

EL IMPACTO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

LUCIANA CAROLINA GUERRA RODRÍGUEZ⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha consolidado un complejo fenómeno denominado globalización, el cual trajo consigo consecuencias económico-sociales de importante magnitud, repercutiendo algunas de ellas de manera fundamental en las estructuras productivas, ya que, en aras de la ansiada eliminación de fronteras para la integración de mercados, diversas regulaciones estatales se han mantenido al margen, dando paso a que sean los privados quienes definan las nuevas formas de organización de la producción. Sobre el particular, es importante destacar que dado el incumplimiento estatal de la obligación de promoción y garantía de la libertad sindical, prevista por el artículo 28 de nuestra Constitución, las organizaciones gremiales han tenido poca o nula participación en el establecimiento de estos procesos.

En tal contexto, el presente artículo tiene por finalidad resaltar el impacto que viene teniendo la descentralización productiva en los derechos de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores, y hasta en la propia estructura del Estado Social Democrático de Derecho, a efectos de esbozar algunas soluciones. Al respecto, cabe precisar, por un lado, que nuestro análisis se centra en aquellas subcontrataciones que implican un destaque de personal y por otro, que no abarca aquellas empresas contratistas que brindan servicios especializados.

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primer puesto concurso universitario.

II. SUBCONTRATACIÓN: ALCANCES

A través de esta forma de organización del proceso de elaboración de bienes y/o de prestación de servicios, una empresa deja de concentrar sus trabajadores y su proceso productivo en una gran unidad, desvinculándose de ciertas fases de este para desplazarlas a otras personas jurídicas, con las que establece relaciones contractuales de naturaleza civil⁽²⁾. El modelo de organización de trabajo tradicional, que descansaba en tres pilares: el control de la integridad del ciclo productivo, la autonomía empresarial y una gestión funcional jerárquica; ha sido reemplazado por otro con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo, dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional⁽³⁾.

Cabe precisar que, si bien la empresa tiende a difuminarse, en la medida que los procesos de subcontratación se caracterizan por la segmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas etapas de dicho ciclo a otras personas jurídicas, ejerce simultánea y necesariamente un poder de dirección cada vez más concentrado.⁽⁴⁾

III. IMPACTO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO: PRECARIZACIÓN Y FRAGMENTACIÓN

La subcontratación, al modificar la clásica organización productiva –mediante una fragmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fases de dicho ciclo a personas jurídicas distintas– repercute de manera significativa en los derechos de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores, pese a la existencia, respecto de estos últimos, de una obligación estatal de fomento y garantía impuesta por la Constitución.

En efecto, siendo que este mecanismo supone, por lo general, la adopción de modalidades de contratación temporal, mayor rotación de personal, entre otros, se considera que lleva a la precarización y segmentación del mercado de trabajo, llegando muchas veces a identificarse con la degradación de

(2) CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N° 13, 1994, pp.8.

(3) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”. En: PEDRADAS MORENO. *La externalización de actividades laborales*. Valladolid, 2002, pp. 28.

(4) TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009, p. 4.

las condiciones de empleo.⁽⁵⁾ En tal contexto, la precarización del empleo alcanza a las relaciones colectivas de trabajo, originando el debilitamiento de las organizaciones sindicales y la consiguiente instauración de la individualización de las relaciones laborales “que tiene la peculiaridad de construirse sobre la base de la libertad del individuo y de la desigualdad de intereses entre los propios trabajadores”⁽⁶⁾. Sobre el particular, si bien nuestra Constitución consagra el derecho a la libertad individual, se debe tomar en cuenta que, en el marco de una relación laboral, el desequilibrio de las partes es tal que solo en contados casos⁽⁷⁾ el trabajador –individualmente considerado– tendrá la posibilidad de negociar directamente con su empleador las condiciones de trabajo y empleo bajo las cuales prestará servicios.

1. Repercusiones sobre los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria

Si bien los trabajadores que enfrentan más dificultades para el ejercicio de sus derechos colectivos son los de la empresa contratista, aquellos que prestan servicios en la usuaria se ven también perjudicados. El profesor Oscar Ermida sostiene que se trata de potenciales damnificados por los efectos secundarios de la subcontratación⁽⁸⁾.

1.1. Impacto en la libertad de sindicación

La subcontratación no solo origina la fragmentación del ciclo productivo, sino también la del colectivo de trabajadores, toda vez que funciones y actividades que venían siendo desarrolladas en su integridad por la empresa principal son desplazadas a personas jurídicas distintas. Evidentemente, tal desplazamiento supone la disminución del número de trabajadores directamente contratados por la empresa usuaria, en ocasiones al extremo de tornar imposible la constitución de una organización sindical de empresa, en la medida que el TUO del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT) dispone que el número mínimo de afiliados requerido es de 20 trabajadores. La afectación a la libertad sindical en su manifestación positiva es a todas luces evidente⁽⁹⁾.

(5) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 41.

(6) BLASCO PELLICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. Consejo Económico Social, Madrid, 1995, p. 212.

(7) Es probable que los trabajadores de dirección y confianza estén en aptitud de negociar individualmente las condiciones en las que prestarán sus servicios.

(8) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. OIT, Lima, Proyecto FSAL, 2009, p. 69.

(9) La libertad sindical, en su manifestación positiva, implica el derecho de los trabajadores “sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen conveniente”, en los términos expresos del artículo 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho

La situación se agrava cuando son los miembros de la organización sindical los traspasados a las empresas contratistas, ya que podría conllevar a que esta pierda uno de sus requisitos constitutivos necesarios para subsistir (número mínimo de afiliados), produciéndose la cancelación del registro⁽¹⁰⁾ y el consecuente desamparo de los trabajadores, que tendrán que recurrir a la elección de dos delegados que los representen ante su empleador y ante la Autoridad de Trabajo, privándoseles de conformar una organización con personalidad gremial, y con capacidad de conformar organismos de carácter nacional e internacional⁽¹¹⁾. Lo expuesto ocurre en tanto la norma exige que los afiliados a un sindicato de empresa sean formalmente trabajadores de esta, de modo que el traspaso a la contratista acabaría con la condición de miembro de dicha organización sindical, pese a que en los hechos pueda continuar desempeñando las mismas actividades en el mismo centro de trabajo.

Bajo el supuesto que los trabajadores transferidos sean miembros de un sindicato de actividad, se presenta un problema distinto, y es que estos trabajadores serían expulsados del ámbito de la organización sindical en la medida que sean “transferidos” a prestar servicios a una empresa perteneciente a una rama distinta. Sobre este punto consideramos que, a efectos de determinar la pertenencia de un trabajador a determinada rama, se debe atender al beneficiario del servicio en última instancia, y no a lo que formalmente se desprenda de los respectivos registros constitutivos de las empresas.

Por otro lado, es importante poner de manifiesto que usualmente los que, pese a la subcontratación, continúan prestando servicios a favor de la principal son los trabajadores cualificados, quienes generalmente poseen el poder de negociar individualmente sus condiciones de trabajo y empleo, por lo que es probable que no estén interesados en organizarse colectivamente⁽¹²⁾. Tomando en consideración lo señalado, resulta claro que las posibilidades de tutela colectiva de la que disponen los trabajadores de la empresa usuaria que no cuentan con dicha capacidad se ve limitada por la subcontratación, produciéndose una individualización de las relaciones laborales, que no les resulta favorable.

de sindicación, en adelante Convenio 87.

- (10) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 14.- Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliarse por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.
- (11) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 18.- El registro de un sindicato le confiere personería gremial para los efectos previstos por la ley, así como para ser considerado en la conformación de organismos de carácter nacional e internacional.
- (12) Generalmente son los trabajadores calificados quienes mantienen sus puestos en la empresa principal, recibiendo condiciones de trabajo y empleo idóneas, que reducen la conflictividad en la empresa.

En este sentido, coincidimos con Castello y Mariezcurrena cuando señalan que “el adelgazamiento de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas pequeñas y medianas, han conspirado contra la posibilidad material de que los trabajadores se puedan sindicalizar”⁽¹³⁾.

1.2. Impacto en la negociación colectiva

La negociación colectiva tiene por función unitaria ser un mecanismo para la composición tendencialmente equilibrada del conflicto entre trabajadores y empleadores, componiéndose esta a su vez de tres funciones genéricas: de intercambio, gubernamental y organizacional⁽¹⁴⁾. La primera alude a la determinación conjunta de las condiciones que se pagarán por el trabajo prestado; la segunda se refiere al gobierno del sistema de relaciones laborales; y la tercera apunta a la empresa como sujeto económico para la producción. Conforme a esta última, los sindicatos podrían negociar con los empleadores las condiciones en las que operaría la subcontratación; lamentablemente esta función no es utilizada, dada la falta de promoción estatal de la negociación colectiva y la presencia de organizaciones sindicales endebles que ven restringida su capacidad real de negociación. Así, los convenios colectivos se limitan a cumplir una función de intercambio, llegando en ocasiones a la suscripción de acuerdos que rompen con la progresividad que se supone debe regir.

La situación empeora una vez efectuada la subcontratación, tornándose ilusoria tal función, en la medida que la empresa principal, al descentralizar fases de su ciclo productivo, será capaz de funcionar con un número reducido de trabajadores propios, perjudicando la acción sindical. Conforme sostiene el profesor Elmer Arce, “si la empresa principal queda vaciada de sus recursos humanos, la acción colectiva de sus trabajadores será muy débil”⁽¹⁵⁾.

Una organización carente de un poder sindical significativo no tendrá la suficiente fuerza para representar los intereses de sus afiliados, razón por la cual lo más probable será que decrezcan las condiciones de trabajo y empleo, o en todo caso que no existan mejoras, pues “(...) la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay solo un paso”⁽¹⁶⁾.

(13) CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho de Trabajo y descentralización productiva”. En: *Derecho Laboral*. Tomo XLIX. N° 223, julio, 2006, p. 597.

(14) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: *Ius et Veritas*. N° 31, Lima, 2005, p. 206.

(15) ARCE, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006, pp. 107.

(16) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 18.

1.3 Impacto en el derecho de huelga

La huelga, reconocida expresamente como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituye un mecanismo de presión de los trabajadores que se materializa a través del incumplimiento de la prestación laboral debida.

En palabras del profesor Ermida Uriarte, constituye huelga “toda omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”⁽¹⁷⁾. Esta definición, aceptada por la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, en la medida que no pierda su carácter pacífico⁽¹⁸⁾, ha sido rechazada por nuestra legislación, al adoptar una concepción restringida de este fenómeno, conforme se puede apreciar del texto del artículo 72 de la LRCT.⁽¹⁹⁾ Otra restricción importante a nivel legislativo es que según se deriva del artículo 75 de la LRCT, se condiciona el ejercicio de la huelga a los casos en que hubiera fracasado la negociación directa entre las partes.

En atención a lo expuesto, podemos afirmar que la LRCT restringe notablemente el derecho de huelga, “dejando expresamente fuera los otros fines o modalidades que la práctica sindical ha transitado como manifestación de su solidaridad y en búsqueda de eficacia”⁽²⁰⁾. En tal contexto, la subcontratación limita aún más este derecho, en tanto la segmentación del colectivo de trabajadores supone una merma en la capacidad de presión del sindicato, no permitiendo que la huelga sea efectiva.

En efecto, tomando en cuenta que, en última instancia, la efectividad de la huelga se mide en función del perjuicio causado al empleador, es evidente que este será mayor si la convocatoria a huelga es acatada por la mayoría de trabajadores del ámbito comprendido. De este modo, al ser cada vez menor el número de trabajadores que mantiene vínculo laboral directo con la empresa usuaria, y más aún, siendo que aquellos que se quedan generalmente no se sindicalizan, serán pocos aquellos que suspendan su prestación de servicios. A ello se suma que los trabajadores subcontratados destacados a la principal no

(17) Ídem.

(18) GERNIGONI, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga”. En: *Revista internacional del Trabajo*. Vol. 117, N° 4, Ginebra, 1998, p. 14.

(19) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 72.- Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.

(20) NEVES MUJICA, Javier. “A propósito de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 19, 1992.

paralizarán sus respectivas prestaciones, paliando de alguna manera los efectos de esta medida de presión.

2. Repercusiones sobre los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa contratista

El primer gran efecto que la subcontratación produce respecto de los trabajadores de la contratista es que trastoca la concepción misma de la relación laboral, en tanto supone la prestación de un servicio personal, generalmente subordinado –si bien no siempre existe una subordinación jurídica, esta se da en los hechos– a favor de una empresa distinta a la que paga la remuneración. De este modo, la relación laboral que mantienen estos trabajadores con su empleador (contratista) no consiste en una prestación personal y directa. De esta manera, fractura la relación sinalagmática entre la persona que trabaja y aquella que se beneficia con el resultado final de su prestación de servicios, deviniendo el contrato de trabajo en un instrumento innecesario para quien requiere la prestación de servicios de otro para producir y obtener ganancias, toda vez que bastaría un contrato de naturaleza comercial con otra empresa⁽²¹⁾.

Asimismo, este fenómeno quiebra la noción de ajenidad del contrato de trabajo, según la cual el trabajador no participa en los riesgos de la empresa, limitándose a percibir su salario, independientemente de las pérdidas o ganancias obtenidas por su empleador⁽²²⁾. Ello en atención a que la empresa principal utiliza la subcontratación como mecanismo para transferir a la contratista los riesgos económicos, y esta a su vez se los transfiere a sus trabajadores, mediante el establecimiento de condiciones de trabajo y empleo precarias y la contratación temporal, que hace depender su estabilidad laboral a la vigencia del contrato civil existente entre las empresas, infringiéndose así el principio de causalidad que debe regir en la contratación temporal.

Por otro lado, es importante destacar que la subcontratación no produce una segmentación exclusivamente numérica en el colectivo laboral, conlleva también a una segmentación “sustancial” entre los trabajadores que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, diferenciándose entre trabajadores privilegiados y precarios, en función de su cercanía al epicentro⁽²³⁾. Así, si bien todos los trabajadores participan en el ciclo productivo, la cuantía de su remuneración ya no dependerá de su respectiva prestación de servicios sino de su posición espacial en el ciclo productivo, pudiendo encontrar trabajadores que pese a realizar sustancialmente las mismas labores perciben salarios distintos en

(21) TRIBUZIO, José. Ob. cit., p. 5.

(22) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 18.

(23) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 40.

razón de quién es su empleador formal. De este modo, muchas veces se quebranta el principio de igual salario por igual trabajo consagrado por la OIT.

2.1 Impacto en la libertad de sindicación

Los trabajadores de las contratistas enfrentan serias dificultades para organizarse colectivamente, pues en atención a la contratación temporal y a las condiciones precarias en las que generalmente prestan servicios, se encuentran sujetos a una alta rotación y dispersos en distintas empresas principales, siendo poco probable que exista entre ellos la comunidad de intereses necesaria para que decidan constituir un sindicato.

La temporalidad definitivamente desincentiva la formación de organizaciones gremiales, en tanto los trabajadores saben que están de paso por determinada contratista, perdiendo interés en organizarse para la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y empleo que puede no lleguen a disfrutar. En similar sentido, la alta rotación de personal que existe en las contratistas, hace difícil la creación y mantenimiento de organizaciones sindicales con real poder negocial para la promoción de sus intereses. Es tomando en consideración lo expuesto que resulta clara la dificultad que afrontan los trabajadores de la contratista para constituir un sindicato de empresa. Además, como veremos en el siguiente punto, resulta insuficiente, ya que solo podrían efectuar sus reclamos frente a su empleador formal.

Respecto a la posibilidad de constituir un sindicato de actividad, que agrupe a trabajadores de diversas profesiones que prestan servicios en distintas contratistas, es pertinente poner de manifiesto que tampoco podrían hacer llegar sus reclamos a la empresa principal, en tanto esta última pertenecería a una rama distinta a la de las contratistas. Sobre el particular, consideramos que no debemos enfocar el asunto desde una perspectiva formal, sino más bien a través de un punto de vista que atienda a lo que ocurre en el plano de la realidad, donde la ubicación en determinada rama dependa del lugar en el que cada trabajador presta efectivamente sus servicios, y no de lo que se desprenda de la escritura pública de constitución de las empresas.

Es importante resaltar que, para que un sindicato de rama, conformado por los trabajadores de las contratistas, pueda oponer sus reclamos a la empresa usuaria será necesario que congrege trabajadores que mantengan una relación laboral formal con esta última, toda vez que en función de ello es que esta se encontrará obligada a negociar. Sin embargo, el problema está en que la empresa usuaria podrá eximirse de cumplir el convenio colectivo respecto de aquellos que no figuran formalmente como sus trabajadores.

Finalmente, sobre la posibilidad de la constitución de un sindicato de gremio, debemos poner de manifiesto que se presenta también inútil para hacer llegar el pliego de reclamos a la empresa usuaria, en tanto producida la subcontratación, generalmente no quedan trabajadores que continúen realizando dicha labor en la empresa⁽²⁴⁾. De esta manera, conforme se desprende de lo señalado, ni un sindicato de empresa, ni de rama, ni de gremio se presenta idóneo para la defensa de los intereses de sus afiliados contra la empresa usuaria, pese a la existencia de una prestación efectiva de servicios a favor de esta.

2.2. Impacto en la negociación colectiva

La reducción de la eficacia de la acción sindical se ha intensificado por la imposición estatal de una estructura negocial empresarial que, en el contexto de la descentralización productiva, constituye la forma más restrictiva en cuanto a la protección del derecho de negociación colectiva, olvidando la existencia de la obligación de fomento impuesta por la Constitución y por el Convenio 98 de la OIT.

Así, en lo que respecta a la negociación colectiva a nivel empresarial de un sindicato de una empresa contratista, son indiscutibles los motivos que demuestran la ineficacia de nuestro sistema legal de relaciones colectivas de trabajo. Si bien es cierto que formalmente los trabajadores mantienen un vínculo con la empresa contratista, es evidente que pueden existir conflictos de intereses con la empresa usuaria, en la medida que es esta la que determina las condiciones de su centro de trabajo o de operaciones.

Aún más, es de la empresa principal, y no de su empleador, de quien depende el otorgamiento y/o mejora de las condiciones de trabajo y empleo, en razón de la gran dependencia económica de la contratista respecto de la usuaria, al ser esta quien fija las condiciones en las que la subcontratación se llevará a cabo. De este modo, la contratista no está en condición de tomar decisiones respecto de las condiciones en las que sus propios trabajadores desempeñarán su labor, dada la posición de dominio de la usuaria, que es quien controla finalmente el proceso productivo. De ello resulta que la negociación colectiva a nivel empresarial se muestra inútil, mientras no implique a la empresa usuaria.

Respecto a la existencia de negociación colectiva a nivel supraempresarial, debemos recordar que para que esta produzca una real modificación en las condiciones laborales de los trabajadores de la contratista, el producto de

(24) ARCE, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, PDTSSS, Lima, 2008, p. 45.

esta debe tener efectos generales, para lo cual se requiere, además del acuerdo, que las organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, y que sean convocadas todas las empresas respectivas⁽²⁵⁾. Como ya se ha anotado, esta posibilidad se ve truncada debido a la imposición legal del nivel empresarial para la negociación.

En definitiva, para lograr que los trabajadores de las empresas contratistas puedan ejercer sus derechos individuales y colectivos plenamente no basta con que constituyan una organización sindical, siendo necesario que esta esté en posibilidad de negociar con todos aquellos que se benefician con su prestación de servicios. En tal sentido, coincidimos con el profesor Arce cuando señala lo siguiente:

“Sin sindicatos, sin organismos de representación, sin espacios de diálogo que puedan terminar en acuerdos o sin posibilidades reales de autotutelar sus intereses mediante medidas de conflicto colectivo, los trabajadores de la contratista serán por siempre trabajadores periféricos o de segunda clase”⁽²⁶⁾.

Se requiere que el Estado brinde las condiciones idóneas que permitan la suscripción de convenios colectivos que concreten los derechos de los trabajadores, impidiendo que la personalidad jurídica de las empresas se constituya como un obstáculo para ello.

2.3. Impacto en el derecho de huelga

Se debe tener presente que la eficacia de una huelga depende principalmente de dos factores⁽²⁷⁾: De un lado, de la estabilidad laboral de los involucrados, ya que toda huelga implica la asunción de riesgos; y de otro, de la posición estratégica ocupada por los trabajadores en la organización de trabajo, en tanto que en última instancia, la efectividad de una huelga se mide en función del perjuicio causado al empleador.

Está de más recordar que los trabajadores de las empresas contratistas, además de generalmente no ocupar puestos clave en la cadena productiva, afrontan un gran índice de inestabilidad laboral, debido a la contratación laboral y la alta rotación existente, lo cual influye considerablemente en la eficacia

(25) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, “Artículo 46.- Para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.(...)”

(26) ARCE, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. Ob. cit., p. 28.

(27) SUPHOT, Alain. *Revister les Droits d’ action collective*. Aout, 2001.

de las medidas de presión que decidan realizar. Asimismo, la efectividad de la acción colectiva se ve limitada por la precariedad del empleo, pues toda huelga supone un costo que estos trabajadores no están en condiciones de asumir.

Aún más, la dispersión que afrontan dificultará también que todos los miembros del sindicato acaten la huelga, ya que al estar desperdigados en distintas empresas, sus exigencias no serán coincidentes, pudiendo ocurrir que “para los trabajadores de la misma empresa de servicios destacados en otra usuaria, no pase de ser una reivindicación lejana”⁽²⁸⁾.

Finalmente, cabe recalcar que la huelga es el derecho a causar perjuicio al empleador, en este caso, a la contratista. No obstante, siendo que la prestación de servicios es a favor de la empresa usuaria, esta también resultará perjudicada. Sobre este punto, puede que la empresa usuaria esté interesada en solucionar el conflicto colectivo y finalmente, de modo indirecto, los trabajadores consigan que esta responda a su pliego de reclamos; o podría darse el caso que la usuaria lo considere un incumplimiento del contrato de subcontratación y decida resolverlo, afectando así el empleo de los trabajadores, quienes cuentan con contratos de naturaleza temporal sujetos al vínculo civil entre ambas empresas.

En síntesis, se podría decir que nuestra legislación en materia colectiva está pensada en función de una empresa que realiza íntegramente todo su proceso productivo, no atendiendo a que en la realidad la mayoría de empresas desplaza alguna de sus funciones.

IV. LA SUBCONTRATACIÓN Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: URGENTE REFORMULACIÓN DEL ROL PÚBLICO PARA RECUPERAR LOS EQUILIBRIOS SOCIALES BÁSICOS

Esta nueva configuración de la estructura productiva ha repercutido notablemente en la acción sindical, debilitando ello a su vez el sistema de equilibrios entre capital y trabajo sobre el que se sustenta el Estado Social Democrático de Derecho, hoy denominado Estado Constitucional Moderno⁽²⁹⁾.

En efecto, el sistema de pesos y contrapesos de las relaciones laborales, el cual se supone viene garantizado por la actuación del Estado y de las organizaciones sindicales, se ve alterado con la implementación de la subcontratación, precisamente porque estos no están cumpliendo su función de manera

(28) ARCE, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Ob. cit., p. 111.

(29) A tenor de lo expresado en nuestra Constitución Política, el Perú es un Estado Social Democrático de Derecho, conforme a una interpretación conjunta de los artículos 3 y 43 de nuestra norma Fundamental.

efectiva. De un lado, la acción sindical no ha podido adecuarse a las variadas formas de organización del trabajo, y de otro, el Estado viene incumpliendo su obligación de fomento de los derechos colectivos, tomando medidas hasta de signo opuesto que limitan el ejercicio de estos, impidiendo así que las organizaciones sindicales puedan constituirse como instrumentos de equilibrio del poder capaces de equiparar la desigualdad material existente entre las partes firmantes de un contrato de trabajo.

El artículo 28 de nuestra Constitución, además de reconocer expresamente la autonomía colectiva en sus tres manifestaciones - derechos de libertad sindical (componente institucional), negociación colectiva (componente normativo) y huelga (componente de autotutela), imprime una obligación estatal de fomento y garantía de los derechos colectivos de los trabajadores, lo cual supone la adhesión constitucional al modelo democrático de relaciones laborales, en el que hay “*un desapoderamiento del Estado, que devuelve a los grupos sociales –y señaladamente a las organizaciones profesionales de empresarios y trabajadores– la determinación de sus formas de interdependencia y equilibrios funcionales, siendo la normativa legal la que asegura la concurrencia entre los grupos sociales como garantía de libertad y de eficiencia del sistema social y económico*”⁽³⁰⁾.

No se debe perder de vista que un trabajador individualmente considerado afronta serias dificultades respecto a la posibilidad de negociar las condiciones en las que prestará servicios, la gran desigualdad existente entre este y el empleador es a todas luces evidente. Es en tal contexto que las organizaciones sindicales, como “formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática”⁽³¹⁾, cobran gran importancia, pues son los trabajadores organizados colectivamente quienes cumplen un rol fundamental en el establecimiento de sus condiciones de trabajo y empleo.

De este modo, en el ámbito laboral encontramos a un Estado que debe intervenir en las relaciones laborales para equilibrar las desigualdades existentes entre las partes firmantes de un contrato de trabajo, promoviendo con tal finalidad los derechos colectivos de los trabajadores. En este sentido, el profesor Antonio Baylos sostiene lo siguiente:

“(...) en el Estado social –el Derecho de Trabajo se concibe como un derecho especial de los trabajadores subordinados, producto del Estado y

(30) RIVERA LAMAS, Juan. “Pluralismo sindical y negociación colectiva”. En: VV. AA. *Hacia un modelo democrático de selecciones laborales*. IRLUZ, Z rapoza. Citado en: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú-OIT*. Lima, 1999, pp. 12.

(31) Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

de la autotutela de los propios trabajadores para corregir y remediar la desigualdad socio- económica y jurídica realmente existente”⁽³²⁾.

Lamentablemente, se evidencia que el Estado lejos de desempeñar un papel promotor que permita el efectivo ejercicio de los derechos colectivos, más bien los limita, en tanto ha impuesto una estructura sindical y negocial de empresa que, en el contexto de externalización de diversas etapas del ciclo productivo, dejan prácticamente sin base a las organizaciones sindicales.

De este modo, al fijar legislativamente la estructura negocial de empresa⁽³³⁾, se torna ilusoria la posibilidad de negociar a otro nivel, pues dependerá de la sola renuencia de los empleadores involucrados para que la negociación deba desarrollarse a nivel empresarial. Una política en ese sentido coloca al poder sindical por debajo de las decisiones empresariales, impidiendo el equilibrio necesario entre las organizaciones sindicales y los empleadores, perpetuando así productos colectivos de alcance “restringido”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido, si bien refiriéndose al específico caso de los trabajadores portuarios, que la referida disposición fija imperativamente el nivel de negociación, lesionando así el derecho de negociación colectiva.⁽³⁴⁾ Con relación a lo expuesto, la Recomendación N° 163 de la OIT establece que las legislaciones nacionales deberían permitir que la negociación colectiva se desarrolle al nivel que las partes decidan, sin intromisión alguna del Estado. Más aún, el Comité de Libertad Sindical ha establecido lo siguiente:

“En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa. (OIT, 1996^a, párrafo 851)”.

Asimismo, el Estado ha impuesto la sindicalización por empresa, que es la forma más restrictiva en cuanto a la cobertura del derecho, y, de otra,

(32) BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Trotta, Madrid, 1991, pp. 32. Citado en: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El control de legalidad de los convenios colectivos*. ARA, Lima, 1997, pp. 96.

(33) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, “Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa (...)”.

(34) STC Exp. N° 03561-2009-PA/TC.

determinó que el número mínimo de afiliados requerido para constituir un sindicato sea de 20 trabajadores, dejando sin posibilidad de organizarse gremialmente al 75% de trabajadores que prestan servicios en la micro y pequeña empresa.

Así las cosas, se observa que la subcontratación ha reducido considerablemente la eficacia de la acción sindical. De allí que sea necesario un cambio de signo en la acción estatal, sustituyendo el modelo descentralizado de relaciones laborales por otro que tenga como eje la sindicación y negociación colectiva por rama de actividad, de modo que siquiera se dé a los trabajadores la posibilidad de contar con organizaciones con una base laboral significativa.

Si vemos las cosas, además, dentro de la política estatal de no intervenir en la fijación de los salarios más allá del campo del salario mínimo (que, dicho sea de paso, está retrasadísimo), encontraremos otra razón más que reclama la actuación pública en fomento del único instrumento con que los trabajadores podrían participar de la redistribución del excedente generado: la negociación colectiva. Solo así se puede revertir la evolución de los ingresos nacionales que está marcando un crecimiento cada vez mayor de las utilidades y una reducción de los salarios, como se ve en el cuadro adjunto⁽³⁵⁾.



Es imprescindible, pues, que el Estado adopte un modelo de fomento de la libertad sindical. Las organizaciones sindicales en ejercicio de sus derechos colectivos constituyen un presupuesto de la Democracia, en tanto la activa participación de los sindicatos en la voluntad político estatal es el principal

(35) Cuadro elaborado por Christian Sánchez. En: CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. "El rol estatal de fomento de la negociación colectiva". En: *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Lima, 2008.

instrumento que permite que se tengan en cuenta los intereses de los trabajadores a la hora de diseñar e implementar diversas políticas públicas.

En tal sentido, el profesor Wilfredo Sanguinetti señala que el sindicato es una organización instrumental a la consecución de los fines del Estado Moderno desde una doble perspectiva: “en tanto que con su actuación contribuyen equilibrar un espacio social, marcado por la desigualdad de partida, como es el de las relaciones laborales; pero también en cuanto hacen posible la participación colectiva de los trabajadores en la adopción de las principales decisiones económicas y sociales”⁽³⁶⁾. Así, debería promoverse la activa participación de estos sujetos de naturaleza colectiva, en cuanto se trata de instrumentos de reparto del poder social.

V. INICIATIVAS NECESARIAS PARA NEUTRALIZAR EL IMPACTO: EN BUSCA DEL EFECTIVO EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Medidas estatales

Nuestra legislación en materia colectiva está pensada en función de una empresa que realiza íntegramente todo su proceso productivo, no atendiendo a que en la actualidad la mayoría desplaza alguna de sus fases o etapas productivas. Por ello, resulta imprescindible, además de las modificaciones legislativas pertinentes, la búsqueda de medidas que permitan un equilibrio entre la flexibilidad empresarial y la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores. Sobre el particular, el profesor Wilfredo Sanguinetti señala que la respuesta debe articularse en torno a dos planteamientos fundamentales que resultan compatibles entre sí⁽³⁷⁾: La recomposición dogmática de la noción de empleador y la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

El primero, **la recomposición dogmática de la noción de empleador**, plantea ir más allá de la personalidad jurídica concreta para incorporar en esta noción a todos aquellos que se benefician con la prestación de servicios del trabajador, incluyendo así al destinatario final del trabajo⁽³⁸⁾.

(36) SANGUINETI, Wilfredo. “Sindicatos y diálogo social en España: un balance”. En: *Ius et Veritas*. N° 30, Lima, p. 219.

(37) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En: *Relaciones Laborales*. Año XXV, número 7, abril, 2009, p. 32.

(38) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 92.

De esta manera, esta medida se basa en la verificación de que la prestación de servicios de los trabajadores no beneficia solo la contratista, sino principalmente a la empresa usuaria, tornándose necesario que la relación laboral se establezca entre el trabajador y aquellos que aprovechan su prestación de servicios. Sin embargo, el profesor Sanguinetti señala que esta debe ser una construcción de carácter excepcional, que debe operar solo en aquellos casos en los que la colaboración empresarial implique una pérdida de autonomía de la auxiliar, donde sea la principal la que posee el poder de decidir respecto de la gestión del personal de la contratista⁽³⁹⁾.

Conforme se desarrolló en el punto 2.2., la contratista no está en posición de tomar decisiones respecto de las condiciones en las que sus propios trabajadores desempeñan su labor, debido a que depende económicamente de la empresa principal, siendo esta la que decidirá en última instancia. De este modo, la recomposición de la noción de empleador resulta de plena aplicación en estos casos, atendiendo a lo que se desprende de la realidad y no exclusivamente a lo que formalmente se desprende de lo dispuesto en los contratos y boletas de pago.

Esta medida presenta las siguientes ventajas i) Impone la responsabilidad solidaria, ya que al ostentar ambas empresas la calidad de empleadoras, ambas serán también responsables por el pago de los beneficios laborales de los trabajadores subcontratados⁽⁴⁰⁾; ii) las organizaciones sindicales de la subcontratista tendrían la legitimidad necesaria para presentar su pliego de reclamos a cualquiera de las empresas o a las dos conjuntamente y iii) asegura el principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la principal y la contratista, en tanto todos serían considerados trabajadores que prestan servicios en favor de un mismo empleador⁽⁴¹⁾.

La aplicación de esta medida logra en cierto punto recomponer la empresa fragmentada, toda vez que se considerará que los trabajadores de ambas empresas prestan servicios al mismo empleador, que es quien finalmente controla la totalidad del ciclo productivo.

El segundo, la **extensión de las instituciones del Derecho del Trabajo**, parte de reconocer que, muchas veces, por atender supuestas necesidades tecnológicas necesarias para la competitividad se ha producido una “huída” del Derecho de Trabajo, colocándose a trabajadores fuera de su ámbito de aplicación,

(39) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. Ob. cit., p. 33-34.

(40) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 92.

(41) *Ibidem*, p. 93.

volviéndose necesario “capturar a los fugados”⁽⁴²⁾. En tal sentido, la idea es adaptar las normas laborales a las situaciones derivadas de la subcontratación, con la finalidad de impedir que mediante su utilización se reduzca la protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, como efectivamente viene sucediendo. No debe perderse de vista de que el Derecho del Trabajo se fundamenta en la necesidad de proteger al trabajador, como mecanismo equilibrador de la desigualdad material existente.

Llegado a este punto cabe preguntarse de qué manera debe darse esta extensión del Derecho de Trabajo, si es que es pertinente que se extienda en su integridad, o si, por el contrario, resultaría adecuada una extensión fraccionada. Al respecto, coincidimos con el profesor Oscar Ermida cuando señala que hablamos de una aplicación diferenciada, pues, pese a los riesgos que ello podría implicar, es necesaria la creación de “un sistema de niveles o umbrales”⁽⁴³⁾, a efectos resulte gradual a aplicación del Derecho del Trabajo, ya que no todos los trabajadores estarán sujetos al mismo nivel de subordinación.

Por otro lado, cabe poner de manifiesto que este mecanismo, a diferencia del anterior, no brinda la posibilidad a las organizaciones sindicales de la contratista de negociar directamente con la empresa principal las condiciones en las que se prestará el servicio; permitiendo, sin embargo, “articular ámbitos transversales de negociación y formas de contratación colectiva reticular, en las que el protagonismo venga asumido por la negociación entre las empresas principales y contratistas antes que entre estas últimas y su personal”⁽⁴⁴⁾.

De lo expuesto se deriva que ambas medidas buscan desincentivar la subcontratación que tenga por objetivo exclusivamente la reducción de costos, ya que en aplicación de estas, el empresario finalmente tendría que asumirlos. Lo que buscan es que se restrinja su utilización a aquellos casos donde en realidad es necesario, por razones de especialización por ejemplo.

Es pertinente mencionar que la ejecución de los referidos diseños de protección supone principalmente la adopción de cambios legislativos, pudiendo, sin embargo, también adoptarse mediante negociación colectiva, la cual evidentemente será capaz de obligar solo los empleadores involucrados en esta. Cabe indicar que también se constituye como una vía adecuada el desarrollo jurisprudencial de estos mecanismos, mediante la interpretación judicial de las normas existentes, que no debe perder de vista los principios de primacía

(42) ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Ius et Veritas*. N° 25, p. 58.

(43) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 93.

(44) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Ob. cit., p. 42.

de la realidad, pro operario, el principio protector; y sobre todo que el ejercicio de los derechos laborales se erige como prerrequisito para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

2. **Medidas de acción sindical**

El hecho que las estructuras productivas se modifiquen no implica de modo alguno que los derechos sindicales estén condenados a desaparecer, sino todo lo contrario, es momento que estos se adecúen a esta nueva organización del ciclo productivo, de manera tal que puedan ser ejercidos de manera plena. En tal sentido, siendo que la empresa que disgrega su proceso productivo impide que la estructura sindical diseñada en función de esta se muestre eficaz y que, al amparo del Convenio 87, los trabajadores pueden constituir las organizaciones que estimen convenientes, en nuestro país generalmente se ha optado por la constitución de organizaciones sindicales supraempresariales.

Así, destacan las siguientes medidas que podrían tomar los trabajadores, en miras a efectivizar sus derechos colectivos.

- **La constitución de una organización sindical de rama.**

Se trata de constituir un sindicato supraempresarial que agrupe a trabajadores que prestan servicios a favor de distintas contratistas, con la finalidad de negociar un convenio colectivo de rama de actividad. Sin embargo, como ya se ha puesto en evidencia, la legislación dificulta esta legítima ambición, razón por la cual se llega a celebrar convenios cuyo ámbito de aplicación se restringe a la empresa contratista que formalmente los emplea.

Otro punto en contra de este tipo de organizaciones es que acentúa la segmentación existente entre los trabajadores de ambas empresas, ya que no los agrupa en un único sindicato, ni busca la coordinación de los productos colectivos. Con lo cual, seguirá existiendo dos grupos diferenciados de trabajadores: los precarios y los privilegiados, manteniéndose negociaciones por separado, y arribando cada quien a su respectivo convenio colectivo.

Cabe mencionar que las organizaciones sindicales en cuestión suelen elegir a una sola comisión negociadora encargada de discutir cada pliego de reclamos con la respectiva empresa contratista, ello con la finalidad de mantener condiciones de trabajo y empleo igualitarias entre los miembros del sindicato. De esta manera, si bien se suscribirán formalmente distintos convenios colectivos por empresa, el contenido de estos será sustancialmente el mismo. Como es evidente esta medida apunta solo a vincular a la empresa empleadora formal, mas no a la principal,

ya que esta última estaría blindada por la personalidad jurídica distinta que posee.

- **La sindicación conjunta**

Otra alternativa sindical es que el personal de ambas empresas, principal y contratista, constituyan una organización sindical supraempresarial, que tenga por finalidad negociar con ambas empleadoras a la vez.

Los trabajadores tienen todo el derecho de constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, se trata de una decisión unilateral de los trabajadores que no requiere aceptación de las empresas ni del Estado. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades”⁽⁴⁵⁾. El problema se presenta con la negociación colectiva, ya que se requerirá acuerdo entre las partes para negociar a nivel supraempresarial.

- **La constitución de una federación**

Toda organización sindical tiene el derecho de agruparse con otra para constituir una federación. En tal sentido, los sindicatos de las contratistas podrían constituir conjuntamente con los de la empresa principal, una federación, en virtud del Convenio 87 de la OIT, readquiriendo así cierto poder negocial.

Esta organización supraempresarial sería la que negociaría las condiciones de trabajo, empleo, entre otros, con cada una de las empresas involucradas en su ámbito. Si bien nada garantiza que el convenio colectivo al que lleguen con cada persona jurídica será de aplicación general, esta medida sí asegura que la negociación se llevará a cabo sobre los mismos puntos y en el mismo grado, propiciando la igualdad de condiciones laborales entre todos los trabajadores afiliados.

Además, no dejaría fuera a aquellos trabajadores que no cuentan con un sindicato al cual afiliarse, dado que se podría permitir la afiliación directa de estos a la federación. Sobre el particular, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “la prohibición de una afiliación directa de ciertas personas a federaciones o confederaciones es contraria a los principios de libertad sindical. Corresponde a las organizaciones sindicales determinar las reglas relativas a su afiliación”⁽⁴⁶⁾.

(45) Informe N° 349. Caso N° 2556.

(46) Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones y principios

- **La representación de los intereses de los trabajadores de la contratista por parte de la organización sindical de la empresa principal**

Este mecanismo atiende a las dificultades jurídicas derivadas de la estrecha concepción de empleador existente, que impide que los trabajadores de la contratista opongan sus pretensiones de mejora de condiciones de trabajo y empleo a la empresa principal. Así, mediante la representación, las organizaciones sindicales de esta última empresa asumirían “la defensa de las reivindicaciones de los trabajadores de las contratistas vinculados a las necesidades que aparezcan en el desarrollo de las actividades en el centro de trabajo”⁽⁴⁷⁾.

Sobre el particular, cabe señalar que esta posibilidad no nos parece del todo viable, ya que nuestro ordenamiento jurídico, si bien acoge la posibilidad de que un sindicato represente a personas no afiliadas a este, ello se permite en la medida que sean trabajadores de la empresa. De este modo, la principal podría negarse válidamente a la aplicación de esta medida, en tanto los trabajadores de la contratista tienen un empleador formal distinto, no perteneciendo al ámbito de la referida negociación.

Por otro lado, nótese que la representación se daría respecto de las pretensiones referidas al específico centro de trabajo, pudiendo ello generar que el colectivo de trabajadores de las contratistas se segmente aún más, en atención a que puede que lleguen a prestar el mismo servicio sujetos a condiciones de trabajo diferenciadas. Ello en atención a que no todos los trabajadores de una empresa contratista son destacados a la misma empresa principal.

- **La ampliación de los contenidos de la negociación colectiva, con la finalidad de arribar a convenios colectivos que regulen las condiciones en las que operaría la subcontratación.**

Esta medida se basa en la posibilidad que poseen las organizaciones sindicales de la empresa principal para definir el alcance de la negociación colectiva de manera conjunta con el empleador, pudiendo versar sobre la actuación de la empresa como sujeto económico, y es que “el paso a formas de organización del trabajo menos estandarizadas y más grupales y participativas propicia la presencia en los convenios colectivos

del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ta edición (revisada). OIT, Ginebra, 2006, p. 158.

(47) UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En: *Laborem*. N° 8, SPDTSS, Lima, p. 337.

de cláusulas vinculadas con la organización del trabajo y la gestión del personal”⁽⁴⁸⁾.

Cabe señalar que además de negociarse cualitativamente la manera como se llevará a cabo la descentralización de la producción, podría también establecerse por esta vía límites cuantitativos, con la finalidad de que el número de empresas involucradas en determinado ciclo productivo no acreciente las posibilidades de precarización y degradación de las condiciones de trabajo y de empleo.

De esta manera, se podría arribar a una “flexibilidad laboral pactada”, respetuosa de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores involucrados. Es evidente que para que esta posibilidad se materialice será necesario contar con organizaciones sindicales fuertes y que el Estado cumpla con promover la negociación colectiva, en los términos señalados.

Tomando en consideración lo expuesto, se puede constatar que estas medidas de acción propiamente sindical no logran paliar la falta de garantías que deben ser otorgadas desde el Estado, toda vez que se trata de soluciones provisionales, que no establecen regla general alguna y que no brindan una solución a la imposibilidad de ejercer de manera efectiva los derechos de negociación colectiva y huelga. Queda en evidencia que el gran problema de las medidas sindicales para mitigar el impacto de la subcontratación es la barrera impuesta por el Estado: el privilegio de la negociación a nivel empresarial. Así, mientras el Estado no cumpla con su rol de fomento de este derecho fundamental, ninguna medida de acción sindical será efectiva para estos fines.

VI. CONCLUSIONES

- La subcontratación modifica la clásica estructura del ciclo productivo, supone su fragmentación y la externalización de ciertas fases a personas jurídicas distintas, repercutiendo de manera significativa en los derechos de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores de la empresa principal y contratista, en tanto rompe la concepción de ajenidad del contrato de trabajo. Los trabajadores involucrados se encuentran expuestos a la contratación temporal y a una alta rotación de personal, que lleva a la precarización y segmentación del mercado de trabajo, llegando

(48) VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. Ob. cit. p. 565.

muchas veces a identificarse con la degradación de las condiciones de empleo.

- Además, supone la división del colectivo de trabajadores, no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa, diferenciándose así entre trabajadores privilegiados y precarios. Incluso, trastoca la concepción misma de la relación laboral, ya que el vínculo que mantienen los trabajadores de la contratista con su empleador no consiste en una prestación personal y directa.
- A su vez, la ineficacia de la tutela colectiva repercute en la configuración del Estado Moderno, en la medida que el sistema de equilibrios de las relaciones laborales se ve alterado. Todo ello ocurre dado el incumplimiento estatal de la obligación de fomento de la negociación colectiva, donde el Estado ha tomado hasta acciones de carácter contrario, a través de la imposición de una estructura sindical y negocial de empresa que, en el contexto de externalización de diversas etapas del ciclo productivo, dejan prácticamente sin base a las organizaciones sindicales. De allí que sea necesario un cambio de signo en la acción estatal, sustituyendo el modelo descentralizado de relaciones laborales por otro que tenga como eje la sindicación y negociación colectiva por rama de actividad.
- Así, resulta imprescindible la implementación de medidas estatales que, a través del fomento de la negociación colectiva, permitan un equilibrio entre la flexibilidad empresarial y la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores; pues aquellas “soluciones” propiamente sindicales son ineficaces en tanto el Estado no cumpla con el rol de fomento de este derecho fundamental.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, SPDTSS, Lima, 2008.
- ARCE, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006.
- BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Trotta, Madrid, 1991, p. 32.

- BLASCO PELLICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. Consejo Económico Social, Madrid, 1995.
- BOZA PRÓ, Guillermo. “La protección constitucional de la libertad sindical”. En: *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley, Lima, 2008.
- CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho de Trabajo y descentralización productiva”. En: *Derecho Laboral*. Tomo XLIX. N° 223, julio, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N° 13, 1994.
- CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. “El rol estatal de fomento de la negociación colectiva”. En: *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Lima, 2008.
- GERNIGONI, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga”. En: *Revista internacional del Trabajo*. Vol. 117, N° 4, Ginebra, 1998, p. 14.
- ERMIDA URIARTE, Oscar; y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: “Crítica de la subordinación” En *Ius et veritas* N° 25.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. OIT, Lima, Proyecto FSAL, 2009.
- NEVES MUJICA, Javier. “A propósito de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 19, 1992.
- Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada). OIT, Ginebra, 2006.
- SANGUINETI, Wilfredo. “Sindicatos y diálogo social en España: un balance”. En: *Ius et Veritas*. N° 30, Lima.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En: *Relaciones Laborales*, año XXV, número 7, abril, 2009.
- SUPIOT, Alain. *Revister les Droits d’ action collective*. Aout 2001.

- TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009.
- UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En: *Laborem*. N° 8.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”. En: PEDRADAS MORENO. *La externalización de actividades laborales*. Valladolid, 2002.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. SPDTSS.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: *Ius et Veritas*. N° 31, Lima, 2005.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. PLADES, Programa laboral de desarrollo, Lima, 2010.