

CONTRATOS DE TRABAJO, ECONOMÍA INFORMAL Y EMPRESAS DE MANO DE OBRA

Mario PASCO COSMÓPOLIS

SUMARIO: I. *Los contratos de trabajo*. II. *La informalidad*.
III. *Empresas de mano de obra*. IV. *La precarización: el de-
nominador común*.

El tema designado bajo esta rúbrica implica, de algún modo, el desarrollo paralelo de las tres materias que contiene y que, al menos en apariencia, se presentan como heterogéneas.

Hay, sin embargo, un hilo invisible que las vincula: el de la precarización del trabajo.

Entendemos, por consiguiente, que el desafío académico que la ponencia representa nos conduce a abordar I) los contratos de trabajo, con énfasis en los contratos atípicos; II) la informalidad: el trabajo de los informales y sus contactos con la legalidad, y III) la intermediación laboral; para finalmente analizar IV) el punto de encuentro de estos tres tópicos: la precarización del trabajo.

I. LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Las primeras seis décadas del siglo XX, con excepción del periodo de la gran depresión, se caracterizaron por una expansión continua y sin precedentes de la producción y del comercio a escala mundial.

En las fábricas, el taylorismo y el fordismo impusieron la producción en masa, caracterizada por la concentración de todo el proceso productivo en gigantescas usinas, donde un ejército de obreros especializados, como consecuencia de la división del trabajo, realizaban sus labores según la cadencia impuesta en la línea por los estamentos directivos, bajo

condiciones estandarizadas de trabajo, fijadas inicialmente por el empleador, de manera análoga a los contratos por adhesión, y luego por la legislación estatal y los convenios colectivos.

El trabajo asalariado, en esos tiempos de continua expansión, solía prestarse en una jornada completa a un mismo empleador, al cual el trabajador permanecía vinculado a lo largo de toda su vida laboral. Esto era lo común, lo general, lo ordinario, lo sólito. El contrato de trabajo típico se caracterizaba, por ende, por la presencia de los siguientes elementos accesorios o sintomáticos, que solían acompañar a los esenciales:¹ *a*) la realización de la prestación en una jornada de extensión cercana o igual a la jornada legal máxima; *b*) el carácter indefinido de duración del contrato, *c*) la prestación de servicios bajo las órdenes de quien abona la remuneración, y *d*) la ejecución de la prestación en el centro de trabajo del empleador.

Las notas características de la legislación laboral clásica giraban en torno a unas pocas ideas de gran fuerza: la protección del trabajador, la irrenunciabilidad de los derechos, la igualdad de los trabajadores o, que es casi lo mismo, la universalidad del ordenamiento, la intervención del Estado.

La universalidad o generalidad del ordenamiento implicaba que la definición del contrato de trabajo, sus elementos y características, sus vicisitudes, incluso hasta sus modalidades y terminación, fueran concebidos en función del contrato típico.

El fenomenal cambio producido en el orden económico mundial a través de la globalización y la competitividad, sobre el que se han gastado cantidades incommensurables de tinta, y la tendencia correlativa a la flexibilización de las relaciones laborales, ha tenido un fuerte impacto en la legislación y en el esquema contractual antes descrito. La proliferación de las formas atípicas de la contratación es uno de los más notables y notorios.

Atípico viene a ser el contrato que carece de uno o más de los elementos típicos, es decir, que *a*) no es a tiempo completo, o *b*) no se cumple dentro de los límites de la jornada máxima, o *c*) no es de duración indefinida, o *d*) es prestado bajo la subordinación de persona distinta a la que abona la remuneración, o *e*) se realiza fuera del centro de trabajo del empleador.

¹ Servicios personales, subordinación y remuneración.

Ello lleva a plantear la atipicidad en atención a los criterios siguientes:

1. Por la duración del contrato, distinguiendo entre los contratos que son temporales por su propia índole o naturaleza, como sucede con construcción civil o el trabajo de artistas y deportistas, y los que son temporales por condiciones de su estipulación.
2. Por la extensión de la jornada de trabajo, acogiendo las formas más frecuentes de atipicidad, como el trabajo a tiempo parcial (*part-time*), las jornadas acumulativas, y otras modalidades.
3. Por el lugar de trabajo: el trabajo a domicilio tradicional se manifiesta hoy de maneras novedosas, por ejemplo, el teletrabajo.
4. Por la índole del empleador: subcontratación e intermediación.

En el presente trabajo, y conforme al esquema adelantado, nos habrá de interesar esta última manifestación de la atipicidad, caracterizada por la intervención de un tercero, sea bajo formas de intermediación, o de subcontratación.

La atipicidad era en antaño un fenómeno excepcional; pero la ola flexibilizadora ha traído consigo una repotenciación del contrato modal y ha incorporado nuevas formas de vinculación contractual que o no existían o existían dentro de moldes muy tradicionales, que en gran medida han tenido que ser actualizados, cuando no ha sido necesaria toda una nueva normativa.

Es que no ha cambiado sólo el contrato, como instrumento jurídico. Ha cambiado el trabajo mismo. En el tránsito global de una economía industrial a otra post o metaindustrial, los paradigmas productivos aparecen, se renuevan y se esfuman cada día, a un ritmo vertiginoso que supera a la propia imaginación.

Anteriormente se afirmaba que la producción creaba su propia demanda; hoy en día son los consumidores, premunidos de la libertad de elegir entre diversos proveedores de todo el mundo, quienes imponen sus dictados, lo que convierte en casi un imperativo la producción flexible, hostil a la existencia de *stocks* y mano de obra inmovilizados.

Las necesidades de la economía moderna han hecho que la atipicidad se sitúe en el núcleo de las relaciones de trabajo, convirtiéndose en un gran desafío para el derecho del trabajo, el cual se encuentra en la disyuntiva de reformular o poner al día sus instituciones o ser sobrepasado por la realidad.

Tres son, podríamos decir, las formas como se comporta la legislación frente al cambio: anticipándolo, induciéndolo o siguiéndolo. La legislación puede prever ciertas conductas e intentar regularlas, o puede, más intensamente, estimular su adopción, como también, en el último supuesto, actuar *ex post facto*, cuando el fenómeno ya ha ocurrido.

La normativa de los países del área hemisférica presenta muestras de todas estas formas. Así, por ejemplo, en materia de contratación modal, las legislaciones argentina y peruana incorporaron, a principios de la década de los noventa, un variadísimo elenco de tipos de contrato, comenzando a moldear desde ese momento la manera como se contrataría en lo sucesivo. En la Argentina, dentro del segundo esquema, hubo modalidades “promovidas”, esto es, incentivadas por la legislación. Finalmente, ha habido asimismo casos en que la realidad ha marchado por delante, y la legislación ha debido adaptarse *a posteriori*, como sucedió en el Perú con las cooperativas de trabajo, que aparecieron por una especie de generación espontánea y tuvieron que ser después reguladas con carácter específico de manera restrictiva.

II. LA INFORMALIDAD

1. Economía y trabajo informales

Uno de los fenómenos sociales y económicos más notorios de los últimos tiempos es el crecimiento del sector informal. Tal hecho, que se da incluso en los países más ricos, adquiere caracteres endémicos en los de menor desarrollo, a tal punto que estudios de la OIT demuestran que de cada cien empleos que se crean, más de ochenta lo son en ese sector.

La economía informal puede ser definida en atención a sus causas o a sus manifestaciones o a las actividades en las que se presenta o del volumen de personas que involucra o de la participación que tiene dentro de la economía de los países. Desde la perspectiva jurídica, tendría que ser definida como aquellas actividades económicas y productivas que, sin ser de naturaleza criminal, se dan al margen de la legalidad o en contraste o incumplimiento de la misma ilegalidad.

Trabajo informal es el que, dentro de esa economía, se realiza en forma independiente o bajo un esquema que, siendo el teórico de una relación de trabajo, se desenvuelve sin aplicación de las normas que regu-

lan a ésta. Se le denomina también trabajo no registrado o no sujeto a contrato.

La informalidad genera un doble mercado de trabajo: el *oficial*, que goza de una adecuada protección estatal y social, y que podemos ubicarlo dentro de un área regular; y el *clandestino*, que carece de todo tipo de tutela.²

No sólo existe trabajo informal en el sector clandestino, sino también en empresas legalmente constituidas: es el área negra del sector blanco; trabajadores que laboran en una empresa registrada, pero que no figuran en los libros de planillas.

Debe advertirse que el sector informal es sumamente heterogéneo “y se define más por su divergencia a la normatividad del sector formal que por las probabilidades sociales comunes”.³ Dentro de esa heterogeneidad conviven trabajo asalariado y trabajo independiente

El trabajo informal es precario. Informalidad y precariedad no significan lo mismo, pero suelen presentarse constantemente ligadas entre sí: “precarios” e “informales” provienen y constituyen un mismo grupo humano, una masa social que pasa incesantemente de la legalidad a la clandestinidad, y esporádicamente regresa de ella.

Los límites entre ambos conceptos no son siempre claros ni están precisados, sobre todo porque, como es obvio, el trabajo informal no sólo se da en el sector clandestino de la economía, sino que, como hemos dicho, también puede observarse en empresas legalmente constituidas a trabajadores que laboran en ella, pero que no figuran en los registros. Difícilmente podría afirmarse que dentro de la industria clandestina todos son eventuales, pero más difícil es hablar de trabajadores “estables” dentro de la industria informal.

2. Los derechos de los informales

Los trabajadores informales están en el último peldaño en lo que a protección por el derecho se refiere. Teóricamente son titulares de todos

² Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo (España), *Documentación socio-laboral*, El trabajo a tiempo parcial en Italia, p. 3.

³ Dombois, Rainer, “¿Empleo atípico en economías sin empleo típico? Problemas analíticos del concepto de la relación laboral normal; el ejemplo de Colombia”, *Reestructuración y regulación institucional del mercado de trabajo en América Latina*, Ginebra, Instituto Internacional de Estudios Laborales, 1993, p. 208.

los derechos laborales, pero sólo son efectivos aquellos que el empleador quiera reconocerles. Las relaciones laborales nacen y se desarrollan en inobservancia, generalmente sistemática, al ordenamiento jurídico aplicable.

En lo que se refiere a remuneraciones, existe una gran heterogeneidad: por regla general, los trabajadores informales perciben menos que los del sector registrado, aunque puede haber excepciones. Para el informal no hay jornada máxima de trabajo ni descanso diario, semanal y menos vacacional; están fuera de los alcances del salario mínimo vital, y, por supuesto, también de todas las demás compensaciones o prestaciones. Carecen de toda protección contra el despido arbitrario, y los derechos colectivos —libertad sindical, negociación colectiva, huelga— no tienen para ellos significación alguna. Finalmente, como es obvio, tampoco les alcanza la seguridad social en ninguna de sus manifestaciones.

Debe tenerse en cuenta que el informal no lo es porque quiere: “el trabajo informal no es simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aquellos que buscan trabajo”.⁴

Preciso es advertir, sin embargo, que no todo trabajo informal es peor que el que se cumple dentro de la norma. Hay informales voluntarios que lo son por propia decisión, pues su colocación marginal a los regímenes legales no se agota en los derechos, sino también y en gran medida trascurriendo a las obligaciones, en especial de carácter fiscal y parafiscal. El trabajador informal, en especial, el independiente, crea su propio paraíso tributario, al que no acceden los controles ni la inspección de los agentes gubernamentales.

A ello habría que agregar que el factor trabajo no es el único cuyo costo se reduce en la industria clandestina. También favorecen decididamente el crecimiento a las actividades clandestinas el no pagar impuestos, no llevar libros de acuerdo con la ley, la libertad de trabas administrativas, evadir, en suma, “el alto costo de la legalidad” —según expresión de Hernando de Soto en *El otro Sendero*—, entendido no sólo como cargas o gravámenes, sino traducido en engorros, pérdidas de tiempo, despilfarros y otros desaguisados del burocratismo.

⁴ Galín, Pedro, *Condiciones de trabajo en los trabajadores por turnos de la industria del país*, Lima, Centro Interamericano de Administración del Trabajo, 1982, p. 48.

3. *Informalidad y formalización*

Diversas han sido las iniciativas legislativas encaminadas a lograr el paulatino y progresivo acceso de la producción informal dentro del mercado estructurado, bien sea en los aspectos estrictamente laborales, como en los administrativos y tributarios.

Dentro de esa línea se ubican, por ejemplo, las normas que buscan dar un tratamiento diferenciado a la pequeña y mediana empresa, y muy en especial a la microempresa.

Del examen de tales normas es posible deducir, en cierta forma, la “doble moral” con que es vista la informalidad. Para algunos, se trata de una actividad ilegal y, por lo tanto, ilícita; desde tal trinchera, debe ser proscrita y perseguida. Para otros, no es sólo un proceso social inevitable, sino incluso benéfico, ya que permite a vastos sectores de la población acceder a medios de vida que el deficiente grado de desarrollo económico no le puede ofrecer por vía legal.

Grzetich y Mezzera optan por diferenciar el trabajo informal, entendido como “economía de subsistencia, de lo que es economía capitalista, que deliberadamente se margina del cumplimiento de las obligaciones del sistema para lograr ventajas en materia de evasión tributaria y de incumplimiento laboral”.⁵ En tal sentido, las acciones frente a uno u otro deben ser diferentes, pues

*el trabajo informal es el trabajo de subsistencia, que lo desarrolla quien, por su misma pobreza, no cumple con muchas normas porque no puede hacerlo. A éste, el Estado lo debe promover, mejorando su situación, operando sobre la productividad y logrando optimizar sus ingresos. En cambio la actividad desarrollada sin cumplir con la normativa vigente, buscando simplemente un mayor lucro, debe calificarse como sector de trabajo “negro” o “economía sommersa”. Este tipo de actividades el Estado debe desalentarlas y sancionarlas.*⁶

Por eso, y por la condición mísera a la que es reducido por lo general el trabajador informal, no cabe duda de que algo tiene que hacerse desde

⁵ Grzetich Long, Antonio y Mezzera, Jaime, “Sobre el concepto de sector informal y sus consecuencias jurídicas”, *Relasur, Revista de Relaciones Laborales en América Latina-Cono Sur*, Montevideo, núm. 4, 1992, p. 121.

⁶ *Ibidem*, p. 128.

el punto de vista legislativo, como también político y administrativo, si no para erradicar la informalidad —pretensión utópica— al menos para lograr el respeto universal a ese mínimo inabdicable de derechos laborales a los que la OIT ha dedicado su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998).

III. EMPRESAS DE MANO DE OBRA

Otro “signo de los tiempos” aparecido como consecuencia de las exigencias y presiones de la economía moderna es la proliferación de las empresas de mano de obra y su incorporación en el proceso productivo a través de los llamados “contratos por vía indirecta”.

Contratos por vía indirecta son aquellos que presentan un carácter triangular: a los actores normales de la relación —trabajador y empleador— se añade un tercero, sea una empresa de trabajo temporal, una empresa de servicios complementarios o un contratista.⁷

1. *La cuestión terminológica*

Terreno asaz resbaladizo en el que discurren los contratos por vía indirecta es el terminológico. Hay una variedad inmensa de denominaciones para las variadas formas de interposición de un tercero en la relación normalmente bilateral que es típica del contrato de trabajo. En efecto, bien que con contenidos muy variados y dispares, pululan en torno a esta materia términos como enganche, colocación y agencias de colocación, tercerización, outsourcing, descentralización o descentralización productiva, externalización, desverticalización, desconcentración, focalización, especialización flexible, contratistas y subcontratistas, trabajo en régimen de subcontratación,⁸ interposición, intermediación, empresas de trabajo temporal, empresas de servicios o prestadoras de servicios, suministro de personal, cooperativas de trabajadores, empresas asociativas de trabajadores, etcétera.

⁷ El concepto de triangularidad, aunque criticado por algunos autores, es aceptado por la OIT. Véase *El ámbito de la relación de trabajo*, Ginebra, 2003, p. 43.

⁸ Utilizado por OIT en los preparativos y debates de las Conferencias de 1996 y 1997.

Algunas de estas formas se manifiestan en la presencia de auténticas empresas, autónomas de la “principal”, que realizan en su propio local, con sus equipos y maquinarias propios y, naturalmente, con sus trabajadores, determinadas tareas o funciones que, dentro de la estructura clásica, eran antes desempeñadas por aquella “principal”; es un fenómeno al que se suele denominar de “tercerización” o *outsourcing*. En el otro extremo del espectro se sitúan aquellas empresas que se limitan a suministrar personal, el cual pasa a efectuar tareas dentro del local, con las herramientas e insumos y bajo la dirección, por lo general abierta y ostensible, de la “principal”, y a quienes apropiadamente se denomina intermediarios.⁹

En el medio, coexisten tantas formas y denominaciones, tan diversas como las antes señaladas, que es menester, aunque sólo fuere por razones de claridad, hacer un deslinde y formular una propuesta de clasificación, propuesta que, obviamente, sólo pretende depurar el panorama y que, por cierto, puede resultar discutible, para quienes prefieran otras clasificaciones y rúbricas, o inaplicable, en países o legislaciones en los que se han entronizado criterios diferentes.

La OIT, en los trabajos preparatorios para las conferencias de 84o. de 1996 y 85o. de 1997,¹⁰ distingue entre subcontratación de bienes o de la prestación de servicios, por un lado, y subcontratación de mano de obra, por otro. Por la primera,

una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Los trabajadores dedicados a esa tarea permanecen bajo el control y la supervisión de la segunda empresa (llamada subcontratista), que es también responsable del pago de los salarios y del cumplimiento de las demás obligaciones que incumben al empleador. La empresa usuaria paga al subcontratista por el trabajo efectuado o por el servicio facilitado, y no en función del número de personas empleadas ni del número de horas trabajadas. A la empresa usuaria lo único que le interesa es el producto terminado que le entrega el subcontratista, no la manera en que se realizó el trabajo ni quién lo hizo.

⁹ Excluimos a las llamadas “agencias retribuidas de colocación”, a que se refiere el Convenio 96 de la OIT, que no constituyen en modo alguno formas de contratación atípica.

¹⁰ Informe VI (1), *Trabajo en régimen de subcontratación*, p. 7.

La subcontratación de mano de obra se da

cuando el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere. Hay muchas variantes de este fenómeno, pero todas se caracterizan por la ausencia de una relación de empleo directa y oficial entre la empresa usuaria y los trabajadores interesados. Las personas contratadas están sujetas al control y la supervisión de la empresa usuaria. Esta remunera a los subcontratistas según el número de personas contratadas, no en función del producto acabado. En general, el subcontratista negocia y fija los salarios directamente con los trabajadores, y está facultado para contratar y despedir, aun cuando a ese respecto la decisión final sigue siendo facultad de la empresa usuaria.

Distingue también la OIT entre “la subcontratación interna y la subcontratación externa, según que el trabajo se lleve a cabo (o que los servicios se presten) en las instalaciones de la empresa usuaria o en el exterior”.

Nuestra propuesta de clasificación, que en parte recoge la de la ley peruana, comienza por distinguir dos situaciones, a nuestro entender, perfectamente separables: *a)* contratistas y subcontratistas, por un lado, y *b)* intermediarios de mano de obra, por otro.

Dentro del primer grupo, la distinción entre contratistas y subcontratistas parecería un capricho semántico. Hay quienes sostienen que contratista sólo puede ser el empleador “principal”, ya que celebra un contrato con sus trabajadores, de lo que se colige que todo el que trabaja externamente sería subcontratista. En la otra ribera, hay quien sostiene exactamente lo contrario, al menos en apariencia: que el uso del prefijo “sub” es inadecuado, porque “lo que hay, simplemente, es una contratación”.¹¹

En nuestro criterio, la expresión *contratista* hace referencia, no a los contratos de trabajo, sino al vínculo entre dos empresas: una principal, que recibe los bienes o servicios, y otra accesoria o periférica que los

¹¹ Mascaro Nascimento, Amauri, citado por Racciatti, Octavio Carlos, “Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva”, *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, t. XL, núm. 185, 1997, p. 167.

produce o ejecuta. A su vez, subcontratista vendría a ser quien se vincula con un contratista para hacer parte de las tareas que éste tiene concertadas con la principal. Ambas figuras son frecuentes y comunes en nuestros países, y señaladamente en el Perú.

Contratistas y subcontratistas rinden un servicio especializado y hasta sofisticado: no se limitan a proveer personal ni a supervisar de modo general la prestación del servicio, sino que asumen responsabilidad por el resultado, para lo cual tienen que aportar dirección técnica, equipos y bienes materiales. Su retribución no se mide según el número de trabajadores involucrados ni del monto de las retribuciones pagadas a los mismos, sino de acuerdo con ese resultado. Naturalmente, el lucro derivará de la eficiencia y productividad que logre alcanzar en el desempeño de su cometido.

Las empresas de intermediación o intermediarias o suministradoras actúan como prestamistas de mano de obra: contratan personal a fin de ponerlo a disposición de una empresa que es la que recibe realmente los servicios. Salvo excepciones, por lo general no aportan tecnología ni equipamiento; sus ingresos consisten en el reembolso que la empresa principal hace de las remuneraciones abonadas, más otras prestaciones, beneficios y cargas fiscales y parafiscales; el ingreso lucrativo de dichas empresa está tarifado como un porcentaje de lo que ellas, a su vez, abonan a sus trabajadores y les es reembolsado por la empresa usuaria. Son calificadas, con clara connotación despectiva, como “planillas o nóminas de alquiler” o como “planillas biombo”, ya que la única función que cumplen es segregarse a los trabajadores de la que debiera ser vinculación directa con el empresario que realmente recibe y utiliza sus servicios.

Esta gruesa caracterización debe, sin embargo, ser matizada. Dentro del género “empresa intermediaria” podemos ubicar tres especies: *a)* las del suministro de mano de obra temporal, a las que suele denominarse empresas de trabajo temporal —ETT— o de “servicio temporario puro”;¹² *b)* las que realizan, con su personal, pero en las instalaciones de la empresa principal, tareas permanentes de ésta, pero que no se integran dentro de su proceso productivo principal, caso de la vigilancia y guardiana, la limpieza de oficinas, mantenimiento y similares, a las que apropiadamente la legislación peruana denomina “empresas de servicios

¹² Ameglio, Eduardo J., *Las empresas suministradoras de mano de obra temporal*, Montevideo, Amalio Fernández, 1984.

complementarios”, y *c*) las de suministro de mano de obra permanente para el desempeño de tareas propias del giro o actividad de la empresa principal, calificadas por Ameglio como una forma de mercadeo de mano de obra o *marchandage*.

En las empresas de servicios temporales, es temporal la relación entre ambas empresas —la usuaria del servicio y la que lo presta—, pero también, y como derivación de ello, lo es la relación con el trabajador, el cual muchas veces permanece bajo una modalidad sui generis de contrato de trabajo que podría ser denominada “en espera”.

Los servicios complementarios se refieren a tareas que, siendo comunes y ordinarias en la empresa, no corresponden a su giro de producción: guardiana y seguridad, limpieza, mantenimiento, etcétera. A nadie escapa que todos éstos son aspectos indispensables para la operatividad de la empresa; pero a nadie escapa, tampoco, que ninguno tiene que ver con los aspectos propiamente productivos. De allí que se acepte como necesaria la existencia de empresas especializadas, las cuales destacan a su propio personal para que ejecute las tareas dentro de un híbrido de relación en el que pueden recibir instrucciones, tanto de la empleadora formal cuanto de quien recibe el servicio material.

2. *Vínculos jurídicos y relaciones fácticas*

En los casos de subcontratación, bien examinado, el vínculo jurídico es de carácter doblemente bilateral o, si se quiere, hay dos vínculos no relacionados entre sí: por un lado, entre la empresa principal o usuaria y el contratista, proveedor o suministrados, se concreta en un contrato de naturaleza civil, que puede ser de locación de servicios o de obra o simplemente de suministro; por el otro lado, entre el contratista y sus trabajadores hay contratos de trabajo normales, con todos los elementos y características propias de los mismos. No hay, en cambio, ni directa ni indirectamente, lazos o relaciones entre la empresa principal y los trabajadores.

Estas figuras han sido calificadas como triangulares o trilaterales en la medida en que, de una forma u otra, y aunque jurídicamente ello sea negado, siempre existe algún tipo de contacto directo entre todas las partes. Por la circunstancia de que las labores se cumplen por lo normal en las instalaciones de la empresa “utilizadora” y bajo control y supervisión de

ésta, nace por sí sola una inocultable vinculación entre esta empresa y los trabajadores, que aunque formalmente pertenecen a un tercero, materialmente están subordinados a ambas. En el plano jurídico estricto puede hablarse de bilateralidad, pero en el plano de la realidad hay una relación trilateral.

3. Pros y contras: ventajas y desventajas

La intermediación es uno de los temas capitales en los tiempos que corren, ya que viene teniendo un auge inusitado. Las conferencias 84o. y 85o. de la OIT celebradas en 1996 y 1997, respectivamente, se propusieron adoptar un convenio regulador de la materia, pero no se obtuvo el consenso necesario, y la cuestión fue diferida para mejor oportunidad. Este solo hecho es revelador de la importancia y complejidad del tema, así como de la polarización que genera.

Proscrita durante muchas décadas, por entenderse que la intermediación era una forma indirecta o encubierta de enganche, ha tornado al mundo laboral con renovados bríos, y muchas legislaciones que antes la restringían hoy la admiten y hasta la estimulan.

Mucha tinta y fortísimos argumentos se pueden esgrimir contra estas formas de triangulación contractual, en especial contra aquellas que sólo significan poner a disposición de la empresa usuaria una “planilla de alquiler”, es decir, en las que la acción de la intermediaria se limita a colocar, por vía indirecta, lo que en condiciones normales debería procurarse la empresa por vía directa. En estos casos, el intermediario no aporta nada a la creación de riqueza y, por el contrario, su intromisión genera sobrecostos perfectamente evitables.

Las empresas acuden a estos mecanismos porque les confieren flexibilidad, puesto que cuando necesitan amortizar puestos de trabajo o simplemente prescindir de los servicios de uno o más trabajadores, en vez de afrontar las naturales restricciones de la ley laboral, simplemente actúan frente al intermediario, a quien trasladan el problema, desembarazándose aquél de toda dificultad. Otro ángulo que muchas empresas aprovechan es la dificultad, virtual imposibilidad, de que los trabajadores se afilien a sindicatos, sobre todo en países como Colombia y Perú, en los que la forma de agremiación es por lo general a nivel de empresa.

Más sistemáticamente, los argumentos a favor de la intermediación pueden ser expuestos del modo siguiente: *a)* permiten una contratación rápi-

da y eficaz, dado que la ETT cuenta con una reserva pasiva de trabajadores previamente evaluados y calificados; *b)* facilitan el acceso al mercado de trabajo de ciertos sectores, como jóvenes de escasa calificación, estudiantes, mujeres y, en general, demandantes del primer empleo; *c)* aportan flexibilidad a la contratación, al transferirse de la empresa usuaria a la intermediaria los problemas derivados de la terminación de los contratos; *d)* generan competencia entre el personal de planta y el contratado, obligando a los primeros a elevar sus estándares, dado que el personal contratado, por su propia condición, procura mantener un nivel alto de rendimiento como mecanismo para conservar la vigencia o renovación de su contrato; *e)* permiten reducir ciertos costos (aunque ello no siempre por vía legítima, al colocarse a los trabajadores contratados bajo un régimen desigual respecto del personal de planta); *f)* contribuyen a la formalización del trabajo clandestino.¹³

Frente a estas evaluaciones positivas de la intermediación, las críticas de sus detractores son de una tremenda y casi incontrovertible contundencia: *a)* abren un espacio desmesurado para la flexibilidad de contratación, ya que el trabajador carece en los hechos de toda estabilidad, no sólo en el servicio de la empresa usuaria, sino incluso respecto de su empleadora directa; *b)* provocan una aguda segmentación al interior de las empresas, donde se separa nítidamente al personal propio y al ajeno; esto, que en la generalidad de los casos se traduce en una condición desmejorada para el personal eventual, los coloca en posición de subtrabajadores frente al personal estable;¹⁴ *c)* aunque las legislaciones suelen determinar que las remuneraciones y beneficios se equiparen con los del personal común, tal hecho no se cumple, debido sobre todo a las dificultades de control e inspección; *d)* debilitan la afiliación sindical, *e)* generan dificultades en la negociación colectiva; *f)* crean problemas prácticamente insolubles respecto de beneficios como el de participación en las utilidades, dado que, de asimilarse a los trabajadores temporales de la

¹³ Véase además López Guerra, Guillermo, “La reforma laboral en Colombia. Ley 50 de 1990”, *La reforma laboral en América Latina. III Congreso Venezolano de Derecho Social. VII Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, Barquisimeto-Estado de Lara, Venezuela, p. 306.

¹⁴ Esta desigualdad es muchas veces estimulada egoístamente por los trabajadores estables, quienes se niegan, por ejemplo, a que el personal foráneo utilice ciertos servicios, como el de comedor, o exigen que las plazas vacías en los vehículos de transporte sean ocupadas por ellos y no por los contratados.

empresa usuaria, se los estaría distinguiendo de los otros trabajadores de la ETT, y si se los asimila a los de ésta, se los margina del centro productor de la utilidad, que es la empresa usuaria.

Por otro lado, como señala la OIT,¹⁵ los “casos de relación triangular pueden comprender, por supuesto, situaciones de encubrimiento o de ambigüedad objetiva”, ya que es posible que entre las empresas no haya realmente un contrato “y que el suministrador no sea una empresa propiamente dicha, sino un *intermediario* del usuario que está encubriendo la identidad del verdadero empleador. También algunas cooperativas han podido ser utilizadas con ese fin”.

A estas graves y poderosas razones se suma otra de gran fuerza: la ETT contribuye poco o nada a la creación de riqueza. La empresa que es simplemente prestamista o proveedora de mano de obra no cumple otra función que ésta, que es muy pobre; los trabajadores destacados, ellos sí contribuyen a generarla. En buena cuenta, no asume riesgo alguno, salvo el del eventual incumplimiento en los pagos por parte de la empresa usuaria. Esta función parásita representa un agudo sobrecosto cuyo peso recae en la empresa usuaria (y por esa vía en el consumidor), y en el trabajador (que recibe menores salarios y prestaciones).

Finalmente, la triangulación dificulta al trabajador conocer a ciencia cierta quién es en verdad su empleador, y quién debe en definitiva responder por sus derechos, ya que muchas veces las empresas de mano de obra son apenas una fachada formal, desprovista de los activos fijos (edificiones, maquinarias, equipos, herramientas, etcétera) que suelen ser la garantía material de los derechos.

Aún así, es menester separar la paja y el trigo: las empresas que brindan personal estrictamente temporal, eventual o transitorio, como también aquellas que brindan servicios especializados distintos al giro principal de la empresa usuaria, tienen una dosis suficiente de legitimidad como para ser preservadas. El problema nace y se concentra en las empresas de servicios que, bajo apariencia de temporalidad o a veces de manera desembozada, proveen personal permanente y desplazan con ello la posibilidad de que los trabajadores puedan y deban ser contratados en forma directa por la usuaria final de sus servicios. En esa línea de pensamiento, el argumento de que crean empleo no soporta análisis: la ETT no crea puestos de trabajo; sólo provee aquellos que la principal requiere y

¹⁵ El ámbito de la relación de trabajo, *cit.*, nota 7, p. 43.

que, si no le fueran cubiertos por vía externa, con toda seguridad lo habrían sido por contratación directa, ya que no existe empresa que omita contratar personal si realmente lo necesita.

Por donde se la mire, pues, la intermediación provoca más problemas jurídicos, sociales y económicos que los que soluciona, además de propiciar formas inicuas de sobreexplotación de la mano de obra.

4. *Garantías para los trabajadores en régimen de intermediación*

El problema crucial que genera la intermediación (y en algunos casos también la subcontratación) tiene que ver con la garantía del respeto de los derechos fundamentales de sus trabajadores.

No es regla absoluta, pero sí muy generalizada, que la empresa intermediaria sea de dimensión menos importante que la(s) empresa(s) a la(s) que provee sus servicios. Lo normal es que las remuneraciones, beneficios, prestaciones, condiciones de trabajo y, en general, los elementos sustanciales de la relación laboral se enriquezcan y mejoren de acuerdo con la jerarquía, dimensión o importancia de la empresa; es decir, en palabras llanas: los trabajadores de las grandes empresas usuarias disfrutan de salarios superiores y mejores condiciones que los de empresas de menor volumen, como también y exponencialmente respecto de los de medianas, pequeñas y microempresas, o sea, las ETT.

Por otra parte, tampoco es regla absoluta, pero sí constatación asidua el que las empresas de mayor volumen ofrezcan garantías superiores para el cobro de remuneraciones y beneficios en los casos de insolvencia. Es valor universal que dichas remuneraciones y beneficios disfruten, como créditos frente al empleador, de primera prioridad o hiperprivilegio respecto de los otros acreedores, y estén, además, respaldados con el conjunto de los activos del negocio, los que, como es obvio, son más sólidos cuanto mayor es la envergadura de la compañía.

Las empresas de servicios, dada la índole de sus actividades, suelen tener escasos bienes en su patrimonio, y los que tienen son por lo común de reducido valor. Ello, debido a que su actividad se cumple a través del servicio personal de sus trabajadores en las instalaciones de la principal, y no con la utilización de equipos, maquinarias o enseres propios. En caso de insolvencia, los beneficios de sus trabajadores quedan desguarnecidos. Peor aún si, como sucede a veces, las empresas se esfuman y desa-

parecen sin dejar rastro, ya que muchas veces consisten apenas en una dirección domiciliaria, un teléfono y un libro de planillas.

Las medidas adoptadas frente a estos acuciantes problemas han sido:

- a) La homologación o isonomía de las remuneraciones de los trabajadores “en misión” o destacados en relación con los de la empresa principal.
- b) La exigencia de garantías especiales que la ETT debe otorgar como cobertura de sus obligaciones, tipo aval de sus accionistas o propietarios, o fianza bancaria.
- c) La solidaridad entre las dos empresas —usuaría e intermediaria— respecto de los derechos de los trabajadores, lo que permite paliar en parte las dificultades que se le presentan al trabajador para accionar ante la situación ambigua provocada por la intermediación.

IV. LA PRECARIZACIÓN: EL DENOMINADOR COMÚN

Hoy en día advertimos que existe un resquebrajamiento en los esquemas contractuales y legislativos tradicionales en los que se inserta la relación de trabajo.

Podemos constatar, en primer lugar, que el contrato de trabajo típico va dejando de ser la regla y es suplantado progresivamente por formas contractuales atípicas que colocan a los trabajadores en una situación de desventaja.

En segundo lugar, apreciamos que, de manera paralela al mercado de trabajo formal, existe uno informal, en tan constante crecimiento que en muchos países sobrepasa al estructurado, donde identificamos contratos de trabajo, aunque también informales, en el sentido de no ser sometidos a la regulación ortodoxa, que deambulan en los márgenes de la legalidad o se presentan abiertamente en contra de ella.

Simultáneamente, proliferan las empresas de mano de obra que, actuando en el mercado de trabajo como intermediarias, transitan también por las orillas de lo jurídico, pues si bien se acoplan a la legalidad formal, incorporan elementos extraños a la robusta configuración del contrato de trabajo, que es en esencia bilateral, y contribuyen a debilitar la protección del trabajador, colocándolo en un espacio cercano al de quienes se desenvuelven en la economía no estructurada.

Qué duda cabe de que las empresas necesitan hoy en día contar con mecanismos jurídicos que les permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad.¹⁶

Por otro lado, existe la certeza de que una legislación laboral sobre-protectora, rígida y onerosa alienta la existencia de un mercado de trabajo paralelo donde se actúa al margen o en contra de la legalidad en perjuicio de los trabajadores.

Sin embargo, creemos que la precariedad no debe combatirse con más precariedad.

La proliferación de contratos atípicos o de empresas de mano de obra no han brindado en la práctica los resultados que se esperaban en términos de creación de nuevo empleo o de formalización del existente. Sus efectos sociales han sido más bien negativos, habida cuenta que su utilización ha contribuido al ahondamiento de las diferencias en el seno de los trabajadores, generando la existencia de un grupo que goza de todos los derechos y prerrogativas que la normativa estatal y paccionada confieren, al lado de otro a costa del cual se ha desarrollado una suerte de “carrera hacia el fondo” en materia de costos laborales, y cuya situación, en muchos casos, no difiere mayormente de quienes laboran en el sector informal.

Una sociedad no puede desarrollarse a plenitud sobre la base de un sistema económico en el que la competencia, que es cada vez más aguda y compleja, no se da en términos de mejor productividad sino de simple abatimiento de costos “a cualquier precio”. El fenómeno, siempre visto como endogámico, de algún modo trasciende las fronteras: ello ha producido lo que Adrián Goldín ha llamado “el Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo”.

Sin negar el hecho de que el manejo flexible del personal, bajo determinadas circunstancias, puede contribuir a la viabilidad de una empresa en el corto plazo, es necesario recordar que las experiencias económicas

¹⁶ Hoyos, Arturo, “La flexibilización del derecho laboral en Panamá (1986-1988)”, *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*, p. 149.

exitosas en el largo plazo no se han construido degradando o abaratando el trabajo, sino, por el contrario, añadiéndole valor por la vía de la formación y, de esta manera, volviéndolo más productivo.

Es a través de la implantación de dicho círculo virtuoso como nuestras empresas lograrán despuntar respecto de sus competidoras en los mercados mundiales, en los cuales la calidad y no la cantidad es la que hace la diferencia en los inicios del siglo XXI.