

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL Y LA SUBCONTRATACIÓN

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace unas décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón del advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos, y en general, al esfuerzo empresarial por estar a la altura de los nuevos requerimientos de producción que hacen innecesaria la existencia de grandes empresas colmadas de *stock* de productos o que aglutinen internamente no solo su actividad principal sino también aquellas de carácter periférico o auxiliar. Se presenta un cambio de paradigma organizacional en el cual surge el “adelgazamiento” empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.

Es evidente el cambio en la noción de competitividad empresarial dado el posicionamiento de la calidad y diferenciación en los productos y servicios como elementos claves de la misma⁽²⁾. Esto, sin duda, exige el acomodo de las empresas hacia un nuevo paradigma organizativo, tendiente a su especialización.

Este fenómeno descentralizador o externalizador, ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos

(1) Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente en la Universidad ESAN y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Cfr. CORIAT, Benjamín. *Los desafíos de la competitividad*. Asociación Trabajo y Sociedad, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1994, pp. 38-40.

de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados a aspectos esenciales de su actividad empresarial⁽³⁾.

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes y negativas, toda vez que inciden en el incremento del empleo temporal y, por ende, en la creación de “trabajadores de segunda categoría” que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función de sus mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa, estos últimos ubicados con menores posibilidades de acceso a derechos laborales.

Es pues claro, que uno de los derechos más afectados por la subcontratación es la estabilidad en el empleo, tanto en su vertiente de entrada (preferencia por la contratación indefinida) como de salida (necesidad de causa justa para habilitar la desvinculación del personal). Se conoce que las empresas que son subcontratadas para prestar un servicio o ejecutar una determinada obra incorporan al personal en forma temporal (contratos de duración determinada), con la finalidad de contar con un margen de flexibilidad y poder cesarlo cuando culmine el contrato con la empresa principal (cliente) o cuando esta solicita el cambio de trabajador. Esta situación genera que el derecho a la estabilidad laboral se encuentre sujeto a la voluntad mercantil de las empresas involucradas con lo que el trabajo del personal asignado a la subcontratación se equipara a una simple mercancía, a un mero anexo (accesorio) al contrato inter empresarial.

La afectación a la estabilidad laboral también se evidencia en el personal de la empresa usuaria o cliente (principal), pues muchas veces se decide cerrar áreas en la misma para su tercerización lo cual genera que los trabajadores que laboraban en estas sean cesados y no en todos los casos recontratados con similares condiciones laborales por la subcontratista.

Lamentablemente, nuestro legislador ha prestado una atención mínima a este gran impacto en la estabilidad laboral⁽⁴⁾, así como a otros efectos naturales de la subcontratación como los que se producen en las relaciones colectivas de trabajo y que, sin duda, poseen una gran implicancia en las condiciones de contratación del personal.

Dicha implicancia en la estabilidad laboral motiva que consideremos relevante analizar los efectos de la subcontratación en la estabilidad laboral de salida en

(3) Cf. DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina. *Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*.

(4) Decimos “mínima” pues a través del Decreto Supremo N° 020-2007-TR se establecieron algunas “garantías de derechos laborales” que, si se analizan con detalle no pasaban de constituir una mera repetición de mecanismos de tutela previstos en forma limitada en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

la presente investigación elaborada en homenaje al maestro Mario Pasco Cosmópolis, eximio laboralista, quien dedicó muchas páginas de su cuantiosa producción doctrinaria al estudio de la estabilidad laboral.

II. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD LABORAL

En este punto analizaremos el efecto en los contratos de trabajo del personal de la empresa principal de la decisión de esta de externalizar la actividad en la cual trabajan, así como las consecuencias que puede tener la sustitución de subcontratistas o cuando la actividad subcontratada retorna al empresario principal quien la asume nuevamente.

Para entender adecuadamente cómo pueden afrontarse dichas situaciones desde el Derecho del Trabajo, conviene reflexionar previamente sobre las implicancias laborales de la sucesión o subrogación empresarial.

Al respecto, Plá señala que el cambio de los protagonistas del contrato es una característica del mismo (novación subjetiva)⁽⁵⁾, la cual evidentemente no se refiere al trabajador “ya que su posición es incanjeable por el carácter personalísimo de la prestación, sino al empleador. Pues bien, esos cambios en la persona del empleador no suponen la terminación del contrato. Este continúa a pesar de esa sustitución”⁽⁶⁾.

Alonso Olea⁽⁷⁾, citando al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores de España⁽⁸⁾ afirma que, el cambio del empresario no produce la extinción de los contratos de trabajo ni, salvo la novación subjetiva, lo modifica.

(5) PLÁ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 267.

(6) *Ibidem*, p. 268

(7) Cf. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 393.

(8) Norma que regula expresamente la sucesión empresarial señalando que:

“Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio (...).”

Delimitación del supuesto de sustitución empresarial

En línea de lo señalado por Alonso Olea⁽⁹⁾, el fenómeno de la continuidad de las relaciones laborales frente a una sustitución del empleador opera respecto a la integridad de la empresa o de un centro de trabajo, identificado tanto localmente como en su acepción de organización. La acepción “centro de trabajo” debe ser entendida con gran amplitud, comprendiendo “servicios y actividades parciales”, “centro de explotación”, “unidad de negocios”, etc. Así por ejemplo, si una empresa externaliza su área contable (“unidad de negocios”) y esta es asumida por otra empresa, operará la sustitución del empleador, debiéndose respetar la continuidad de las relaciones laborales del personal perteneciente a dicha área.

Martín Valverde y otros⁽¹⁰⁾, a propósito del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores de España⁽¹¹⁾, indican que el supuesto de la continuidad de la relación laboral frente a una sustitución del empleador comprende a la venta de empresa, adquisición en subasta pública de una empresa en funcionamiento, así como los casos en que no se produce cambio en la titularidad patrimonial sino en la titularidad de la explotación, como el arrendamiento de industria, arrendamiento de negocio y su posterior reversión al arrendador, finalización de la concesión administrativa con continuidad de la actividad por el ente público que la realizó, fusiones y absorciones de sociedades, entre otras. En nuestra opinión comprenderá también la externalización de una actividad empresarial por parte de su titular (empresa principal), la sucesión de subcontratistas y e inclusive la reversión de la actividad al anterior titular.

En lo que se refiere al objeto de la transmisión, el mismo no necesariamente comprende a la totalidad de la empresa como unidad, pudiendo consistir en una transmisión parcial. Es importante, a decir de Martín Valverde⁽¹²⁾, que lo que se transmita sea susceptible de una explotación económica independiente capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado⁽¹³⁾, no lo es por ejemplo, la enajenación por separado de diversos elementos de la empresa a distintas personas⁽¹⁴⁾, la venta de

(9) Ídem.

(10) Cf. MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 659.

(11) Ver nota 43.

(12) *Ibidem*, p. 661.

(13) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 27 de octubre de 1994.

(14) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 3 de marzo de 1983.

una parte de los bienes de la empresa pero sin organización empresarial propiamente dicha⁽¹⁵⁾ o el desahucio de un simple local del negocio⁽¹⁶⁾.

En ese sentido, no nos encontraremos ante una sustitución empresarial que justifique la continuidad de los trabajadores involucrados si se transfieren bienes individuales que no involucren mano de obra ligada a los mismos, como por ejemplo el caso de una maquinaria que no implique la realización de un proceso productivo.

Si nos detenemos por un momento a analizar la externalización de actividades bajo el marco de lo señalado hasta aquí podremos considerar que, al tratarse de una actividad susceptible de explotación económica, y así únicamente comprenda mano de obra, nos encontraremos ante un supuesto de sustitución o subrogación empresarial en el que, al no existir normativa en nuestro país, operará el principio de continuidad como criterio orientador hacia el respeto al mantenimiento de idénticas condiciones de trabajo en el nuevo empresario por parte de los trabajadores también externalizados con la actividad específica. La lógica de este punto consiste, en términos sencillos, que el personal sigue a la actividad transferida, en las mismas condiciones en que fue contratado por su antiguo empleador.

El segundo supuesto relativo a la sustitución de subcontratistas puede presentarse, por ejemplo, cuando una empresa principal que había contratado a otra que le prestaba servicios de promoción cambia de subcontratista. En tanto este nuevo subcontratista asume la unidad de negocio susceptible de ser explotada en forma autónoma debería operar una subrogación empresarial y, por ende, el traspaso del personal que realizaba la referida actividad del antiguo al nuevo subcontratista. Esta medida tendrá por efecto que las relaciones laborales del personal se mantengan sin solución de continuidad en el nuevo subcontratista, protegiéndose al trabajador de un despido inminente dada su contratación seguramente temporal.

El tercer planteamiento apunta a una situación inversa a la primera, y hasta ahora poco usual, que el empresario principal advierta la necesidad de retomar la actividad en forma directa y que por ende decida que la misma revierta hacia él. Este supuesto es similar al primero, se retoma a una línea de negocio o unidad económica susceptible de ser explotada en forma autónoma, la cual retorna a la empresa principal. Lo propio consiste en que los trabajadores se reincorporen a la misma, manteniendo idénticas condiciones de trabajo.

(15) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 29 de marzo de 1985.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Cuarta de lo Social, del 13 de junio de 1985.

En todo caso, el análisis de la aplicabilidad del principio de continuidad frente a una sustitución empresarial en los supuestos mencionados anteriormente (externalización de actividades, cambio de subcontratista o reversión de actividad externalizada a la empresa principal) deberá realizarse casuísticamente, atendiendo a las circunstancias de la operación concreta.

En cuanto a la regulación de la sustitución empresarial en nuestro ordenamiento, es interesante comentar que la Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, Reglamento de la Ley N° 4916 (Ley del Empleado), en su artículo 49, establecía expresamente que “(...) en el caso de venta, fusión de negocios, traspaso o cambio de giro del negocio, conservarán los empleados todos los derechos que la ley acuerda y no podrán ser despedidos sino con el aviso anticipado y con las indemnizaciones y beneficios establecidos en la ley. Si los empleados permanecieran al servicio del nuevo principal, este tomará en cuenta el tiempo de servicios devengados para su oportunidad (...)”.

La Resolución del Tribunal de Trabajo del 24 de setiembre de 1985, con relación a la citada norma, señaló que debe tenerse en cuenta que el traspaso de negocio no se presume, y debe probarse expresamente aún cuando exista un negocio similar al que se conducía anteriormente en el mismo local⁽¹⁷⁾.

En consecuencia, el supuesto de la sucesión empresarial regulada por el artículo 49 antes citado, preveía no solo que los trabajadores continuarían conservando todos los derechos que la ley les acuerda, sino que en caso de despido el nuevo empleador tendría que reconocerles el pago de las indemnizaciones (compensación por tiempo de servicios), estableciéndose de manera taxativa que si los empleados permanecían al servicio del nuevo empleador, este debía tomar en cuenta el tiempo de servicios devengados para su oportunidad.

Nótese que el artículo 69 del dispositivo en mención estableció que: “En caso de fusión de negocios o de transferencias de negocios de un principal a otro, el nuevo patrón calculará para los efectos de la ley, como servicios ininterrumpidos del empleado los años de servicios prestados al antiguo principal”. Así, este dispositivo enfatiza el reconocimiento por el nuevo empleador del tiempo de servicios acumulado por el trabajador a su anterior empleador.

Con la entrada en rigor de la Ley N° 26513 el 29 de julio de 1995 quedó derogada la Ley N° 4916 así como sus normas modificatorias y complementarias antes mencionadas, por lo que a partir de entonces no existe regulación sobre las

(17) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. N° 272, H & M Ediciones y Servicios S.A., Lima, 1997, p. 336.

consecuencias laborales en los casos de venta, fusión, traspaso, cambio de giro del negocio y figuras similares⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, consideramos que el principio de continuidad, es válido cuando se producen estas figuras, puesto que tratándose de un principio del Derecho, no requiere su plasmación normativa para ser perfectamente aplicable. Por mandato de la norma VIII del Título Preliminar del Código Civil, nuestra opinión es que el principio de continuidad será aplicable al actual vacío normativo dejado tras la derogación de las normas que recogían la aplicación del referido principio para los casos de venta y traspaso, fusión, cambio de giro del negocio y figuras análogas.

III. SUJECIÓN DE LA CONTINUIDAD LABORAL A LA MERA VOLUNTAD DE LAS PARTES: LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Como es conocido, la temporalización de las relaciones laborales basada en la “transitoriedad” del encargo que el subcontratista recibe de la empresa principal, precariza la relación de empleo del personal asignado a esta última por la primera, pues su estabilidad en el empleo queda sujeta a la mera voluntad comercial de las empresas contratantes. Indicamos también, que nos adscribíamos a la posición doctrinaria que aboga por la contratación indeterminada de dichos trabajadores en tanto la empleadora no puede trasladarles los riesgos que como tal le corresponde asumir.

(18) El Anteproyecto de Ley General de Trabajo plantea la regulación de estos supuestos en sus artículos 9 y 10 que pasamos a citar:

“Artículo 9.- Reorganización de la empresa o sustitución del empleador

Si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados.

Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen reorganización de empresa y no afectan las relaciones laborales vigentes ni los derechos alcanzados.

Si el empleador, persona natural, fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales y los derechos alcanzados prosiguen. Éstos también se mantienen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio.

Artículo 10.- Efectos laborales de la transmisión de empresa

En la transmisión de empresa el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión a los trabajadores y a sus representantes, de ser el caso.

Ambos responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley, nacidos antes de la fecha de su sustitución”.

Además de la anterior, existe otra clara transferencia de riesgos a los trabajadores de la subcontratista que supone la ruptura del principio de ajenidad así como una clara afectación a la estabilidad en el empleo, nos referimos a la terminación de un contrato temporal, puntualmente el de obra determinada o servicio, por el que fue contratado el personal de la subcontratista, en razón de que la empresa principal resuelve el contrato celebrado con esta o le solicita el “cese del destaque” del trabajador. Dicha terminación se fundamenta en el artículo 16 literal c) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, norma que aprueba la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que contempla como causa de extinción del contrato de trabajo al cumplimiento de la condición resolutoria en los contratos temporales.

Esta condición es plasmada en los contratos a plazo fijo del personal de la subcontratista señalando que los mismos culminarán si es que la empresa principal comunica la resolución del contrato de obra o servicio celebrado con la subcontratista, el cual generó la necesidad de contratar a un determinado trabajador, o si solicita el cambio de trabajador destacado.

A nuestro entender, esta aplicación de la “condición resolutoria” en el contrato de trabajo temporal es sumamente cuestionable, como lo demostraremos seguidamente:

- (i) La condición resolutoria, de acuerdo a la doctrina, consiste en el acontecimiento futuro e incierto del cual por voluntad de las partes dependen los efectos del negocio jurídico⁽¹⁹⁾. “De su cumplimiento depende (...) la cesación de los efectos del negocio (...)”⁽²⁰⁾.

León Barandiarán señala que “el acto es condicional cuando sus efectos están subordinados a un acontecimiento futuro e incierto. Supone, pues, una circunstancialidad contingente (...) en la producción de los efectos legales de la declaración (...)”⁽²¹⁾.

Son tres los caracteres de la condición, que el hecho en que consista la condición sea futuro, que el hecho sea incierto y arbitrariamente establecido⁽²²⁾.

(19) Cf. SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 634.

(20) ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Librería Bosch, Barcelona, 1958, p. 240.

(21) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano*. Ediar Editores, 1954, Buenos Aires, p. 221.

(22) *Ibidem*, p. 221 y ss.

En cuanto al hecho incierto Díez-Picazo afirma que la incertidumbre no es subjetiva sino que debe revestir un carácter objetivo⁽²³⁾. Esto supone no solamente desconocimiento del agente del hecho sino de una falta de conocimiento general derivada del propio evento.

Aníbal Torres afirma que “en su acepción objetiva la incertidumbre no depende del conocimiento o desconocimiento del agente, sino de la misma naturaleza del evento pues como condición: el evento es de **realización insegura para todos**. En su noción subjetiva el cumplimiento de la condición es inseguro para los otorgantes del acto (...) lo que se requiere no es una incerteza subjetiva, sino objetiva, referida al evento en sí considerado y no al conocimiento que puedan tener las partes (...)”⁽²⁴⁾ (énfasis nuestro).

Aplicando la definición a la “condición resolutoria” utilizada por las subcontratistas, consideramos que no existe incertidumbre de la prerrogativa de la empresa principal de resolver el contrato de obra o servicio que las vincula pues es usual que en dichos contratos se pacte una cláusula resolutoria unilateral fijándose un preaviso su aplicación. Entonces, si el subcontratista conoce que su cliente puede resolverle en cualquier momento el contrato, no se presentará el requisito de incertidumbre. Distinto es el caso en que el cliente no se reserve dicha prerrogativa en el contrato y sin aviso previo decida resolver unilateralmente el mismo. En este caso existiría incertidumbre o falta de conocimiento de dicha posibilidad en tanto la principal carece de la mencionada prerrogativa.

Un similar razonamiento es aplicable en el llamado “cese de destaque” pues ocurre con frecuencia que en el contrato entre las partes se acuerde que cualquier trabajador destacado por la subcontratista será cambiado a solicitud del cliente. Lo propio en este escenario consistiría en que la empresa subcontratista reubique al trabajador en otro cliente salvo que el pedido obedezca a la comisión de falta grave por aquel, estando en ese caso absolutamente justificado su despido.

En esa medida podremos advertir que la incertidumbre no se presenta de manera subjetiva pues el evento (terminación del contrato

(23) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las relaciones obligatorias. Volumen II, Civitas, Madrid, 1996, p. 349.

(24) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Editorial San Marcos, 1998, pp. 371-372.

de servicios u obra por parte de la empresa principal, o “cese del destaque”) solamente es inseguro, desconocido o ignorado⁽²⁵⁾ para el trabajador firmante pero no para su empleador quien, en forma bastante flexible, otorgó a su cliente la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, o solicitar el cambio del trabajador, bastando un preaviso para ello.

- (ii) Inclusive, así los hechos anotados califiquen como inciertos, opinamos que la condición resolutoria en el escenario descrito resulta inaplicable. Ello en razón de que dicha medida supondría sujetar el derecho a la estabilidad en el empleo del personal de la subcontratista a la voluntad unilateral de la empresa principal, situación vedada por nuestro ordenamiento pues, no es procedente cesar unilateralmente a un trabajador si no existe causa justa para ello. Aplicando esta afirmación propia de una relación jurídica laboral bilateral a una trilateral, podemos afirmar que así como el empleador directo no puede cesar por su voluntad a sus trabajadores, salvo que medie causa justa, el empleador indirecto (empresa principal) tampoco puede hacerlo.

Entonces, podemos afirmar que la permisividad de esta modalidad de cese vaciaría de contenido al derecho a la estabilidad laboral (de salida).

Por otro lado, se estaría quebrando al principio de ajenidad en los riesgos propio de las relaciones laborales. Recordemos que al ser la deuda contractual del trabajador de actividad y no de resultado, la misma es independiente de los beneficios y los riesgos que pueda generar la actividad laboral.

Sin embargo, trasladar al trabajador el riesgo de la terminación anticipada del contrato celebrado entre la subcontratista y la empresa principal por decisión de esta última o su decisión de cambiar de trabajador, supondrá quebrar un principio elemental del Derecho del Trabajo. Debemos advertir que en ambos casos se trata de riesgos derivados del contrato mercantil entre las empresas, pues en el primer caso puede ocurrir que el cliente decida por “razones estratégicas” (totalmente subjetivas) resolver el contrato de servicios u

(25) Definiciones de “incierto” tomadas del *Diccionario de la lengua española*. <www.rae.es>.

obra que lo vincula a la subcontratista, no siendo constitucional que el efecto de dicha medida sea trasladado al trabajador. Un análisis similar se presenta ante el pedido por parte del cliente de cambio de trabajador, llegándose al extremo de no exigir sustento alguno a dicha solicitud, lo cual supone convalidar un despido arbitrario.

El Tribunal Supremo español, recoge esta posición al señalar, en las sentencias del 14 de junio de 2007 y 10 de junio de 2008, “(...) que el contrato de obra no puede ser extinguido (...) cuando existe un acuerdo entre la empresa contratante y contratista que pone fin a la contrata. Este tipo de acuerdo entre las empresas no puede trasladarse a la extinción del contrato de obra, por finalización de la contrata, con un perjuicio evidente para los trabajadores (...)”⁽²⁶⁾.

En nuestro país podemos citar a la sentencia de la Sala Transitoria Laboral de fecha 24 de setiembre de 2010, recaída en el expediente N° 4262-2010 BE (AyS), la cual señala, en relación al cese del destaque del trabajador de la empresa de intermediación laboral solicitado por el cliente, que “(...) de los términos expuestos en la condición resolutoria cuestionada se tiene, que mediante esta se avala la extinción de la relación laboral por la sola decisión unilateral de la empresa principal (...) la condición resolutoria pactada obliga al trabajador a renunciar a su derecho constitucional de obtener una adecuada protección legal frente al despido arbitrario por lo que es prudente declarar su invalidez (...)”.

Se advierte que la Sala considera que la condición es inválida al considerar absurdo que la relación laboral del personal asignado por la subcontratista sea terminada por una decisión de la principal (cliente), admitir esta posibilidad supondrá habilitar un “despido arbitrario indirecto”, medida no tolerada por nuestro ordenamiento.

En suma, resulta cuestionable la posibilidad de sujetar la continuidad laboral de los trabajadores de la subcontratista a la voluntad de la principal mediante la inclusión de una condición resolutoria en sus contratos de trabajo, pues, la resolución del contrato entre el cliente y la subcontratista, o el pedido de cambio de trabajador, no califica como un hecho incierto, y además se está trasladando el

(26) Cfr. LAHERZA FORTEZA, Jesús. “Comentario de jurisprudencia”. En: *Relaciones Laborales*. N° 17, La Ley, Madrid, setiembre de 2011, p. 37.

riesgo de dicha actividad empresarial al trabajador, lo cual atenta contra el principio de ajenidad en los riesgos, propio del Derecho del Trabajo.

IV. SUBCONTRATACIÓN COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO, INDIVIDUAL O COLECTIVA

La externalización de una actividad o realización de una obra genera una situación de excedencia de los trabajadores de la empresa principal que la venían ejecutando. Ante esta situación debemos verificar si la subcontratación puede ser considerada como causa justa de cese individual o colectivo.

Las causas justas alegadas para despedir a un trabajador, según el artículo 22 de la LPCL, pueden estar relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, correspondiendo al empleador la demostración de la misma en caso el trabajador interponga un proceso judicial de impugnación del despido. De una lectura de las causas de despido enumeradas anteriormente podemos concluir con absoluta certeza que la externalización de actividades a través de la subcontratación no califica como causa justa de despido individual. Ello es por demás evidente en tanto esta medida empresarial obedece a una decisión unilateral del empleador⁽²⁷⁾. Por ende, si la decisión implica el despido individual del personal, nos encontraremos ante un despido arbitrario.

La inquietud que sigue consiste en determinar si la descentralización productiva constituye una causa justa de despido colectivo, entendido como la decisión empresarial de extinguir en forma unilateral las relaciones laborales de un conjunto de trabajadores basándose en la existencia de una causa general y objetiva relativa al funcionamiento de la empresa⁽²⁸⁾. Las causas no quedan al libre arbitrio de la voluntad del empleador, pues de ser así nos encontraríamos ante un despido arbitrario.

Nuestra legislación regula al despido colectivo bajo el rubro “terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”⁽²⁹⁾ en los artículos 46 a 52 de la LPCL,

(27) Este carácter unilateral se refiere a que, pese a que la ocurrencia de la causa objetiva no se deriva de la voluntad del empresario (hecho económico, tecnológico, estructural, salvo la disolución o liquidación), el cese de los trabajadores si se origina en su decisión.

(28) Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, enero de 2002, p. 446.

(29) Estamos de acuerdo con Cortés cuando señala que la falta de reconocimiento de esta situación como despido colectivo en nuestra legislación al denominarla “terminación de la relación de trabajo por causas objetivas” evidencia un sentido restringido del despido pretendiendo excluir estas “extinciones

disponiendo que el despido colectivo puede fundarse en el caso fortuito y la fuerza mayor; motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; y la disolución y liquidación de la empresa, y su quiebra⁽³⁰⁾. Se trata de hechos objetivos que supongan “una imposibilidad real para la continuación de los trabajos”⁽³¹⁾.

Repasando brevemente las causas objetivas de terminación advertimos que el legislador considera como tales a motivos económicos, es decir, una situación de falencia o desequilibrio económico que impide a la empresa seguir operando como lo venía haciendo⁽³²⁾; causas tecnológicas (reconversión tecnológica) que genere racionalización de personal⁽³³⁾; motivos estructurales o análogos; y la disolución y liquidación de la empresa, o eventualmente su quiebra.

Si bien queda meridianamente claro que la decisión empresarial de externalizar parte de sus actividades recurriendo a la subcontratación no califica necesariamente como un motivo de falencia económica, causa tecnológica, ni mucho menos se encuadra dentro de la disolución y liquidación de la misma, puede, sin embargo, mantenerse la duda en torno a la causa “estructural o análoga” que habilita la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Para emitir una opinión sobre el particular, ensayemos primeramente una conceptualización de causa “estructural o análoga” pues la legislación se limita a enunciarla sin definirla. Lo “estructural” según el *Diccionario de la lengua española*⁽³⁴⁾ es “lo relativo a la estructura”, y por estructura entiende a la “Distribución y orden de las partes importantes de un edificio (...) del cuerpo o de otra cosa (...)”. En otras palabras, un cambio estructural supone una modificación en

colectivas” de la protección constitucional y legal contra el despido (vid, CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. “¿ El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado despido?”. En: *Ius et Veritas*. Año VII, N° 12, Lima, 1996, p. 82.). Se trata de una deficiencia terminológica que no debería llevarnos a considerar a estas causas de cese como distintas a un despido pues su ocurrencia pasa por la voluntad unilateral del empleador.

- (30) “La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No. 845” no constituye en la actualidad un motivo legal de cese colectivo toda vez que la vigente Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, en su Quinta Disposición Final señala que, “(...) solamente desde la suscripción del Convenio de Liquidación se podrá cesar a los trabajadores, para cuyo efecto se cursará aviso notarial con una anticipación de diez (10) días calendarios a la fecha prevista para el cese (...)” (énfasis nuestro). Ahora bien, es posible que se pueda cesar al personal durante la reestructuración patrimonial si dicha situación puede válidamente encuadrarse en alguno de los supuestos de cese previstos en el literal a) del artículo 46 de la LPCL, es decir, un motivo económico, tecnológico, estructural o análogo, previa autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- (31) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo II, 5ª ed., Porrúa, México, 1978, p. 554. Citado por BLANCAS. *El despido ...* Ob. cit., p. 449.
- (32) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Extinción de la relación laboral en el Perú”. En: AA.VV. *La Extinción de la Relación Laboral*. AELE Editorial, Lima, 1987, p. 270. Citado por: BLANCAS, Carlos. Ob. cit., p. 451.
- (33) BLANCAS, Carlos. *El despido ...* Ob. cit., p. 453.
- (34) El diccionario puede consultarse en <<http://www.rae.es>>.

la organización empresarial que no se funde en causas económicas o tecnológicas, es decir, que no suponga una renovación de equipos o maquinarias. Citando el texto modificado del Estatuto de los Trabajadores de España a raíz de la reforma introducida a inicios del presente año, podemos tomar la definición de causas organizativas y de producción, presentándose las primeras “(...) cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción (...)” y, las segundas, “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (...)”.

Una lectura de la definición propuesta para causa “estructural o análoga” nos podría llevar a considerar que la decisión de externalización empresarial habilitaría al empresario a desvincular a su personal alegando dicha causa justa sin que resulte exigible el pago de una reparación económica al trabajador cesado. Nótese que en estos supuestos de extinción de relaciones de trabajo por causa de descentralización productiva no se le asegura en todos los casos al trabajador continuar su relación laboral en la empresa que se haga cargo de la actividad que se externaliza. Inclusive en muchos casos se suele prescindir de la experiencia del personal pues continuar contando con sus servicios en forma descentralizada puede debilitar a la subcontratación⁽³⁵⁾.

Nuestra opinión en este punto es discrepante con dicha aparente consideración toda vez que toda causa de extinción del vínculo laboral debe ser analizada en forma restringida en tanto la regla es la continuidad en el empleo, no siendo admisible equiparar una mera decisión de negocios (descentralización productiva) a una situación que impide el normal funcionamiento de la empresa y que le obliga a reducir su fuerza de trabajo. Recordemos que con la descentralización productiva el empleador busca reducir costos, lograr una mayor flexibilidad (adelgazamiento empresarial) y, por ende, una mayor productividad, mientras que una situación habilitante de la terminación colectiva de contratos de trabajo supone la imposibilidad empresarial de continuar con estos.

(35) Esta “debilitación de la subcontratación” es una constatación práctica de que el mantener al mismo personal en empresas subcontratadas puede ocasionar la pérdida de “ausencia de subordinación respecto a la empresa principal”. Recordemos que nuestra legislación considera como uno de los elementos esenciales de validez de la tercerización el hecho que la empresa que presta el servicio o ejecuta la obra subordine en forma exclusiva a su personal, lo cual supone que este no reciba órdenes, sea supervisado o sancionado por la empresa cliente. Existe una mayor probabilidad que se presenten este tipo de situaciones que “laboralizan” la relación trabajador subcontratado-cliente si el trabajador estuvo previamente contratado directamente por el cliente.

En efecto, la doctrina contempla unas características comunes⁽³⁶⁾ a las causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas para que la decisión de despedir colectivamente a los trabajadores se vea legitimada, como el hecho de que ellas imposibiliten material o legalmente la continuación de las relaciones de trabajo, pues el empleador no puede cumplir con el contrato; que la imposibilidad sea definitiva o permanente, o, que las causas sean ajenas a la conducta del empleador. SagarDOY afirma que la falta de trabajo debe ser independiente de la voluntad empresarial de resolver el contrato de trabajo⁽³⁷⁾.

Advertimos que la decisión descentralizadora no se deriva de la imposibilidad jurídica o material de dar continuidad a las relaciones laborales, ni tampoco constituye una conducta ajena a la voluntad del empresario. Muy por el contrario, la descentralización obedece a una decisión de negocios ejecuta con base en la libertad de empresa, como lo mencionamos en el capítulo precedente.

Lo afirmado no pretende negar la posibilidad de que la descentralización productiva encaje en alguno de los supuestos de terminación colectiva previstos en la norma peruana sino impedir que la sola decisión empresarial de externalizar una actividad habilite al empresario a considerar dicha situación como un caso “estructural o análogo” que le permita cesar personal. Distinto es el supuesto en el que la empresa se encuentre comprometida en el plano económico⁽³⁸⁾, por ejemplo, y que la extinción del contrato y posterior subcontratación de las tareas que realizaban los trabajadores excedentarios surja como una medida necesaria para evitar la situación de desventaja empresarial.

V. CONCLUSIONES

La subcontratación se sustenta en la libertad de empresa, la cual se encuentra reconocida en nuestra Constitución, sin embargo, ello no supone que la misma pueda ejercerse en forma ilimitada. Son los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación un límite importante a los efectos que esta pueda desplegar en las relaciones laborales involucradas, es decir, en las que corresponden al personal de las subcontratistas como de la empresa usuaria. De ahí que la

(36) Tomadas de BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido ...* Ob. cit., pp. 455-456.

(37) SAGARDOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, Citado por BLANCAS, Carlos. *El despido ...* Ob. cit., p. 456.

(38) GORELLI. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 89.

subcontratación ceda ante el derecho a la estabilidad laboral, no siendo causa suficiente para permitir la precarización de las condiciones de trabajo del personal tanto en el ingreso a laborar (uso intensivo de contratos temporales), en las remuneraciones, horarios de trabajo y demás aspectos generados durante la vigencia del vínculo laboral, como en su cese en el empleo (ausencia de estabilidad, subcontratación como causa de despido).

Es cuestionable sujetar la estabilidad de salida del trabajador a un contrato mercantil entre la usuaria o lo contratista, pues ello supondrá vaciar de contenido a la relación laboral del trabajador con la empresa, o forzar la figura para que la subcontratación sea considerada una causa objetiva de cese per se, entre otras situaciones tratadas anteriormente.

Lamentablemente, nuestro ordenamiento laboral carece de mecanismos adecuados de tutela que mitiguen los efectos nocivos de la subcontratación en la estabilidad laboral de salida, por lo que urge llenar esa deficiencia con pronunciamientos judiciales sólidos que con suficiente valentía se atrevan a analizar temas tan polémicos como los expuestos en el presente artículo.