hacen dejación de su calidad para convertirse en arrendatarios, de una determinada sección de la empresa<sup>9</sup>; contratación de pequeños talleres de familia para que se encarguen de su elaboración de determinados productos; flete de camiones a sus dueños para que estos se encarguen del transporte de las mercancías de la empresa. La tendencia al uso del contrato de obra civil es significativa, con un crecimiento alarmante del trabajo independiente en desmedro del subordinado.

Naturalmente, si lo que se busca es encubrir el vínculo laboral bajo el aspecto de una relación jurídica de naturaleza diferente, al juez de trabajo le bastará destruir la

---

<sup>7</sup> Su uso generalizado obligó al legislador peruano a disponer que las cooperativas de trabajadores y empresas especiales de servicios se proveyeran de una carta-fianza bancaria para garantizar el pago de los derechos laborales de los trabajadores, aunque posteriormente esta exigencia fue constreñida únicamente para aquellas que adeudaren beneficios y derechos laborales a sus dependientes: PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Outsourcing, subcontratación e intermediación laboral*, en la obra colectiva *El Outsourcing*, obra colectiva coordinada por DE BUEN, Néstor, Editorial Porrúa, 2011, p. 123.

<sup>8</sup> ALBURQUERQUE, Rafael F., *Outsourcing*, en la obra colectiva *El Outsourcing, Visión Iberoamericana*, ob, cit, p. 31.

<sup>9</sup> En la República Dominicana se ha llegado tan lejos en esta práctica que en las peluquerías y salones de belleza se alquilan los sillones a los peluqueros y manicuristas.

simulación y hacer triunfar la realidad, devolviendo al contrato su verdadera naturaleza. Esta labor se le facilitará en aquellos casos de trabajadores subordinados que pasan a ser independientes por haber sido estimulados, ayudados o presionados por sus empleadores, con quienes acuerdan contratos innominados en los cuales figuran como pequeños empresarios que pasan a ofrecer sus servicios a su antiguo empleador, casi siempre su único cliente.

Ahora bien, cada día más se presentan casos en que la subordinación jurídica, el elemento que caracteriza al contrato de trabajo, no se aprecia con claridad. El experto podrá utilizar el *test* indiciario para su determinación -lugar de trabajo, horario, exclusividad, uso de materiales propios- y se mantendrá la duda respecto al verdadero estatuto de la persona contratada. Son nuevas fórmulas flexibles y dinámicas de empleo, desconocidas en otros tiempos, que difícilmente puedan encuadrarse entre los elementos clásicos del trabajador subordinado. No se está en presencia de un caso de simulación de la realidad, sino ante una relación de trabajo compleja o dúctil, en que es extremadamente difícil precisar si se ejecuta bajo situación de dependencia<sup>10</sup>. La vinculación es a título de una persona formalmente independiente, aunque relacionada generalmente con una sola empresa, a la cual sirve o queda sujeta a sus especificaciones productivas o de servicio. Surge así *una* economía colaborativa -*gig economy*-, en la cual la relación de trabajo por cuenta ajena es sustituida por empleados *freelance* que cobran por pequeñas tareas. Trabajadores a *trocitos* que solo reciben una remuneración cuando hay una demanda específica de sus servicios: choferes de ambulancia, *deliverys*, enfermeras, etc. **UBER** es el mejor ejemplo de esta ambigüedad objetiva de la relación de trabajo: el dueño de un vehículo contrata con una empresa que le proporcionará pasajeros por la vía de su plataforma tecnológica, quienes pagarán una determinada tarifa por el transporte y, del precio recibido, el conductor abonará una comisión a la empresa por la intermediación ofrecida. La complejidad es de tal naturaleza que en esta relación también puede intervenir un tercero, propietario de varios vehículos, que los alquila a los choferes que contratarán con la empresa.

De continuar esta tendencia el número de trabajadores independientes se acrecentará en desmedro de los asalariados que prestan sus servicios bajo subordinación jurídica, con el riesgo, como lo advierte un autor, de restringir el Derecho del trabajo a la mera

---

<sup>10</sup> *El ámbito de la relación de trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 30.

protección de los dirigentes empresariales y de lanzar al limbo jurídico a los antiguos trabajadores subordinados<sup>11</sup>.

La subordinación jurídica, como criterio para diferenciar al asalariado del trabajador autónomo o independiente se resiente ante estas fórmulas flexibles y dinámicas de empleo, impensables en otros tiempos<sup>12</sup>. Presenciamos un conjunto de trabajadores formalmente independientes que prestan sus servicios desde fuera del establecimiento, en sus propios hogares o en pequeños talleres, sin estar sujetos a un horario y que ejecutan su labor con sus propios instrumentos de trabajo, a cambio de una remuneración a precio alzado. En teoría podrían ofrecer sus conocimientos y tareas a terceros, pero en la práctica están vinculados a una sola empresa, a la cual supuestamente venden su producción o sus servicios. Su situación es extremadamente precaria, pues dependen exclusivamente de la empresa que los ha contratado: sus ganancias oscilarán con el ritmo de los pedidos que reciban y perderán sus ingresos si el contratante deja de utilizarlos.

Nadie duda de que estos trabajadores necesitan de protección, pero su tutela podrá ser cuestionada si se les reputa como trabajadores independientes, fuera de la órbita del Derecho del trabajo, cuyas normas se reservan para los trabajadores subordinados. Resurge así la *cuestión social*, que dio nacimiento a nuestra disciplina a fines del siglo XIX. Por consiguiente, la justicia social exige una respuesta.

Una parte de la doctrina -dos Oscares, optimistas irreductibles-, nos enseñan que, la subordinación jurídica puede seguir siendo un criterio válido de determinación del ámbito personal del Derecho Laboral, a condición de que se "le interprete con mayor amplitud, agresividad y creatividad"<sup>13</sup>. El juez de trabajo tendrá entre sus manos las herramientas jurídicas necesarias, como el principio de la primacía de la realidad, para que el Derecho del trabajo atrape dentro de su órbita la mayor parte de estos supuestos<sup>14</sup>. Sin embargo, otros autores estiman que la subordinación jurídica difícilmente puede jugar papel alguno en los casos de verdaderos trabajos autónomos en dependencia económica, pues este tipo de trabajo carece de las notas propias de la subordinación jurídica; en tal virtud sugieren que, el nuevo Derecho del trabajo

---

<sup>11</sup> LYON-CAEN, Gérard, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, París, 1995, p. 26.

<sup>12</sup> *El ámbito de la relación de trabajo*, ob. cit., p. 29.

<sup>13</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar, *Crítica de la subordinación jurídica*, trabajo inédito, Montevideo, 2001, p. 21.

<sup>14</sup> AMEGLIO, Eduardo J., *Problemática Actual del Contrato Individual de Trabajo: La Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente*, Montevideo, 2003, p. 124.



desarrolle y elabore un marco normativo en torno al concepto de «*interdependencia*», que por situarse en la mitad del camino entre la subordinación y el trabajo autónomo podría necesitar de la tutela del legislador cuando se presta en forma económicamente dependiente<sup>15</sup>. Conforme a este planteamiento, el Derecho del trabajo necesitaría formas híbridas de protección que vendrían a tutelar a trabajadores jurídicamente independientes que dependen económicamente del receptor de los servicios<sup>16</sup>.

A esta última corriente de pensamiento se adhiere la doctrina italiana con su propuesta de crear la noción de «*trabajo continuado y coordinado*». Por «*continuado*» se entendería una relación de trabajo que se concreta en la ejecución de más de una obra o servicios o en el desarrollo de una actividad laboral. Por «*coordinado*», la conexión funcional de la prestación de trabajo con la actividad realizada por el destinatario de dicha prestación. La diferencia entre la actividad coordinada y el trabajo subordinado radicaría en el hecho de que, la primera, a diferencia de la segunda, no excluiría que el trabajador pueda determinar de manera autónoma o en acuerdo con el receptor de los servicios, no solo las modalidades, sino también el lugar y el tiempo de cumplimiento de la prestación de servicio.

Alemania y España se muestran pioneros en esta reformulación del Derecho del trabajo. En el primero de estos países se designan con el nombre de «*employee-like persons*» las personas que formalmente pueden calificarse como trabajadores independientes, pero cuya situación económica los asemeja a un trabajador subordinado. A estos trabajadores se les confiere una protección especial a condición de que ejecuten sus tareas por sí solos, sin ayuda de empleados, y que la mayor parte de su labor sea realizada para una sola persona o que provenga de una sola más de la mitad de sus ingresos. En España se ha legislado para proteger a los trabajadores que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, siempre que dependan económicamente de este para percibir de él, al menos el setenta y cinco por ciento de sus ingresos por rendimiento de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

---

<sup>15</sup> CORDOVA, Efrén, *El papel de la subordinación y el principio de la subordinación en la evolución de la legislación laboral*, en la obra colectiva *Evaluación del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en Homenaje al profesor Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo, p. 136.

<sup>16</sup> SUPIOT, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, informe para VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, septiembre 1999, p. 160.

El recurso a una legislación especial para proteger a específicos núcleos de trabajadores no es nuevo en el Derecho del trabajo. Desde sus inicios, y en el curso de su desarrollo, hubo necesidad de proteger a determinados trabajadores, en cuya relación laboral no se vislumbraba con nitidez la nota de la subordinación jurídica, como fueron los casos de los trabajadores a domicilio y los vendedores y viajantes de comercio. Si la función primaria de nuestra disciplina es proteger al hiposuficiente, mal se haría en no extender su ámbito personal de aplicación a aquellas relaciones de trabajo que, por su complejidad y flexibilidad, se acoplan mal con los parámetros tradicionales de la subordinación jurídica, tal como sucede con las relaciones de trabajo autónomas, aunque económicamente dependientes. Si en el pasado la subordinación jurídica expandió su radio de acción para cubrir a un conjunto de personas, calificadas como trabajadores por determinación de la ley<sup>17</sup>, nada obsta para que en el presente se pueda repetir esta experiencia. Ahora bien, ante la inexistencia de una ley que les confiera protección, el concepto de la dependencia económica puede ser utilizado por el juez de trabajo como un indicio más, para que, en una interpretación generosa de los hechos, pueda admitir la existencia de la subordinación jurídica<sup>18</sup>.

En consecuencia, el Derecho del trabajo no se bate necesariamente en retirada; pero necesita de la audacia del intérprete o de la creación de un régimen especial para regular y abordar con relativo éxito el acuciente problema del crecimiento imparable del trabajo jurídicamente independiente.

## SEGUNDA PARTE

### LA EMPRESA SATELITAL

El Derecho del trabajo fue estructurado para regular las relaciones de producción derivadas de un modelo de producción eminentemente nacional, en el cual un empresario se dedicaba a explotar una industria o un comercio, sobre el cual ejercía

---

<sup>17</sup> La extensión por ley a un núcleo específico de trabajadores no conlleva necesariamente que se le conceda los mismos derechos que al resto de los trabajadores. El Derecho del trabajo nunca ha tenido un carácter homogéneo, pues siempre ha reconocido la existencia de regímenes especiales: marinos mercantes, trabajadores del transporte terrestre y aéreo, deportistas profesionales, teletrabajo.

<sup>18</sup> AUZERO, Gilles y DOCKES, Emmanuel, *Droit du Travail*, Dalloz, París, 2016, p. 235: en una decisión del 12 de enero de 2011 la Cámara Social de la Corte de Casación de Francia calificó de trabajador a un chofer rutero sometido a una intensa dependencia económica, en cuyo vínculo contractual la subordinación solo estaba presente por medio de horarios, elemento que fuera de toda dependencia económica no hubiera sido suficiente para establecer la existencia del contrato de trabajo.

un control de todo el ciclo productivo de bienes y servicios, con trabajadores contratados por tiempo indefinido y concentrados en un solo establecimiento, con absoluta independencia y autonomía en sus relaciones con los demás actores del mercado y una administración piramidal jerarquizada<sup>19</sup>. En la actualidad, producir para un mercado global y altamente competitivo exige la eficiencia en el trabajo, la respuesta ágil y flexible ante los requerimientos de la clientela, la reducción de costos, el incremento del rendimiento y una mejoría sustancial en la productividad. Un nuevo modo de organización y administración empresarial se estructura para acoplarse al modelo económico mundial: la empresa se fragmenta en su ciclo productivo, deja de ser vertical y su cadena de producción, al estilo fordista, se disgrega; su administración se orienta hacia la autonomía funcional y a la descentralización, y se articula y coordina sus procesos productivos con otras empresas y trabajadores autónomos.

La empresa del presente confía a proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de esta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando<sup>20</sup>. Su utilización implica contratar los servicios ofrecidos por proveedores externos para la realización de funciones propias de la empresa contratante, las cuales deberán ser ejecutadas conforme a las directrices de esta última<sup>21</sup>. En un principio, el fenómeno se limitó a expulsar del núcleo principal tareas periféricas o accesorias, que, aunque necesarias en la explotación, podían ser segregadas de la actividad propia de su giro; con el tiempo, cualquier actividad o fase del proceso productivo puede ser externalizada, si así conviene a los intereses de la empresa principal.

El fenómeno puede manifestarse en forma vertical u horizontal. En el primer caso, se segmentan ciertas actividades que normalmente realizaba la empresa para ser confiadas a un tercero especializado en las mismas. Cuando esta decisión se adopta se suele ejecutar la encomienda – aunque no siempre es así-, en el establecimiento de la empresa que ha requerido y convenido la contratación. Así sucede cuando una empresa traspasa sus departamentos de limpieza y vigilancia a sendas firmas dedicadas a estas competencias, confía a oficinas especializadas en el ramo la gestión de los recursos humanos o su administración contable o le entrega, caso de

---

<sup>19</sup> HIERREZUELO, Ricardo D., *Intermediación e interposición laboral y descentralización productiva*, en el *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario E. Ackerman y coordinado por Diego M. Tosca, Tomo II, *La Relación Individual de Trabajo I*, editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 238.

<sup>20</sup> RIVERO LLAMAS, citado por Hierrezuelo, Ricardo D., ob. cit., p. 237.

<sup>21</sup> RASO DELGUE, Juan, *Outsourcing: La respuesta uruguaya*, en la obra colectiva *El outsourcing, Visión Iberoamericana*, ob. cit., p. 136.

una clínica privada, a un establecimiento hotelero, la administración y gestión de los servicios de alojamiento y comida de los pacientes. Con el auge de la informática, varias de las actividades externalizadas son realizadas desde el hogar del trabajador o desde otro establecimiento empresarial.

En cambio, en la descentralización horizontal se fragmenta el ciclo productivo: la empresa se reserva la realización de una determinada faceta del producto, probablemente la esencial, y deriva las restantes a terceras empresas. Se está ante una real y efectiva *externalización*, pues la fabricación del producto hasta su finalización es distribuida entre pequeñas y medianas empresas, incluso empresas unipersonales y trabajadores autónomos, cada uno encargado de una fase del producto, toda una red articulada con la empresa matriz, responsable de coordinar al conjunto. Corresponderá a esta última decidir la dimensión de la fragmentación, que podrá comprender un número cualquiera de fases, hasta poder llegar al extremo de limitar su papel a una simple ensambladora del producto final o dedicarse únicamente a su comercialización. Surge así un nuevo paradigma empresarial, un modo de producción que deja de ser vertical para transformarse, según la feliz expresión de un autor, en un modelo "*satelital*" u "*orbital*", pues las unidades que intervienen en la producción giran todas alrededor de la empresa matriz, de la cual son muchas veces económicamente dependientes<sup>22</sup>.

Naturalmente, habría que distinguir entre la descentralización practicada con fines de abaratar costos laborales y mejorar la competitividad, de aquella que es practicada con el único propósito de burlar la norma laboral. Esta última será un fraude, y al juez de trabajo le corresponderá destruir la simulación para restablecer el imperio de la verdad. La primera, en cambio, es una realidad, que podría afectar la protección que el tradicional Derecho del trabajo ofrece a los asalariados.

*Ab initio*, de nada habría que preocuparse. Trabajadores son los de la empresa principal, como los son los contratados por las empresas satélites. Pero un examen más profundo de la situación nos revela que, las pequeñas unidades contratadas por la empresa matriz pueden carecer de solvencia económica y, en tal virtud, verse imposibilitadas de cumplir con sus obligaciones laborales; en adición, su capacidad económica les impedirá ofrecer condiciones de trabajo similares a las convenidas en la empresa principal. La precariedad de los trabajadores contratados por las empresas

---

<sup>22</sup> Hierrezuelo, Ricardo D., ob. cit., p. 239.

periféricas puede poner en peligro la protección diseñada por el Derecho del trabajo. Se impone, pues, indagar si nuestra disciplina no tiene institutos capaces de evitar la eventual desprotección de estos asalariados.

Las figuras de la *subcontratación* y de la *intermediación*, existentes desde sus inicios en todas las legislaciones del trabajo podrían ser fácilmente aplicables en el triángulo formado por la empresa principal, sus satélites y los trabajadores que estas últimas han contratado. En efecto, desde siempre se ha considerado como empleador de sus trabajadores al subcontratista a quien el contratista principal le ha asignado parte de la obra, pero deja de serlo, para reputarse como un intermediario, cuando carece de la capacidad económica para responder a los derechos de sus trabajadores. Esta solución ideada por el legislador para el área de la construcción bien puede ser transferida por el juzgador al fenómeno actual de la tercerización, pues las personas a quienes se haya confiado determinadas actividades de la empresa podrán ser calificadas de simples intermediarios cuando no tengan la solvencia económica para satisfacer los derechos laborales de sus trabajadores. Aunque es verdad que el intermediario se concibió como una persona física, nada obsta para que también pueda serlo una persona moral, como sucede con las pequeñas empresas dotadas de personalidad jurídica a las cuales se han traspasado determinadas actividades de la empresa principal. Si estas no cuentan con los recursos para responder a sus obligaciones laborales deberán ser calificadas como intermediarias y la empresa matriz catalogada como la real y verdadera empleadora de los trabajadores que aquellas han contratado.

Mientras las actividades traspasadas a terceros sean ejecutadas al interior de la empresa principal -servicios de limpieza, de vigilancia, por ejemplo-, no habría inconveniente en utilizar los mecanismos de la subcontratación y la intermediación para proteger a los trabajadores empleados por las empresas periféricas; pero más complicado sería hacerlo cuando la empresa ha fragmentado su ciclo productivo o segmentado actividades para traspasarlas a empresas que las ejecutarán desde el exterior. Cuando tal acontece, la figura de la subcontratación se desdibuja, hasta el extremo de que algunos autores prefieren reconocer en este modelo de organización un nuevo instituto, diferente al de la subcontratación, al cual designan con el nombre de «*subempresa*»<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> AMEGLIO, Eduardo J., *Las Empresas Suministradoras de Mano de Obra Temporal*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1984, 77.

Esta acertada diferenciación que aporta la doctrina al fenómeno de la externalización, según se ejecuten los trabajos delegados al interior o exterior de la empresa matriz, no debería constituirse en un obstáculo para privar de protección a los trabajadores de las empresas periféricas. La subcontratación es un término lo suficientemente amplio para poder interpretarlo como una externalización de actividades, ejecutadas por terceros al interior o exterior de la empresa matriz. No vemos inconveniente para que un juez de trabajo pueda calificar como subcontratación el acuerdo por el cual se confía a un tercero la ejecución desde el exterior de determinadas actividades o fases del ciclo de producción de una empresa. De hecho, en algunos países, como la República Dominicana, a estas empresas satelitales se les denomina «*contratistas*». Una prueba de que el vocablo puede ser interpretado en este sentido, lo encontramos en la legislación de Argentina, en la cual se dispone expresamente que, la empresa que contrate o subcontrate trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento, **dentro o fuera de su ámbito** (lo colocamos en negritas) deberá exigir a sus contratistas y subcontratistas el cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social, y, en caso de incumplimiento será responsable solidariamente con la empresa que ha contratado o subcontratado<sup>24</sup>. De todos modos, si se quiere evitar cualquier equívoco con el término, se podría disponer, como lo hace una ley uruguaya, un principio de corresponsabilidad entre la empresa principal y la externa que brinda productos o servicios a la primera con trabajadores dependientes<sup>25</sup>.

De lo acabado de explicar se infiere que, el Derecho del trabajo cuenta con instrumentos idóneos para proteger a los trabajadores empleados por los contratistas y subcontratistas cuando estos incumplen con sus obligaciones laborales, situación que comprometerá la responsabilidad de la empresa principal, a título de solidaridad con aquellos que figuraron originalmente como empleadores.

Es la insolvencia de la empresa satélite lo que dispara la alarma de la intervención. Mientras se cumpla con la legislación del trabajo se debe suponer que los trabajadores de las pequeñas unidades están protegidos. Sin embargo, quienes prestan servicios en ellas gozarán de derechos y ventajas distintas a los que ofrece la empresa principal para la cual se trabaja. La pequeña empresa contratista, por su mismo potencial económico, no podrá, en caso alguno, brindar a sus operarios iguales condiciones de

---

<sup>24</sup> ACKERMAN, Mario E., *La subcontratación laboral en el Derecho argentino*, en la obra colectiva *El outsourcing, Visión Iberoamericana*, ob. cit., p. 6.

<sup>25</sup> RASO DELGUE, Juan, ob. cit., pp. 143 y 144.

trabajo que las existentes en la principal. En esta se pagarán salarios muy superiores al mínimo de ley; las regulaciones legales referentes a horas extras, descanso semanal, vacaciones, seguramente han sido mejoradas; y se dispondrán, por decisión unilateral del empleador o por acuerdo entre las partes, beneficios adicionales a los contemplados en la legislación. En cambio, en las unidades satelitales se aplicará exclusivamente lo dispuesto por la ley: el reconocimiento al salario mínimo y a las demás garantías de protección incluidas en el ordenamiento jurídico. Surge así un escenario de trabajadores de primera y trabajadores de segunda, de *insiders* y *outsiders*; los primeros integrantes de una aristocracia; los segundos, desamparados de la fortuna. Todos concurren a un mismo proceso productivo o a la satisfacción de los servicios propios de la empresa matriz, pero la naturaleza molecular del modelo los separa, los diferencia, les priva del sentimiento de solidaridad que debiera existir entre ellos, pues en el centro estarán los “ricos” y en la periferia los “explotados”.

Ante una situación como la descrita, el Derecho del trabajo tradicional carece de respuestas, con el agravante de que el sindicato, clave de bóveda que impulsa el progreso social, queda debilitado, pues las unidades orbitales no tienen el número mínimo de trabajadores para que se pueda constituir legítimamente la organización o sencillamente por haber desaparecido la solidaridad entre los asalariados de las distintas empresas que trabajan para la principal.

Tal vez se podría pensar en una ley especial que obligara a las empresas periféricas a ofrecer condiciones de trabajo iguales a las existentes en la empresa principal, pero tal exigencia equivaldría a la condenación del modelo, pues las condiciones de rentabilidad de aquellas no les permitiría cumplir satisfactoriamente el mandato legal.

Entonces, ¿qué hacer? En Perú se regula el fenómeno y se admite la externalización si la empresa delegada asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, dispone de sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, asume la responsabilidad por los resultados de sus actividades y dirige bajo su subordinación exclusiva a sus trabajadores<sup>26</sup>. Pero esta solución no impide el grave problema de la precarización, lo que impulsa a algunas legislaciones a limitar o a prohibir la externalización. Así, México, la restringe al desprendimiento exclusivo de actividades accesorias al giro de la empresa (reforma del 2012 a su Ley Federal del Trabajo), mientras que otras, como Venezuela (Art. 48, de la Ley Orgánica del Trabajo) y Ecuador (Constitución) optan por

---

<sup>26</sup> PASCO COSMOPOLIS, *Outsourcing, subcontratación e intermediación laboral*, en la obra colectiva *El outsourcing, Visión Iberoamericana*, ob. cit., p. 125.

su prohibición, medida extrema que deja subsistir una inquietud: ¿puede una legislación frenar el impulso de las fuerzas productivas? La precarización no va a dejar de existir porque la prohíba un mandato del legislador. La precariedad en la relación de trabajo actual es una realidad insoslayable, y hasta ahora no se ha encontrado una medida eficaz para erradicarla.

## CONCLUSIONES

El clásico Derecho del trabajo fue concebido para regular una relación de trabajo nacida en la sociedad industrial; por tanto, sus normas se avienen mal a nuevos estereotipos laborales creados por una empresa horizontal que impone un nuevo modo de producción de naturaleza molecular, constreñida por la necesidad de triunfar en un mercado global dominado por la tecnología más sofisticada.

La subordinación jurídica como concepto básico para ingresar al ámbito de la protección del Derecho del trabajo es difícilmente identificable en los vínculos laborales que se establecen en las nuevas formas de empleo, privando de protección a trabajadores que la necesitan por depender económicamente de una empresa.

La precariedad es la nota distintiva del trabajo subordinado de hoy.

¿Desaparecerá el Derecho del trabajo? Como se ha explicado, nuestra disciplina ha comenzado a reaccionar y a adoptar medidas que intentan preservar su ámbito de protección. Creación de regímenes especiales para beneficiar a trabajadores jurídicamente independientes, aunque económicamente dependientes; interpretación más audaz del estado de subordinación jurídica, incluyendo en su *test* de indicios la nota de la dependencia económica; uso de las figuras de la subcontratación y la intermediación para disponer la corresponsabilidad o la solidaridad entre el subcontratista y la empresa que lo ha contratado.

Más bien podría decirse que el Derecho del trabajo se ha fortalecido con la incorporación de la doctrina de los derechos fundamentales. Estos han penetrado en su órbita con la denominación de «*derechos inespecíficos*», y gracias a esta invasión del Derecho constitucional moderno, el ciudadano trabajador que, al ingresar a la fábrica gozaba de los derechos típicamente laborales, se transforma en un trabajador ciudadano, pues a sus derechos de asalariado adiciona los que son reconocidos a los ciudadanos. Aún más, varios de los derechos laborales han sido incorporados a la



constitución o han sido incluidos en el bloque de constitucionalidad, gracias a la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT (1998) y otros instrumentos internacionales.

Mientras en el mundo exista un clamor por la justicia social, el Derecho del trabajo no desaparecerá, pues es un instrumento para su concreción; ciertamente, deberá acompañar sus normas a la marcha de la empresa de este siglo, como ya lo está haciendo por la vía legislativa o por el recurso a la interpretación judicial.

El trabajo no es una mercancía, proclamó la Declaración de Filadelfia de la OIT y el Santo Padre recientemente ha afirmado que el mercado debe de ser civilizado. Solo con la existencia del Derecho del trabajo podremos lograr estos valores.