

Desplazamiento de trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales

Liliana Tsuboyama

INTRODUCCIÓN

La globalización nos ofrece retos jurídicos importantes pues dinamiza las relaciones sociales, culturales, económicas y, en lo que a nuestra práctica profesional concierne, las relaciones laborales.

El aspecto específico del desplazamiento de trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales constituye una realidad muy frecuente en la actualidad, respecto de la cual nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra preparado. Por tal motivo, nos interesa a través del presente trabajo exponer la problemática de las transferencias de personal entre las empresas de un grupo multinacional, haciendo referencia a los principales problemas que ellas generan, especialmente desde el punto de vista de la afectación a los derechos del trabajador desplazado. Cabe anotar que han quedado fuera de nuestro análisis el tema de la libertad sindical, tema muy rico y que merecería un trabajo independiente, así como el referido a aspectos migratorios de los trabajadores desplazados.

1. Globalización

En la actualidad el término “globalización” es utilizado para describir básicamente el fenómeno mediante el cual existe determinados ámbitos en nuestro entorno que trascienden las fronteras de los países. Este fenómeno se produce como

consecuencia de un continuo proceso progresivo del avance de la tecnología, medios de transporte, comunicaciones y del intercambio comercial entre Estados, afectando, en la mayoría de los casos positivamente, los aspectos económicos, culturales, tecnológicos, sociales y políticas de los países.

A efectos del presente trabajo nos interesa rescatar el aspecto económico del término “globalización”, que involucra la “integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros”¹. Obviamente que un requisito previo para que este proceso se concrete es la apertura de los mercados nacionales, haciendo posible la recepción de las inversiones extranjeras y el intercambio comercial transfronterizo.

Es en este marco promotor de la inversión que las empresas se organizan para poder suministrar sus productos o proveer sus servicios en otros países, llevando su presencia a aquéllos. Asimismo, el objetivo de reducción de costos en general también las ha impulsado a establecer subsidiarias o sucursales en Estados con menores costos laborales, tributarios o de sus materias primas.

Vemos así entonces que la globalización acarrea una movilización de recursos financieros, materiales y humanos, con los problemas que en cada caso puedan surgir y que trataremos de abordar en el presente trabajo, específicamente el caso del desplazamiento de los trabajadores al interior de grupos empresariales multinacionales. Así, ante la movilidad geográfica de los trabajadores, como se apreciará más adelante, el ordenamiento local nacional no será suficiente para proteger adecuadamente sus derechos ni para fiscalizar su cumplimiento efectivo².

¹ Fondo Monetario Internacional. La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? En: <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

² “El afianzarse de la dimensión transnacional lleva a constatar la progresiva pérdida de control por parte de los Estados de los mecanismos reguladores de la producción y de los flujos financieros, lo que en la práctica vanifica la legislación del trabajo, de base territorial, en donde se delimita el coste social y los mecanismos de la tutela de las clases trabajadoras.” BAYLOS, Antonio. “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto.” En: *Revista Derecho & Sociedad* 17 p.40

2. Grupos de empresas

Antes de analizar los grupos de empresas transnacionales y determinados efectos que tienen sobre las relaciones laborales, es importante previamente describir de una manera breve –pues no es objeto del presente trabajo un tratamiento integral de los grupos de empresa- la situación jurídica, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, de los grupos de empresas en el ámbito local, pues varios de los problemas que se presentan en dicho contexto se reiterarán a su vez en los grupos de empresas transnacionales.

En nuestro ordenamiento laboral actual no existía, hasta hace muy poco tiempo una definición del concepto de grupo de empresas, por lo que la jurisprudencia³ solía recurrir a regulaciones de otros sectores que sí contemplan esta figura.

Así, para el sistema bancario y financiero, el artículo 8° de la Resolución SBS N°445-2000, aprobada el 28 de junio de 2000 y publicada el 6 de julio de 2000, que contiene Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, define como grupo económico “al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”.

De otro lado, en lo que al mercado de valores se refiere, el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) mediante Resolución CONASEV N°090-2005-EF-94.10, aprobada el 23 de diciembre de 2005 y publicada el 28 de diciembre de 2005, define como grupo económico al “conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al

³ Expediente No.4388-2004-BE-A, Sentencia de 30 de diciembre de 2004. Se hace referencia al concepto de grupo de empresas contenido en las normas de la Superintendencia de Banca y Seguros.

control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales” (artículo 7°).

Ahora bien, el Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente – Reglamento de la Ley MYPE, aprobado mediante Resolución Suprema No.008-2008-TR y publicado el 30 de setiembre de 2008, contiene por primera vez una definición de grupo económico y vinculación económica, necesaria para evitar que empresas vinculadas o que pertenezcan a un mismo grupo económico, puedan acogerse al régimen a los beneficios especiales destinados a las MYPE. A tal efecto, el artículo 4° del Reglamento considera como grupo económico “al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas”.

Debe tenerse presente también que el Proyecto de la Ley General del Trabajo, cuyo artículo 6° define como “grupo de empresas” lo siguiente:

“Artículo 6.- Grupo de empresas

Se establece la existencia de un grupo de empresas cuando varias de éstas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general.

Cuando el trabajador ha prestado servicios en cualquiera de las empresas que conforman un grupo, éstas son solidariamente responsables por el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales.”

La definición de grupo de empresas contenida en el Proyecto de la Ley General del Trabajo contiene las características esenciales que la doctrina ha recogido para señalar lo que constituye un grupo de empresas, características que analizaremos a continuación.

2.1. Elementos característicos del grupo de empresas

A nivel doctrinario^{4,5} se han establecido tres elementos característicos que determinan la existencia de un grupo de empresas en materia laboral. Tales elementos son los siguientes:

- Pluralidad de empresas;
- Autonomía formal y jurídica de las empresas que integran el grupo; y,
- Vinculación entre las empresas del grupo de manera coordinada o subordinada, pero manejándose todas las empresas por una unidad de dirección.

Consideramos que estos tres elementos no necesariamente se van a dar de una manera clara y definida en cada caso concreto, pues la realidad de la organización empresarial actual nos hace ver que en determinados casos tenemos que flexibilizar tales elementos, de tal manera de poder incluir supuestos que no se ajusten necesariamente con las definiciones antes señaladas.

En efecto, para que exista un grupo de empresas, debemos encontrarnos con por lo menos dos o más empresas y que cada una de ellas conforme una persona jurídica independiente con las formalidades de ley. Sin embargo, en la práctica se dan supuestos en los cuales no existe personalidad jurídica en una determinada entidad, pero formalmente, para efectos tributarios o laborales, pueden aparecer con autonomía formal.

Un primer caso es la sucursal. La sucursal, conforme el artículo 396° de la Ley General de Sociedades, es todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. Expresamente esta norma señala que “la sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal.” Adicionalmente

⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario.” En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48,

⁵ BUENO MAGANO, Octavio. Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores. En: Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo. Primera edición, 1982. Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico, p.50 p.100.

se le atribuye autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que se les otorgue a sus representantes.

De esta manera, la sucursal no tiene autonomía jurídica propia, pues viene a ser un brazo de la empresa de la cual depende y sólo gozará de cierta autonomía de gestión dependiendo de los poderes que se otorgue a sus representantes. No obstante ello, la sucursal será totalmente independiente para efectos tributarios y laborales, pues contará con su propio número de inscripción en el Registro Unico de Contribuyentes y también podrá contar con su propia planilla de pagos de remuneraciones, pudiendo en consecuencia actuar como empleador.

Un segundo caso es el Consorcio, definido en el artículo 445° de la Ley General de Sociedades como “el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.” Es decir, se trata de la agrupación de unas empresas para la realización de una actividad común; sin embargo, la ley no le otorga personería jurídica por tratarse, como la propia definición lo señala, de un contrato. Al igual que en el caso anterior, el Consorcio es una entidad independiente para efectos tributarios y laborales, por lo que podrá contar con su propia planilla de pagos y actuar como empleador.

En los casos antes citados, consideramos que, aun cuando no exista una personería jurídica independiente -societariamente hablando- de la sucursal y del Consorcio, a efectos de determinar los miembros participantes de un grupo de empresas para aspectos laborales, estas entidades debieran ser consideradas como una entidad autónoma, debido a que dichos entes tienen la capacidad de constituirse en empleadores y de llevar planillas de pago de remuneraciones.

Por último, debe tenerse presente que todas las empresas del grupo deben estar dirigidas por una voluntad común, lo cual implica la capacidad de restarles autonomía en el desarrollo de sus actividades. Decimos “capacidad”, por cuanto

no es necesario que en cada caso concreto se manifieste esa dominación de una empresa sobre la otra, sino que únicamente que se dé esta posibilidad⁶.

2.2. Determinación del empleador en los grupos de empresas

Ante todo debe tenerse presente que, a nuestro entender, el problema de la determinación del empleador de un trabajador de una compañía perteneciente a un grupo económico, existe porque, no obstante que formalmente el trabajador pertenezca a la planilla de aquélla, es en la práctica dirigido o presta servicios a las demás empresas del grupo o porque simplemente su asignación a dicha planilla obedezca a una intención de eludir responsabilidades laborales.

En estos supuestos se discute sobre si el grupo de empresas puede ser considerado como empleador, aun cuando no goce de personalidad jurídica o sólo será el empleador aquella empresa del grupo que se constituye como su empleador formal. De llegarse a la conclusión que es el grupo de empresas el que debe asumir las responsabilidades laborales, éstas se imputarán de manera solidaria a las empresas que conforman el grupo.

Cabe señalar que sobre el particular, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, que reúne a los vocales de diversas Salas Superiores del país, concluye que existe solidaridad en las obligaciones laborales “en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.” Posteriormente se acuerda que la Sala Plena de la Corte Suprema presente una iniciativa legislativa sobre la solidaridad en materia laboral. Sobre el particular, consideramos que el solo hecho de verificarse la existencia de una vinculación económica o grupo de empresas no necesariamente debe conllevar a imputar una responsabilidad solidaria en el cum-

⁶ “La dominación caracteriza al control, no propiamente la interferencia de la sociedad controladora en la controlada, sino apenas la posibilidad de que se dé. El control puede existir en estado latente, sin ser ejercido. De ello se debe afirmar que el control es la dominación en potencia, mas no en acto.” BUENO MAGANO, Octavio. “Grupos Económicos Nacionales e Internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores.” En: Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición 1982, México p.53

plimiento de obligaciones laborales, toda vez que no necesariamente el trabajador ha tenido que haber estado relacionado con todas ellas. En todo caso, en la propuesta legislativa que formule la Corte Suprema podría ser la oportunidad para aclarar este tema.

Esta discusión doctrinal surge en España a raíz del texto del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, que define como empresario a “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios ...” (subrayado agregado). Sin embargo, concordamos con Arce en que el grupo de empresas no constituye una comunidad de bienes, por lo que, según señala este autor, en el Derecho Laboral español existe una laguna, al no regular que el grupo de empresas pueda ser sujeto de obligaciones laborales⁷ Con lo cual nos encontramos ante una situación similar a la peruana.

En nuestra legislación laboral no existe una definición de empleador, pero se entiende que es aquél al que una persona le presta servicios de manera subordinada y remunerada, interpretando lo señalado por el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR. Existe una definición de empleador en materia de seguridad social, que se encuentra contenida en la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobada mediante Ley N°26790, que define como “entidad empleadora”, para efectos de dicho sistema de seguridad social, a las empresas e instituciones públicas o privadas que emplean trabajadores bajo relación de dependencia, las que pagan pensiones y las cooperativas de trabajadores. Es decir, se reitera la importancia de la relación de subordinación entre el empleador y el trabajador.

Es ahí que la jurisprudencia tendrá un papel preponderante al momento de resolver conflictos en los que se involucre el tema del grupo de empresas y si, en

⁷ “Visto así el problema, no cabe duda que el artículo 1.2. ET, al no reconocer el fenómeno de grupo un poder rector a efectos laborales distinto al de las empresas singulares con personalidad jurídica, configura una laguna legal, que ha de ser subsanada recurriendo a los métodos de integración jurídica.” ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. La circulación de trabajadores en el grupo de empresas. Universidad de Cádiz. Mergablum Edición y Comunicación. Sevilla 2003, p.39

esos casos, se puede atribuir responsabilidades a personas jurídicas distintas a la del empleador formal. En el caso español, los tribunales ya han establecido ciertos lineamientos sobre el particular, los cuales pasaremos a explicar a continuación.

En primer lugar, la jurisprudencia española parte del supuesto de que no necesariamente la sola existencia de un grupo de empresas, desde el punto de vista del Derecho Societario, implicará la imputación de responsabilidades para el Derecho del Trabajo⁸, pues para ello será necesario analizar elementos adicionales. En efecto, como se ha señalado anteriormente, el solo hecho de que un trabajador forme parte de una empresa de un grupo, no significa que las demás empresas del grupo deban asumir una responsabilidad derivada de dicha relación laboral, pues en la realidad esta relación puede ser totalmente autónoma y no vinculada con las demás empresas del grupo.

⁸ “Como punto de partida, la jurisprudencia viene admitiendo el principio general de la independencia y no comunicación de responsabilidades entre las sociedades integradas en un grupo, sobre la base de que los vínculos accionariales –o, en su caso, funcionales o de gestión– no alteran, por sí mismos, la calificación o consideración, como entidades autónomas o separadas, dotadas cada una de ellas con su propia personalidad, de aquellas sociedades que se hayan constituido debidamente como tales, de tal modo que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores.” ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. SALA FRANCO, Tomás (dir.). Derecho del Trabajo. 9ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p.249.

“... dicha construcción asume como punto de partida la irrelevancia de los vínculos accionariales, funcionales o de gestión a efectos de imputar al grupo la condición de empleador.” ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. La circulación de los trabajadores en el Grupo de Empresas. Sevilla: Universidad de Cádiz / Mergablum. Edición y comunicación, S.L., 1993, p.47.

“La regla más importante es la de que la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles no implica necesariamente su existencia a efectos laborales; el grupo mercantil no desencadena automáticamente ni la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, o de las implicadas, frente a las obligaciones laborales en que se incurra respecto a los trabajadores, ni la necesaria concepción de todo el grupo como empleador (...). Habrá que acreditar además el que la relación entre esas empresas es de una determinada forma, cuenta con unas determinadas circunstancias que justifican la unicidad o la solidaridad del grupo a efectos laborales.” MOLERO MANGLANO, Carlos (dir.). Estructura del Contrato de Trabajo. Madrid: Dykinson, 1997 p.126

Es así que la jurisprudencia española ha establecido determinados lineamientos para determinar si existe un grupo de empresas para efectos laborales y determinar así quién o quienes asumen la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones del personal que presta servicios al grupo. Dichos lineamientos son los siguientes⁹:

a) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva a favor de varias de las empresas del grupo

En estos casos, la relación laboral en cuestión, por el hecho de haber el trabajador prestado servicios simultánea o sucesivamente a diversas empresas del grupo, genera una confusión en cuanto a la identificación de la figura de empleador. Estos supuestos pueden darse en grandes grupos de empresas, en las cuales determinados servicios corporativos son prestados por una de las divisiones del grupo a las demás empresas participantes.

b) Confusión de patrimonios

Existe supuestos en los cuales determinados pagos provienen de recursos de una determinada empresa del grupo, no necesariamente del empleador formal del trabajador.

c) Unidad de dirección

La unidad de dirección ocurre cuando las actividades de una de las empresas son determinadas por otra de las empresas del grupo, de tal manera que la empresa dirigida no cuenta con una autonomía de actuación propia. Cabe señalar que ello es distinto a la facultad de supervisión que puede tener una empresa frente a otra del grupo como su accionista.

⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María. "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario." En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48, p.100.p.102 MOLERO MANGLANO, Carlos (dir.). Estructura del Contrato de Trabajo. Madrid: Dykinson, 1997 p.129

d) Apariencia externa de unidad empresarial

En estos casos, el grupo empresarial se presenta públicamente como un todo único.

e) Constitución de empresas “sin sustrato real”

Existe supuestos en los cuales se crea una determinada empresa solamente como un vehículo para formalizar las relaciones laborales o para otros fines específicos no esenciales del negocio principal para el cual presta servicios el trabajador. Un ejemplo de estos casos puede ser el uso indebido de la tercerización de servicios en el ámbito de un mismo grupo empresarial, bajo la creación de una empresa “pantalla” o “planillera” dependiente de la entidad contratante.

Como bien señala MOLERO¹⁰, no es necesario que se presenten en un determinado caso todos los elementos antes señalados, pues dependerá de un análisis caso por caso por parte del juzgador para ver si la presencia de estos elementos por sí solos o en compañía de otros, pueden imputar responsabilidad al grupo empresarial o no.

Como vemos, el tema es complejo a nivel de grupos de empresas nacionales y se complica aún más en el caso de las empresas transnacionales, como apreciaremos a continuación.

3. Grupos de empresas transnacionales

Como hemos señalado en el punto precedente, la globalización y la apertura comercial han promovido la creación de los grandes conglomerados empresariales internacionales, que usualmente se encuentran integradas por una “casa matriz” y subsidiarias diversas a nivel mundial.

¹⁰ MOLERO op cit p.131

Los tipos más comunes de grupo de empresas cuya presencia se puede apreciar en nuestro país son aquellos que se rigen bajo un esquema vertical, es decir, una de las empresas participantes, generalmente la casa matriz con sede en el extranjero, ostenta el poder de dirección y de control respecto de las demás empresas del grupo. De esta manera, las entidades locales de empresas multinacionales carecen de una autonomía de actuación, pues en el ejercicio de sus actividades la toma de decisiones proviene de su casa matriz extranjera.

Adicionalmente es la casa matriz la que imparte las políticas que regirán en todas las empresas del grupo en lo que a las relaciones laborales se refiere. De esta manera, todos los empleados del grupo empresarial, se regirán por un mismo Código de Ética y de Conducta, las mismas políticas de empleo, incentivos, entre otros. Inclusive algunas de dichas políticas, por provenir de una determinada jurisdicción, podrían colisionar con el ordenamiento laboral local, por lo que en tales supuestos deben ser objeto de las adecuaciones del caso.

Los conflictos que surjan como consecuencia del desplazamiento de un trabajador de una empresa de un grupo multinacional a otra empresa del grupo, estarán relacionados con la ley aplicable a las relaciones laborales en cada jurisdicción.

4. Territorialidad de la ley laboral

Interesa abordar el tema de la aplicación de la norma laboral en el espacio, debido a que en una relación laboral que involucre a un trabajador destacado de una empresa extranjera, sea cual fuere el conflicto normativo que afronte una relación internacional, debe tenerse presente que aquél se resuelve aplicando la ley laboral del territorio donde se ejecuta la prestación del trabajador. Cabe advertir que el presente trabajo no pretende abordar otro aspecto importante vinculado al Derecho Internacional Laboral, que es la determinación del juez competente en caso se presente un conflicto que deba ser dilucidado en sede judicial. Solamente nos interesa, a efectos del presente documento, determinar la ley aplicable a determinadas relaciones laborales que involucra el territorio de más de un país.

La existencia de los grupos empresariales transnacionales implica que, si bien la empresa que dirige el grupo pretende aplicar determinadas directivas o políticas

comunes a todo el personal de las diversas empresas del conglomerado, debe cuidar que dichas directivas o políticas se adecuen a cada jurisdicción nacional, por cuanto, como veremos en esta sección, la aplicación de la ley laboral es de carácter territorial.

En efecto, ante la presencia de un conflicto normativo que involucre los ordenamientos laborales de Estados diversos, el Derecho Internacional Privado nos indicará cuál es la norma a aplicarse en el caso concreto.

Al respecto, conforme lo establece el artículo 2047° del Código Civil, ante un conflicto sobre aplicación de normas de distintos Estados, debemos recurrir en primer lugar a los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Peruano sobre la materia; de no existir tratado con un determinado país sobre la materia en cuestión, deberá recurrirse al Código Civil¹¹.

Ahora bien, no existe tratado internacional a nivel de la región latinoamericana que regule aspectos vinculados al Derecho del Trabajo¹² propiamente dicho, salvo el caso de las Decisiones 545 y 546 de la Comunidad Andina (véase Sección 6.1). En nuestra legislación nacional tampoco existe una norma en el ordenamiento laboral¹³ que regule este tema.

¹¹ Artículo 2047°.-Normas aplicables

El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.

Además, son aplicable, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

¹² “Los instrumentos existentes en el ámbito americano sobre Derecho Internacional Privado, tales como los Tratados de Montevideo de 1889 (revisados en 1939-40), el Código Bustamante (La Habana, 1928) y las Convenciones Interamericanas sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, vigentes en nuestro país, se ocupan de Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal, pero no regulan cuestiones de Derecho del Trabajo, más allá de alguna aislada referencia.” NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Primera edición. Lima: Ara Editores, 1997, p.94

¹³ NEVES indica que sólo existe una referencia puntual en el artículo 7° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR, que establece que es computable, a efectos del cálculo de este beneficio, el tiempo de servicios efectivamente prestado en el Perú, o en el extranjero cuando el trabajador haya sido contratado en el Perú. NEVES p.95

Sin embargo, cabe preguntarnos si corresponde la aplicación de los tratados o, en su defecto, de las normas contenidas en el Código Civil, pues, como debemos recordar que, si bien es cierto que, conforme al artículo IX del Código Civil es de aplicación supletoria este cuerpo normativo a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, ello siempre debe realizarse “siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. En esta medida, atendiendo a este condicionamiento y con las especificidades que tiene el Derecho del Trabajo, la aplicación del Código Civil a las relaciones laborales debe efectuarse cuidando el carácter tuitivo del sistema jurídico laboral.

A nivel de contratos en general, el artículo 37° del Tratado de Montevideo, revisado en 1939-1940, establece que la ley del lugar de cumplimiento de los contratos rige su ejecución y en general todo cuanto concierne a dichos contratos.

De otro lado, el artículo 198° del Código Bustamante señala que es territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador, es decir, no trata precisamente de las normas aplicables a otros derechos sustanciales de los trabajadores.

En los casos en que no sean aplicables los tratados antes citados, tendría que ser de aplicación el artículo 2095° del Código Civil, que establece que las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato; si la prestación se efectúa en más de un país, la ley que regirá será aquella del lugar donde se ejecute la obligación principal; si ésta no puede ser determinada, se aplica la ley del lugar de celebración del contrato. A las luces del Derecho del Trabajo, la aplicación de esta norma al ámbito laboral resulta cuestionable por cuanto, dado que en el momento de la celebración del contrato de trabajo las partes se encuentran en una situación de desigualdad, el empleador podría forzar al trabajador a someterse en la celebración del contrato a una legislación que prevé menores beneficios que la legislación correspondiente al lugar de la prestación de los servicios.

Por tal motivo, bajo el principio tuitivo vigente en el Derecho del Trabajo, consideramos que, al momento de la aplicación de las normas laborales en el espacio,

debe procurarse la aplicación de la ley laboral del lugar donde se ejecutaron las prestaciones, salvo que las partes hayan pactado la aplicación de una norma laboral más favorable.

Por lo expuesto, en materia laboral, se aplica la ley del lugar donde se ejecutan las prestaciones del trabajador.

Por último, cabe señalar que el Proyecto de la Ley General de Trabajo, contempla en los artículos XVIII, XIX, XX y XXI, la aplicación de la ley laboral en el espacio. Así, el artículo XX establece que en el caso de relaciones internacionales en las que el contrato se celebre en un país y la relación se cumpla en otro, siendo el Perú uno de ellos, la competencia jurisdiccional y la legislación aplicable se determinan en función a los tratados suscritos entre los Estados involucrados. A falta de tratado se entiende que la ley peruana es aplicable a las relaciones laborales cumplidas en el Perú, cualquiera fuera el lugar de celebración del contrato o a las relaciones laborales cumplidas en el extranjero cuando el contrato de trabajo se hubiere celebrado en el Perú.

De esta manera, de aprobarse este cuerpo normativo, se estaría estableciendo claramente que la aplicación de la ley laboral peruana rige en los casos en que las prestaciones de servicios se efectúen en el Perú y en aquellos supuestos en los que el contrato de trabajo haya sido celebrado en el país. Sin embargo, no se soluciona el problema de que el trabajador tenga que pasar formalmente por tantas planillas según los países en los que sea transferido como consecuencia de los intereses del grupo de empresas al que pertenece.

5. Principales problemas

La existencia de grupos de empresas transnacionales genera una serie de problemas en las relaciones individuales laborales; de los cuales nos interesa analizar los que se señalan a continuación.

5.1. Determinación del empleador en grupos de empresas transnacionales

El problema que surge, como en cualquier grupo de empresas, es establecer quién es el empleador del trabajador. Se señala usualmente que esta identificación es importante para determinar el sujeto responsable por el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores; sin embargo, consideramos que también resulta relevante para precisar quién es el empleador respecto del cual el trabajador internacional deberá encontrarse subordinado: ¿la casa matriz, la empresa de la que proviene o la empresa en la que presta servicios actualmente?

La realidad es más compleja aún pues, si bien las decisiones finales provienen de la casa matriz, las decisiones inmediatas pueden ser generadas desde las diversas empresas del grupo, a las cuales se les asignará esta función por factores geográficos o funcionales. De esta manera, la casa matriz puede descentralizar la toma de decisiones en subsidiarias principales por regiones o zonas geográficas; por ejemplo, que las decisiones que afecten a la empresa peruana sean aprobadas por la subsidiaria brasileña. De otro lado, las decisiones también pueden ser descentralizadas según las distintas divisiones de la empresa; por ejemplo, toda la parte contable puede ser dirigida por la Gerencia de Contabilidad de una determinada subsidiaria del país X, y así sucesivamente en las demás áreas de la empresa.

Lamentablemente nuestra legislación no regula este supuesto, a pesar de que en la práctica puede apreciarse muchos casos en los cuales un trabajador extranjero inicia originalmente sus servicios en un determinado país, es destacado luego al Perú e ingresado a la planilla de la empresa local, y sin embargo depende funcionalmente de la casa matriz o de una subsidiaria distinta de la empresa de procedencia.

De esta manera, si bien el empleador de un trabajador internacional sería la empresa de la cual depende funcionalmente, nos enfrentamos con la dificultad de tener que fiscalizar a una persona jurídica no domiciliada en el Perú, respecto de la cual nuestras autoridades no tienen jurisdicción.

En materia de fiscalización de las obligaciones laborales por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la jurisdicción de la inspección laboral solamente alcanza a los empleadores situados en el territorio nacional. De otro lado, de haberse planteado una demanda contra una persona no domiciliada en el Perú respecto de la cual se le imputa responsabilidad laboral, de ser amparada esta acción y concluirse ésta en una sentencia, la decisión judicial podría ser ejecutada a través de un procedimiento de ejecución de sentencia extranjera en el país donde se encuentre ubicado el empleador no domiciliado. Claro está que esta alternativa de reclamo de pago de beneficios laborales constituye una salida más onerosa para el trabajador.

En cuanto a las obligaciones del empleador referidas al pago de aportes al Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud y del Sistema Nacional de Pensiones, así como del Impuesto a la Renta, cuya cobranza se encuentra regida por el Código Tributario, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) no ha establecido un mecanismo para la exigencia del pago de tales tributos, en la medida que su competencia sólo alcanza a aquellos deudores pertenecientes a las Intendencias u Oficinas Zonales ubicadas en el territorio peruano y la cobranza sólo puede involucrar bienes o derechos de los deudores tributarios ubicados en la jurisdicción de tales intendencias u oficinas zonales, que cuenten con personal autorizado por la SUNAT.

Del contenido de dichas normas se desprende que no resultaría viable que el personal de la SUNAT autorizado para el cobro de los tributos mediante la ejecución coactiva pueda exigir su pago a contribuyentes que domicilian en el extranjero. En consecuencia, si bien es cierto el empleador no domiciliado podría haber cometido una infracción tributaria, no podría ser sancionado por no domiciliar en el territorio peruano.

En atención a los argumentos expuestos, si bien el real empleador del trabajador podría ser en principio responsable solidario frente a la Autoridad Administrativa Tributaria por la omisión en el pago de las contribuciones sociales, la Autoridad Administrativa Tributaria carecería de competencia internacional para exigirle el pago de dichas contribuciones.

Por lo expuesto, las autoridades que fiscalizan el cumplimiento de obligaciones laborales y tributarias solamente podrían tener competencia respecto de las personas jurídicas domiciliadas en el país, mas no respecto de aquellas ubicadas en el exterior.

No obstante ello, consideramos que el trabajador siempre tendrá el derecho expedito de interponer las acciones correspondientes contra su empleador ubicado en el extranjero.

5.2. Transferencia de personal

Es en la transferencia del personal perteneciente de una de las empresas a otras empresas del grupo en la que surgen las situaciones que pueden afectar los derechos laborales individuales del personal transferido, especialmente cuando no se ha pactado en el contrato la facultad del empleador de disponer el traslado del trabajador de un país a otro. En cualquier caso, al igual que cualquier otra facultad del empleador, si éste tiene la potestad de transferir a su personal de un país a otro, aquélla debe ser ejercida bajo el principio de razonabilidad y de ninguna manera puede implicar un perjuicio para el trabajador, es decir, su traslado no puede implicar en modo alguno una desmejora en sus condiciones laborales.

En cuanto a la transferencia de personal, un elemento importante a determinarse es, ¿quién ordena la transferencia del trabajador? Generalmente el traslado del trabajador es dispuesto por la Gerencia Regional a la que funcionalmente depende el trabajador, la que a su vez puede o no ser parte de la casa matriz; de otro lado, la orden de transferencia también puede provenir de la empresa de la que originalmente proviene el trabajador. Desde el ingreso del trabajador a una de las empresas del grupo multinacional, aquél es informado respecto a quién debe reportar el desarrollo de sus actividades y, por tanto, de quién recibir órdenes y por quién ser evaluado. En esta medida, el empleador real del trabajador será aquella empresa de la cual provengan las decisiones principales que afecten su puesto de trabajo.

De otro lado, tenemos al empleador “formal”, al que el trabajador pertenece para que puedan canalizarse el pago de sus beneficios laborales y previsionales que le corresponden, así como para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o migratorias.

En la práctica, en caso de desplazamientos de personal entre empresas del mismo grupo económico ubicadas en distintos países, se opta, a falta de normas comunes que regulen este tema entre los países, por liquidar a cada trabajador según la legislación del lugar donde se encuentre la empresa en la que formalmente está registrado y prestando servicios el trabajador y luego por recontratarlo en la empresa destinataria. Ahora bien, al terminar la relación laboral, se suele reconocer al trabajador el record de servicios correspondiente a todo el tiempo en el que prestó servicios a las distintas empresas del grupo.

En uno de los casos específicos que veremos a continuación, saltan los problemas por la existencia de ambos tipos de empleadores involucrados en la misma relación laboral, pudiéndose prestar inclusive esta figura para generar situaciones fraudulentas a fin de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales o tributarias.

A continuación, analizaremos algunos supuestos específicos en los que se presentan conflictos relacionados con la transferencia de un trabajador de un país a otro

5.2.1. Trabajador obligado a ser transferido a otro país para su cese

Tenemos el caso de un trabajador extranjero, proveniente originalmente de la planilla de la empresa A, donde se mantiene registrado aun después de su transferencia, que recibe órdenes de una gerencia de la empresa B y que se encuentra destacado en la empresa C (Perú), considerándose para estos efectos que las empresas A, B y C se encuentran ubicadas en países distintos y pertenecen al mismo grupo económico. De esta manera, el trabajador tiene dos relaciones laborales formalizadas, una con su empresa de origen (empresa A) y otra con la empresa en la cual se encuentra actualmente destacado (empresa C).

Ahora bien, resulta que la empresa B ha decidido prescindir de los servicios del trabajador sin causa justificada alguna, por lo que instruye a la empresa C para que inicie las negociaciones con el trabajador para su desvinculación voluntaria. Dado que la negociación no prospera y para evitar el pago de la indemnización por resolución unilateral del contrato de trabajo que el trabajador mantiene con la empresa C, la empresa A dispone su repatriación con la finalidad, obviamente no manifestada, de ser cesado en ese país, donde la indemnización es mucho menor.

Ante esta situación, el trabajador se encuentra en la encrucijada de, si acatar la repatriación dispuesta por la empresa de origen, lo cual le causaría un evidente perjuicio, o considerar que su vinculación laboral formal con la empresa C ha concluido y que, por tanto, a las luces de la legislación local, debe abonársele la indemnización por resolución unilateral del contrato de trabajo que corresponda.

Vemos que en el presente caso existe una duplicidad de relaciones laborales formales, no obstante que el trabajador presta servicios solamente a un empleador. Ello ocurre porque el trabajador no desea ser desvinculado de la planilla de origen, probablemente por motivos previsionales y también porque en el país de destino, a efectos del cumplimiento de obligaciones laborales, tributarias y migratorias, se requiere que se encuentre registrado en una planilla local. Esta duplicidad podría actuar en casos como el que estamos analizando contra el propio trabajador.

Como hemos visto en el numeral 5.2.1, no existe una norma nacional ni internacional que regule esta materia de una manera uniforme, por lo que este vacío le puede ocasionar perjuicios al personal de las empresas multinacionales. En efecto, si no acata lo dispuesto por su empresa de origen, podría incurrir en una falta grave causal de despido por resistencia a las órdenes de su empleador, aprovechándose de este hecho este empleador para evadir el pago de la indemnización correspondiente, si dicha falta es contemplada en el país de origen como causal de conclusión del contrato de trabajo.

No obstante ello, en la medida que en el caso materia de análisis no se cuenta con una conformidad del trabajador para la transferencia y dado que la ley

peruana tampoco regula una situación similar, consideramos que la conclusión de la relación laboral debe regirse por el ordenamiento laboral peruano y, por tanto, abonar la indemnización correspondiente si el cese no es con la conformidad del trabajador. En el marco de la Comunidad Andina, como veremos más adelante, ésta será la solución que regirá la conclusión del contrato de trabajo.

5.2.2. Trabajador extranjero transferido a un país que cuenta con beneficios laborales menores a los del país de origen

Se trata de un supuesto similar al anterior, que implica que, al disponerse la transferencia de un trabajador de una jurisdicción a otra, le sea aplicable un ordenamiento laboral que prevé menores beneficios. Entre tales preocupaciones está el tema de sus aportes a la seguridad social, el cual, por ejemplo, en el país de origen pueden generar una rentabilidad mejor que en el país de destino. O el inicio de un nuevo cómputo para reunir los requisitos de cobertura de la seguridad social en salud local o porque sus dependientes directos continuarán residiendo en el país de origen y su interés es que se mantengan protegidos por la seguridad social de dicho país.

En la práctica las empresas locales, ante la falta de una previsión normativa, optan por dar a estos problemas soluciones que no necesariamente van de la mano con nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo, mantienen al trabajador en la planilla local, con un sueldo menor y el vínculo laboral con suspensión imperfecta mientras el trabajador se encuentra destacado en el extranjero. Sin embargo, ¿es válida esta figura? ¿Puede un trabajador recibir una remuneración de una empresa respecto de la cual no presta servicios efectivos y no obstante ello tener derecho él o su familia al acceso a la seguridad social local?

Al respecto podrían haber dos interpretaciones. Una que rechace la adopción de tales mecanismos, por considerar que legalmente la regla general es que se debe incluir en la planilla a todo aquél que preste servicios efectivos a la empresa. Tan es así que es sabido de fiscalizaciones de la Superintendencia Nacional de

Administración Tributaria (SUNAT) en las que se detecta la existencia de trabajadores “fantasma”, que sólo eran incluidos en las planillas para poder tener acceso a la seguridad social. Si bien en ambas situaciones –la de los trabajadores fantasma y de los trabajadores desplazados-, las finalidades son las mismas –el acceso o la permanencia en la seguridad social-, en el caso de los trabajadores multinacionales se trata de personas que efectivamente prestan servicios, no directamente a la empresa que los declara, pero sí, por encargo de ésta, a una empresa vinculada pero ubicada en otro país. De ahí surgen los fundamentos de la segunda interpretación, que aceptaría la inclusión del trabajador en ambas planillas, por considerar que hay un vínculo entre la empresa de origen y la destinataria que genera la transferencia del trabajador en cuestión. En todo caso, este mecanismo se utiliza a favor del mismo trabajador, para no ocasionarle perjuicio.

A nuestro entender, puede aceptarse que el empleado se mantenga en la planilla local, acordando con él una licencia con goce de haberes, siempre y cuando la transferencia del trabajador sea con un ánimo de retorno al país.

El problema se acompleja en el caso de los trabajadores extranjeros quienes deben contar con la calidad migratoria habilitante para poder ser incorporado a una planilla local, que es la visa de residente. Sin embargo, esta calidad migratoria se pierde si el ciudadano extranjero se ha ausentado por más de seis meses del territorio nacional, por lo que en la práctica la alternativa de mantener personal en una planilla local aun cuando no se encuentren en el territorio nacional, sería inviable para trabajadores extranjeros con visa de residente en nuestro país.

En tal sentido, en la práctica será recomendable en estas situaciones la suscripción de un convenio de otorgamiento de licencia con goce de haberes, con la finalidad de poder acreditar, eventualmente que el mantener al personal transferido en planilla no obedece a fraude alguno. La licencia debe ser otorgada de manera razonable, es decir, debe obedecer a un ánimo de retorno por parte del trabajador.

5.3. Trabajador de empresa extranjera que no tiene personería jurídica en el país

Los supuestos que analizaremos en este numeral y en el siguiente no se enfocan tanto en el problema del trabajador de un grupo empresarial multinacional que es destacado a una empresa del grupo en un determinado país; en el caso específico estamos ante una etapa previa, es decir, cuando no se ha constituido una entidad en el ámbito local que asuma las obligaciones laborales y previsionales del trabajador. Cabe señalar que esta etapa previa en algunos casos puede durar mucho tiempo e inclusive convertirse en una situación permanente.

Tal como hemos señalado en el numeral 4 precedente, la aplicación de la ley laboral es de carácter territorial, es decir, se aplica la ley donde se realiza la relación laboral. En este sentido, de prestarse la relación laboral en el Perú, es requisito indispensable la existencia de una entidad local que haga frente a las obligaciones laborales y tributarias que como empleador le corresponde respecto del trabajador en cuestión. Si no existe una entidad local constituida, es imposible acreditarse como empleador frente a las autoridades peruanas.

En tal sentido, ante esta realidad, lo que corresponda será que, no obstante el trabajador no se encuentre registrado en una planilla local, éste debe percibir beneficios laborales similares a los establecidos en la ley peruana para los trabajadores locales. En cuanto a los beneficios previsionales, debe procurarse que el trabajador puede aportar como trabajador independiente ante una Administradora Privada de Fondos de Pensiones local. En lo que se refiere a la seguridad social en salud, puede afiliarse al trabajador a un seguro médico que le otorgue una cobertura total. Y tener presente que, en lo que al Impuesto a la Renta se refiere, el trabajador es responsable por el pago de las rentas obtenidas dentro del territorio nacional. Somos de la opinión que el trabajador adicionalmente tendría expedito de reclamar aquellos derechos que sus similares posean en la empresa no domiciliada, siempre y cuando no exista una causa objetiva para su no otorgamiento.

De otro lado, existe empresas aun no constituidas en el Perú que suelen designar a una persona para que funja como su representante y captador de clien-

tes; es más, de tener facultades para concertar contratos de manera habitual por parte de la empresa no domiciliada, tributariamente puede reputarse la existencia de un establecimiento permanente de la empresa extranjera no domiciliada. En estos casos, de manera similar, de prestar esta persona servicios subordinados, tendría derecho a percibir los beneficios laborales propios del ordenamiento peruano.

5.4. Destaque o desplazamiento de trabajador de empresa extranjera

Un caso similar al anterior es el destaque de un trabajador por parte de una empresa extranjera. Sin embargo, este supuesto reviste adicionalmente la dificultad de poder ser considerado como una intermediación laboral o tercerización proveniente de una empresa domiciliada en el exterior y, por ende, es necesario analizar hasta qué punto aplicarle las restricciones establecidas en nuestra legislación para este tipo de figuras contractuales.

En primer lugar, es conveniente en lo posible respetar los derechos y beneficios laborales y previsionales que prevé nuestro ordenamiento, tal como en el supuesto analizado en el 5.3.

En segundo lugar, debe tenerse presente que las autoridades locales no tienen jurisdicción sobre empresas o entidades fuera del territorio peruano, por lo que no podrían ser sujeto de fiscalización por aquéllas. Pese a ello, las empresas locales en las que estas personas prestarán sus servicios deberán estar en capacidad de acreditar que estamos ante una tercerización de servicios que cumple con los requisitos establecidas en las normas aplicables.

En cuanto a la intermediación laboral por parte de una empresa extranjera no domiciliada, ello no sería posible por no ser contratada con una empresa inscrita en el registro que a tal efecto lleva el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Cabe señalar que la intermediación laboral a nivel internacional es un fenómeno que se viene dando con frecuencia en nuestro mundo globalizado, siendo inclusive materia de discusión en congresos internacionales, por lo que es conve-

niente que nuestras autoridades acompañen esta discusión a efectos de tomar las previsiones legales del caso.

De la misma manera, las recientes normas dictadas para regular la tercerización con desplazamiento de personal –Ley N°29245, Decreto Legislativo N°1038 y el Decreto Supremo N°006-2008-TR- tampoco abren la posibilidad de permitir que una empresa extranjera preste servicios de tercerización a empresas locales, toda vez que estas disposiciones exigen la inscripción de las empresas ante un registro especial ante el Ministerio de Trabajo, a través de la planilla electrónica. Dado que una empresa extranjera no puede actuar formalmente como empleador en el Perú, no puede presentar una planilla electrónica y, por ende, no puede inscribirse en el referido registro, por lo que no podrá prestar sus servicios de tercerización con desplazamiento de personal en el país.

6. Propuestas

Por todo lo expuesto, se hace necesario llenar estos vacíos con la finalidad de brindar protección a este colectivo laboral que forma parte de empresas que operan a nivel internacional, de tal manera que sus derechos no se vean menoscabados como consecuencia de la prestación de servicios en diversos países.

A continuación proponemos lo que a nuestro modesto juicio debiera ser considerado como sugerencias¹⁴ para atenuar estos problemas:

6.1. Tratado internacional común

Al igual que en casos de otros conflictos normativos, es necesario contar con una legislación común a los diversos Estados que regulen los temas que afectan a los trabajadores que circulan de un Estado a otro. Como bien dice CASAS

¹⁴Estas sugerencias se basan en la descripción efectuada por BAYLOS respecto de las reglas para controlar el mercado globalizado. BAYLOS, Antonio. “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”. Derecho y Sociedad 17. Lima: p.42 y siguientes.

BAAMONDE, “la globalidad de la política económica pide la unificación de las decisiones jurídicas estatales”¹⁵.

Si bien es cierto existe determinados principios que fungen como garantía de estándares internacionales para las relaciones laborales, como la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, cabe señalar que ellos, si bien coadyuvan a que los Estados persigan su cumplimiento, no sirven por sí solos para solucionar los conflictos abordados en el presente trabajo. En efecto, los principios que se entienden como fundamentales del Derecho del Trabajo son los siguientes:

- La libertad de asociación;
- La libertad sindical;
- La eliminación de todas formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- La abolición efectiva del trabajo infantil; y,
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Sin embargo, tal como lo señala BAYLOS, se trata de “un método extremadamente light”¹⁶, por cuanto los Estados miembros de la OIT no se encuentran obligados a ratificar los convenios específicos que regulan estas materias, por lo que no permite “se articule un sistema de quejas individuales al estilo del modelo del Comité de Libertad Sindical.”¹⁷

De otro lado, con la oleada de suscripción de tratados comerciales entre distintos países o bloques de países, se están incluyendo cláusulas que tienen como finalidad que los Estados contratantes cumplan con determinados principios y derechos laborales, es más, los Estados económicamente más poderosos condicio-

¹⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la Ley”. En: Desplazamientos de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales. Primera edición. Consejo Económico y Social. Madrid, 2002, p.4

¹⁶ BAYLOS, Antonio. “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”. Derecho y Sociedad 17. Lima: p.44

¹⁷ BAYLOS, p.43

nan a los Estados de menor nivel de desarrollo la suscripción de tales tratados al cumplimiento de determinadas políticas o principios laborales. Recuérdese las negociaciones para la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y sus repercusiones en el ámbito laboral nacional. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, no regula el caso particular del personal transferido entre los países involucrados en el tratado.

Por tal motivo, consideramos que la primera alternativa para la mejor protección de los derechos de los trabajadores que son desplazados de un país a otro de un grupo empresarial, es que sus derechos se regulen por un instrumento internacional que sea de común aplicación a los países por donde se desarrolle la relación laboral del trabajador.

En la Unión Europea se dictó la Directiva 96/71/CE, aprobada el 16 de diciembre de 1996, que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, que pretende establecer las disposiciones para que los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores de un Estado a otro miembro de la Unión, se efectúe respetando normas específicas de protección mínima que establezca el Estado destinatario, con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo. Esta directiva se aplica a los supuestos siguientes:

- a) En el caso de desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo dirección de su empresa contratantes, en el marco de un contrato celebrado entre esta empresa y otra que será la destinataria de la prestación de los servicios.
- b) Desplazamiento de un trabajador a otro Estado miembro en el que la empresa cuente con una entidad jurídica, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento.
- c) Desplazamiento de un trabajador a otro Estado miembro en virtud de una intermediación laboral de carácter internacional.

En los tres supuestos la directiva parte de la existencia de una relación laboral entre la empresa que envía o desplaza al trabajador y éste. Es decir, el ordenamiento comunitario europeo fue consciente de la existencia de esta movilidad de trabajadores a nivel internacional, enviados por determinadas empresas de un grupo económico, por lo que es totalmente viable en el ámbito europeo contar con personal que no necesariamente debe estar incluido formalmente en una planilla local y que sin embargo gozarán de un régimen laboral de protección mínima en el país de destino.

A nivel de la Comunidad Andina, se ha dictado la Decisión 545, denominada “Instrumento Andino de Migración Laboral”, que tiene como finalidad permitir la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia (artículo 1). Se considera “Trabajador Migrante Andino” al nacional de un País Miembro que se traslade a otro País Miembro con fines laborales bajo relación de dependencia, ya sea de manera temporal o permanente.

Los supuestos que comprende la Decisión son los siguientes:

- a) Caso del trabajador con desplazamiento individual: referido al trabajador nacional de un País Miembro que migra a otro País Miembro con fines laborales por haber suscrito un contrato de trabajo o por responder a una oferta de empleo desde el país de destino (artículo 5).
- b) Caso del trabajador de empresa: se trata del nacional andino que se traslada a otro País Miembro, distinto al país de su domicilio habitual, por un período superior a 180 días y por disposición de su empresa empleadora, ya sea porque esta empresa esté instalada en el otro país o porque tenga en dicho país un proyecto determinado (artículo 6).
- c) Caso del trabajador de temporada: está referido al nacional andino que se traslada a otro País Miembro para ejecutar labores cíclicas o estacionales (artículo 7).

- d) Caso del trabajador fronterizo: se refiere al nacional andino que, manteniendo su domicilio habitual en un País Miembro, se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro País Miembro para cumplir su actividad laboral (artículo 8).

Asimismo, el artículo 15 de la Decisión 545 establece que “en ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su empleador. Estos derechos serán los determinantes en la legislación nacional del País de Inmigración.”

De esta manera, a nivel de los países de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú), queda claro que en todo caso siempre deben prevalecer los derechos vigentes en la legislación nacional de País destinatario del trabajador migrante.

En materia de seguridad social la Comunidad Andina aprobó la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social el cual tiene como finalidad garantizar el derecho a los migrantes laborales a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro País Miembro, así como garantizarles la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones de los sistemas de seguridad social de los Países Miembros.

Esta Decisión señala que el migrante laboral está sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre. De esta manera, en el caso de un trabajador proveniente de una empresa ubicada en otro País Miembro, es necesario que sea formalmente incorporado en una planilla local a efectos del cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, en la medida en que en nuestra legislación sólo una entidad local constituida en el Perú puede actuar como empleador para estos efectos formales.

De otro lado, se reconoce que los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se pueden sumar a los períodos cotizados en los de-

más Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas. Importante resaltar también que en caso que el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las citadas prestaciones, le son también computables los aportes realizados en otro país que no sea de la Comunidad Andina siempre que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de períodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado (artículo 8).

Consideramos importantes estas Directivas; sin embargo, aquellas pueden ser perfeccionadas para regular los problemas que hemos abordado en el presente trabajo, respecto a la existencia de mecanismos que permitan al trabajador pertenecer únicamente a la planilla de la empresa de la que depende sustancialmente y que al mismo tiempo se garanticen los correspondientes derechos laborales y de seguridad social del país donde presten servicios efectivos.

6.2. Códigos de Conducta de empresas transnacionales

La mayoría de las empresas transnacionales tienen un Código de Conducta que establecen los lineamientos generales que deberán acatar todos los empleados del correspondiente grupo empresarial, no sólo en el desempeño de sus funciones, sino también en sus relaciones con sus clientes y proveedores. Estos Códigos de Conducta incluyen los Códigos de Ética y Normas sobre Conflicto de Interés.

Estos documentos, aprobados por los principales órganos de la corporación respectiva, podrían ser de utilidad si regula el tratamiento del personal “itinerante”, es decir, de aquel que va movilizándose geográficamente según los requerimientos del grupo empresarial.

El único problema que existe es que estos documentos, al ser aprobados por la propia empresa, no necesariamente tienen carácter coercitivo, aunque claro está, debe tenerse en cuenta que actualmente existe una importancia enorme que las

empresas le otorgan al tratamiento de su imagen corporativo y a la responsabilidad social empresarial, por lo que el desconocimiento de sus propias normas sería un acto difícil en empresas transnacionales serias.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, ante problemas derivados del traslado de un trabajador de una empresa a otra de un grupo multinacional, nuestro ordenamiento jurídico, salvo en el caso de la Comunidad Andina, no cuenta con los mecanismos legales adecuados para reflejar la realidad de las relaciones laborales con estas especiales características, lo que se hace necesario realizar un esfuerzo conjunto entre los países para aprobar un ordenamiento común que regule estos supuestos.

Adicionalmente un hito importante será también la aprobación de la Ley General del Trabajo, que establecería de manera precisa la aplicación de la ley laboral peruana cuando la relación laboral se lleve a cabo en el Perú o cuando el contrato de trabajo se celebre en nuestro país. Sin embargo, no soluciona la posibilidad de canalizar mecanismos comunes a los distintos países mediante los cuales el trabajador pertenezca únicamente a una sola empresa y, por ende, a una sola planilla.

En la medida que ello no ocurra, consideramos debe aplicarse la legislación laboral correspondiente al país donde efectivamente el trabajador de una empresa multinacional preste sus servicios, ordenamiento que establecerá el núcleo mínimo de derechos con los que deberá contar el personal desplazado.

BIBLIOGRAFÍA

-ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo.

La circulación de trabajadores en el grupo de empresas. Universidad de Cádiz. Mergablum Edición y Comunicación. Sevilla 2003

-AYLWIN CHIORRINO, Andrés. ROJAS MIÑO, Irene.

"Los Grupos de empresas y sus efectos jurídicos". En: Revista IUS el Praxis 11.

-BALLESTER PASTOR, Inmaculada. MIÑARRO YANINI, Margarita.
“*El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea*”. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 57.

-BASADRE AYULO, Jorge.
Derecho internacional privado. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2000.

-BAYLOS, Antonio.
“*Globalización y derecho del trabajo realidad y proyecto*”. En: Derecho & Sociedad 17.

-BUENO MAGNANO, Octavio.
Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el derecho de trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 1982.

-CASAS BAAMONDE, María Emilia. DEL REY GUANTER, Salvador.
“*Desplazamientos de trabajadores y prestación de servicios transnacionales*”. Consejo Económico y Social. Madrid, 2002

-JAVILLIER, Jean-Claude.
“*La Dinámica de las Normas Internacionales*”. En: Derecho & Sociedad 27.

-MOLERO MANGLANO, Carlos y otros.
Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción). Editorial Dykison. Madrid 1997.

-NEVES MUJICA, Javier.
Introducción al derecho de trabajo. Ara Editores. Lima, 1997. TOVAR GIL, María del Carmen.

-TOVAR GIL, Javier. *Derecho internacional privado*. Fundación M. J. Bustamente de la Fuente. Lima, 1987.

-SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María.
“*El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario*”. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48.

-SALA FRANCO, Tomás y otros.
Derecho de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995.

PAGINAS WEB:

Fondo Monetario Internacional.

La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? En: <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

-SOTELO VALENCIA, Adrián. “*Globalización, dependencia, y desrregulación laboral*”. En: <http://www.rebellion.org/docs/7270.doc>