

IMPUTACION DE CARGAS LABORALES EN LA SUBCONTRATACION ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?

ELMER G. ARCE ORTIZ⁽¹⁾

I. LA CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL DE EMPRESA Y LA EMERGENCIA DE LA SUBCONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS COMO EL NUEVO PROTOTIPO

El modelo organizativo empresarial sobre el que se constituyó el Derecho del Trabajo está en crisis. El prototipo de empresa jerárquica y centralizada, de mediana o grandes dimensiones, autónoma en su dinámica financiera, por lo demás funcional para las necesidades de producción en serie industrial, se corresponde cada vez menos con la realidad que el Derecho del Trabajo intenta regular. Hoy en día la mayoría de empresas optan por un modelo descentralizado que les permita adaptarse a un mercado de bienes y servicios saturado por la competencia y muy cambiante en cuestión de oferta y demanda.

Los sociólogos y economistas que han estudiado el tema, señalan que el modelo de producción capitalista cambia a pasos agigantados. Se sugiere que el mundo pasa de un sistema de producción en serie a un sistema de producción flexible. Como ya lo dijimos en algún trabajo anterior, a las empresas que afrontan sectores competitivos ya no les interesa saturar los mercados de sus productos (o dicho de otra forma, producir en serie), porque será difícil encontrar compradores para toda su producción. A lo mejor, ello podía suceder antes de la globalización cuando los mercados estaban más fragmentados y las empresas "conquistaban" una porción de consumidores. Sin embargo, con la llegada de la globalización la

(1) Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España.

situación cambia: la saturación de la competencia lleva a las empresas a crear estrategias de diversificación y personalización de su oferta. Ahora, es necesario ofertar varios productos intentando satisfacer las distintas preferencias de los consumidores (producción flexible). Y ello, se puede conseguir con empresas más especializadas y de menor dimensión.

Ahora bien, aunque sin caer en el determinismo tecnológico, también hay que señalar que la producción flexible se ha visto impulsada por el vertiginoso desarrollo de las llamadas tecnologías de la información (microelectrónica, informática, las telecomunicaciones, etc.⁽²⁾). En primer lugar, estos nuevos instrumentos de desarrollo permiten el acceso a información económica de distintos mercados que antes no se tenían, por lo que permite reducir el riesgo de fracaso de la actividad empresarial de un inversionista. No obstante, en segundo lugar, las nuevas tecnologías también cumplen un rol promotor de la colaboración o vinculación entre empresas. La permanente comunicación y control que permite Internet, ha venido a fortalecer procesos de externalización de actividades empresariales descartando posibles errores en las empresas contratistas⁽³⁾. Esto ha permitido que las empresas principales encarguen sin complicaciones de orden técnico a terceras empresas funciones que tradicionalmente eran desarrolladas por ella misma (comercialización, gestión de contabilidad, publicidad, marketing, investigación, mantenimiento, asistencia técnica, etc.)⁽⁴⁾. Nótese, que uno de los signos principales de estos procesos de vinculación entre empresas está en el hecho de que las funciones objeto del encargo ya no son únicamente complementarias, como es el caso de la limpieza o la vigilancia, sino que ahora abarca un número mayor de funciones que antes era impensable encargarlas.

Como se aprecia, el cambio en el modelo de producción capitalista no es solo epidérmico. Es un cambio profundo que supone, sin lugar a dudas, una discontinuidad histórica en el sistema de producción capitalista. De este modo, el Derecho del Trabajo debe reorientar su funcionalidad histórica, que no es otra que limitar el ejercicio del poder de dirección empresarial, en el marco de las nuevas formas organizativas que asume el capital. Dicho de otra manera, debe comprenderse que el modelo empresarial, rígido, unitario y taylorista, ya es un modelo caduco, que ahora debe ser reemplazado por una variedad de fórmulas organizativas que ha creado y fomentado la descentralización productiva.

En medio de esta transformación del sistema capitalista y de la economía mundial, la política organizativa del ordenamiento jurídico respalda abiertamente la admisión de las estrategias descentralizadoras. Sustentado en el respeto a la libertad de empresa, hay que decir que desde la ley se ha hecho muy poco por regular la actuación del fenómeno descentralizador. Quizá esta anomia legislativa encuentre su principal causa en la pluralidad de manifestaciones que puede presentar la descentralización productiva. En la lógica de

- (2) Junto a la optoelectrónica y a la ingeniería genética, estas son para el sociólogo Manuel Castells las formas concretas que asume el nuevo paradigma tecnológico informacional (CASTELLS, M., La era de la información, economía, sociedad y cultura, Madrid, tomo I, 1997, p. 56).
- (3) Esto resulta muy importante para el profesor Jesús Cruz Villalón, en la medida de que las nuevas tecnologías aportan garantías de control eficaces entre las empresas. Y no solo fórmulas amplias de control, sino también se permite la transmisión de instrucciones en tiempo real. CRUZ VILLALÓN, J. Outsourcing, contrata y subcontrata, en ponencia temática I presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999, p. 8.
- (4) MONEREO PEREZ, J.L., Grupos de empresas y subcontratación, en AAVV, Grupos de empresas y derecho del trabajo, Madrid, 1994, p. 242.

desmembración de la empresa y de enviar hacia el exterior ciertas actividades han aparecido múltiples fórmulas. Destacan a título ejemplificativo, entre otras, el trabajo a domicilio, la subcontratación de servicios de vigilancia o de limpieza, la subcontratación de obras determinadas a otras empresas, el teletrabajo, el trabajo autónomo, las empresas de servicios temporales que contratan un trabajador para prestarlo a otra empresa denominada usuaria, la constitución de filiales que articulan su vida empresarial en torno a una empresa principal, los grupos de empresas, la franquicia, etc.⁽⁵⁾.

No obstante, en medio de esta maraña de mecanismos de colaboración entre empresas o entre una empresa y una persona natural, me parece que hay reconocer lugar destacado a las relaciones de subcontratación empresarial. En estas relaciones, una empresa A, a la que llamaremos principal, decide despreocuparse de una unidad de su ciclo productivo y encarga a otra empresa B, a la que llamaremos contratista, la realización de una labor o la producción de un bien. De este modo, A encarga a otra empresa (B) la realización de una actividad o la prestación de un servicio. Las características de estos contratos de colaboración interempresarial saltan a la vista. En primer lugar, se trata de una relación entre dos empresas. En segundo lugar, se trata de un encargo consistente en la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios. En tercer lugar, puede que el encargo encomendado se exprese en términos puntuales y delimitados materialmente (por ejemplo, la confección de 100 camisas, el encofrado de un departamento o la asesoría profesional para la toma de una decisión en concreto) o puede que este se refiera vagamente a una actividad o prestación de hacer (por ejemplo, un contrato con una consultora que me brinda asesoría técnica permanente a cambio de un pago mensual, un contrato con una empresa de transporte que distribuye de forma permanente los productos producidos por la empresa principal o la contratación de un servicio de vigilancia). Por último, en cuarto lugar, es preciso advertir que la empresa principal (A) será la que tenga relación con los clientes finales, mientras la empresa contratista (B) actuará como auxiliar de A y sin tener relación directa con la clientela. Esta última característica es importante ya que la "imagen comercial" pesa sobre la primera y muy poco sobre la segunda⁽⁶⁾.

II. LOS LÍMITES DEL DERECHO PARA REGULAR LA SUBCONTRATACIÓN

El hecho de que la subcontratación entre empresas sea una decisión de corte económico más que jurídico, condiciona en mucho la actuación del derecho. No solo del Derecho del Trabajo en particular, sino también del derecho en general (básicamente, desde el punto de vista del derecho mercantil que regula la organización del capital y las relaciones entre

- (5) Sobre el particular, ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo, en AAVV, Los principios del derecho del trabajo en el derecho del trabajo peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2004, pp. 425 ss.
- (6) Esto lleva a lo que se ha llamado "un sistema de relaciones jerarquizadas entre empresas", donde existe claramente una desigual capacidad decisoria. Normalmente, la empresa principal tendrá mayores recursos económicos, mayor poder de mercado, mayor acceso a información, etc. Así, se ha señalado que "lo que caracterizamos por subcontrato es aquella situación en la que la empresa subcontratante tiene capacidad de decidir la producción interior o la exteriorización de su actividad, situación a la que no puede optar la empresa subcontratista". (Vid., el interesante trabajo de RECIO ANDREU, Albert, Capitalismo y formas de contratación laboral, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, p. 356).

empresarios). Me parece interesante iniciar nuestro análisis por aquí, en la medida que no es suficiente conocer a la subcontratación como un nuevo fenómeno empresarial. Es cierto que se debe conocer el nuevo fenómeno que ha venido a alterar la estructura de las empresas, pero también es necesario estudiar la naturaleza de los conceptos jurídicos tradicionales que vienen a constituir límites para la regulación de estas nuevas realidades. Desde mi punto de vista, el derecho está atado a sus propias invenciones, que se traducen en conceptos jurídicos inmutables, y son esos rezagos de su propia historia los que le impiden adaptarse coherentemente al mundo contemporáneo. Ello, en muchos casos, hace que el derecho persiga una realidad inexistente o simplemente un espejismo. De ahí que, este desenfoque inspire el subtítulo de esta ponencia: “¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. Es decir, ¿el derecho persigue su real objeto o solo persigue una realidad inventada?.

Por esta razón, vamos a dividir este punto en dos temas: a) la complejidad del fenómeno de la subcontratación y b) los límites inmanentes al derecho.

1. La complejidad del fenómeno de la subcontratación

Ya hemos dicho que la subcontratación se trata de un fenómeno en el que una empresa A, a la que llamaremos principal, decide despreocuparse de una unidad de su ciclo productivo y encarga a otra empresa B, a la que llamaremos contratista, la realización de una labor o la producción de un bien. De este modo, A encarga a otra empresa (B) la realización de una actividad o la prestación de un servicio. Aparentemente, la simplicidad del concepto no genera mayores problemas, sin embargo, el derecho se encuentra de forma permanente con inconvenientes para definirla en la realidad.

El primer inconveniente que debe afrontar es el de definir cuál es la “contextura” de la actividad a externalizar. No estamos hablando del complejo problema de si es posible externalizar el núcleo o el core business de la empresa principal o no, sino de otro muy distinto. Estamos hablando de los casos en que no es posible discernir a priori si el poder de especificación contractual de la empresa principal puede ser razonablemente tan amplio o no. Por ejemplo, imaginemos una empresa de telefonía que decide externalizar su actividad de publicidad o marketing a una tercera empresa. Pues bien, ¿hasta dónde debo entender que razonablemente la tercera empresa tiene autonomía empresarial?. ¿Puede la empresa principal obligar a la contratista para que sus trabajadores usen sus colores y su logo?. ¿Puede la empresa principal capacitar a los trabajadores de la contratista porque ella conoce mejor que nadie sus productos?. En principio, parecería una intromisión a la autonomía empresarial de la contratista, pero también es verdad que la publicidad y el marketing son actividades con rasgos particulares. En otras palabras, si la principal obliga a la contratista a que sus trabajadores de vigilancia utilicen en sus uniformes sus colores y logo no me queda duda de que esta última es una empresa de pantalla, sin embargo, puede resultar más que razonable que la principal desee que su propaganda se haga cumpliendo determinadas características.

De esta forma, resulta difícil, cuando no imposible, aplicar los mismos criterios para todas las actividades empresariales. Y esto es normal, porque estamos hablando de criterios económicos o empresariales, más que jurídicos.

El segundo inconveniente es qué vamos a entender por actividad empresarial a externalizar. Es lógico que se debe externalizar una actividad empresarial que es parte del ciclo productivo de la empresa principal. Y ello, se cumplirá siempre cuando la contratista cumple el encargo con sus propios instrumentos y su propio personal. Ahora, la pregunta

que sigue es: ¿qué pasa en labores donde los servicios del personal conforman casi en su integridad la actividad empresarial?. Por ejemplo, en el servicio de limpieza la labor de los trabajadores es prácticamente la actividad empresarial, salvando algunos elementos materiales complementarios como las escobas o el detergente. Otro caso sería el de la actividad de *catering*, donde la labor de los mozos es predominante a cualquier elemento material como el uniforme, por ejemplo. En estos casos, ¿hay actividad empresarial autónoma por parte de la contratista?. En principio, digamos que sí, pero también hay que tomar en cuenta que es muy fácil que no lo haya. Alguien podría decir que será necesario analizar quién tiene el poder de dirección, pues si es la principal la contratista no tendrá actividad empresarial y si es la contratista su actividad empresarial será autónoma. El problema estará, no obstante, en el hecho de que la principal puede delegar lícitamente en la contratista el poder de dirección, por lo que esta última podría aparecer como un poder formal de dirección. En este caso sería muy difícil detectar el fraude.

En consecuencia, como se aprecia, la complejidad del fenómeno económico de la subcontratación genera muchos obstáculos para el operador jurídico que quiera analizar la actividad empresarial objeto del encargo.

2. Los límites inmanentes del derecho

A pesar de lo dicho, tal parece que los principales obstáculos de regulación eficiente del fenómeno de la subcontratación vienen anudados al propio derecho. Los conceptos jurídicos decimonónicos, que se mantienen inmutables a lo largo del tiempo, generan cierta insatisfacción en los estudiosos del derecho. Y ello, porque el derecho mantiene principios de regulación que se condicen con las nuevas realidades. En esta oportunidad, solo me voy a referir a dos de ellos por ser los más importantes: i) el principio de personalidad jurídica del empleador y ii) el principio contractualista bilateral.

2.1. El peso de la tradición: la personalidad jurídica

Salvando los casos de negocios dirigidos por persona natural, el derecho tradicionalmente ha tratado de identificar a cada actividad empresarial con una persona jurídica. Por supuesto que esta propuesta del derecho calza muy bien con el modelo de empresa taylorista, donde esta última concentra todo el ciclo productivo, goza de autonomía financiera y se organiza de forma jerárquica y centralizada. Aquí, la persona jurídica servirá de envoltorio a cada actividad empresarial⁽⁷⁾. Por ejemplo, una empresa dedicada a la construcción requeriría una personalidad jurídica. Asimismo, una empresa dedicada a la actividad empresarial de telefonía, encajaría toda su organización en una sola personalidad jurídica. Es decir, siempre se entendió que actividad empresarial –es equivalente a persona jurídica.

Esta concepción, que se identifica con el primer peldaño de la evolución de la empresa, ha tenido su efecto más fuerte en la división de las empresas en reales y ficticias. Es decir, si tienen actividad empresarial autónoma serán reales, pero si no tienen actividad empresarial serán ficticias. No vamos a entrar ahora a discutir sobre los métodos jurisprudenciales o legales para identificar a las empresas ficticias, cuanto si nos interesa señalar que las em-

(7) En términos similares, CRUZ VILLALON, Jesús, Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo, en VVAA, El empleador en el derecho del trabajo, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 35-36.

presas ficticias hacen un uso fraudulento de la personalidad jurídica. Al no tener actividad empresarial propia, entonces no es lógico que usen una forma jurídica como esta.

Tratando de trasladar este concepto al fenómeno de la subcontratación, hay que destacar que desde el derecho existe una obsesión desmedida por detectar a las empresas contratistas que usan la personalidad jurídica de manera ficticia. Por eso, normalmente tras detectar que la contratista no tiene actividad empresarial propia, se ordena que ambas empresas, principal y contratista, se reordenen bajo el manto de una sola personalidad jurídica. Según este principio, si ambas personas jurídicas responden a directivas de un solo poder empresarial, entonces ¿para qué admitir que son dos personas distintas?. Al contrario, debe reconstruirse la personalidad jurídica en una sola, puesto que la fragmentación en dos personas jurídicas distintas es meramente formal o aparente.

De todos modos, esta visión del derecho que defiende claramente el principio de personalidad jurídica como regla básica y que divide a las empresas en reales y ficticias, persigue una tendencia patológica de la subcontratación. Me explico, pone el énfasis en detectar fraudes, pero no da solución alguna a las relaciones de subcontratación entre empresas reales. En realidad, el derecho sigue creyendo que el paradigma de la empresa contemporánea sigue siendo la empresa taylorista que realiza todo el ciclo productivo.

Desde mi opinión, el derecho debería superar esta visión personalista de la actividad empresarial, sobre todo porque el modelo de organización de la empresa ha cambiado. En el caso de la subcontratación, la integridad del ciclo productivo de la empresa principal ya no es realizado por ella misma, dado que parte de aquel será realizado por una tercera empresa, llamada contratista. Obsérvese, son dos personas jurídicas las que se reparten el ciclo productivo de la principal. Las empresas principales ya no son tan autónomas, sino que se vinculan estrechamente con empresas contratistas que realizan parte de su ciclo productivo. Este nuevo fenómeno que se fundamenta en la vinculación entre empresas no puede ser analizado solo desde la perspectiva empresa real/empresa ficticia, en la medida que representa un supuesto de hecho distinto⁽⁸⁾. No supone necesariamente que la contratista sea ficticia porque está vinculada a la principal, ni tampoco que sean dos empresas completamente independientes. Estamos hablando de una nueva categoría que el derecho no ha podido regular hasta ahora.

Finalmente, la omisión por parte del derecho se traduce en la irrelevancia de la vinculación comercial entre la empresa principal y la contratista. Para el derecho, en el caso de dos empresas reales, corresponde la aplicación de las normas comunes como si se tratara de dos empresas autónomas o independientes⁽⁹⁾. Es decir, la contratista responde por las

(8) Sobre la incapacidad de la clásica alternativa empresario real-empresario ficticio para regular la vinculación entre principal y contratista en el marco de una subcontratación, ver SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo, en Revista de Derecho Social Latinoamérica, n° 3, p. 56.

(9) Se ignora, en otras palabras, lo que Wilfredo Sanguinetti ha denominado "una división del trabajo entre empresas en principio distintas, en tanto que cada una cuenta con su propia organización de medios y su propio personal, pero dentro de la cual aquella que es titular del proceso global de producción asume por lo general una posición de dominio de hecho o de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos" (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?, en Revista de Derecho Social, n° 33, 2006, p. 224)

cargas o responsabilidades respecto de sus trabajadores, así como la principal responde por sus trabajadores. Nótese, que aunque los trabajadores de la contratista están generando una utilidad patrimonial para la empresa principal y que además aquella se somete a directivas más o menos intensas de esta última, estos no tendrán ningún vínculo jurídico con la empresa principal. En consecuencia, el derecho no analiza la actividad de la empresa principal, que es la relevante desde el punto de vista económico, y solo centra su atención en la actividad empresarial parcial que desarrolla la contratista a efectos de reconocer la personalidad jurídica de esta última. Nuevamente, la personalidad jurídica de la contratista será una traba para imputar cargas u obligaciones a la empresa principal. Mientras el derecho siga confiando que a cada actividad empresarial le corresponde una personalidad jurídica sin analizar que hay algunas totales (ciclo productivo completo) y otras parciales (actividad especializada), la personalidad jurídica será un elemento que distorsiona la relación entre lo económico y lo jurídico.

2.2. El contrato de trabajo es una relación de dos

El otro límite que plantean las mismas instituciones del derecho está muy ligado al de la personalidad jurídica, pero es muy distinto. Tratemos de enunciarlo: solo los sujetos premedidos de personalidad pueden ser parte de un contrato. De esta forma, solo las personas naturales o las personas jurídicas pueden suscribir contratos con trabajadores.

Si el contrato es el instrumento formal para crear una relación laboral con derechos y obligaciones entre dos personas, entonces en el marco de una subcontratación entre empresas cada una de ellas será empleadora de sus respectivos trabajadores. Nuevamente, no será posible trasladar las cargas u obligaciones laborales de la empresa contratista a la principal, ya que esta última no firmó contrato alguno con esos trabajadores⁽¹⁰⁾. Al contrario, fue únicamente la empresa contratista la que tiene un vínculo contractual con ellos.

Lógicamente, la aplicación de este principio contractualista también nace de la consideración tradicional de que cada empresa se responsabiliza por un ciclo productivo completo, sin embargo, el mencionado principio se corresponde mal con fórmulas en las que se comparte el ciclo productivo. Tal es el caso de la subcontratación. El problema está en que el contrato de trabajo relaciona al trabajador con la persona jurídica que realiza solo una parte del ciclo productivo de la empresa principal. Nunca podrá tomar en cuenta que los trabajadores de la contratista están generando utilidades patrimoniales para la empresa principal y que en la realidad económica se integran a sus fines. Nuevamente, el contrato viene a generar una distorsión entre el elemento económico y el elemento jurídico.

(10) Este hallazgo teórico ha sido planteado por Jesús CRUZ VILLALON, por cuanto afirma que "en la esfera de lo laboral y en lo que afecta a los poderes organizativos pervive la dualidad simplificadora del contrato: empleador titular del conjunto de los poderes organizativos y empleado a su servicio en las condiciones predeterminadas por la actuación de esos poderes; dualidad a la que es ajena por completo la presencia de otras empresas o instancia que están estrechamente conectadas en lo organizativo pero que se presentan de todo punto independientes en la formalidad contractual laboral. En esa formalidad jurídica laboral, el trabajador solo está sometido al poder de dirección de su empleador, de modo que no puede recibir órdenes ni instrucciones de terceros ajenos a esa relación contractual bilateral" (Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales, en VVAA, coordinados por Ricardo Escudero, Monográfico de Relaciones Laborales, 2006, pp. 220- 221).

III. LOS EFECTOS LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN Y LA OMISIÓN JURISPRUDENCIAL Y/O LEGISLATIVA

Luego de evaluar las limitaciones que tiene el derecho para captar el fenómeno de la subcontratación, corresponde analizar cómo ha reaccionado la jurisprudencia y legislación peruana frente a esta nueva forma de organización empresarial. Por esta razón, en lo que queda de esta ponencia trataré de centrarme en dos problemas fundamentales. El primero, tiene que ver con los obstáculos que ha debido superar básicamente la administración de justicia para determinar qué actividad empresarial puede ingresar válidamente dentro del concepto de subcontratación. Nótese, que en este tema no queremos volver sobre la discusión trillada de marcar las diferencias conceptuales o teóricas entre subcontratación y cesión de mano de obra, cuanto sí dejar en claro que las diferencias conceptuales trabajadas desde hace mucho tiempo en nuestro medio⁽¹¹⁾ muchas veces encuentran problemas cuando tratamos de encajarlas en la realidad económica.

El segundo problema, de entrada es un poco más complicado. Trataremos de explicar cómo la legislación peruana, anclada en los principios de personalidad jurídica y contractualista, incentiva, al parecer de manera inconsciente, la temporalidad e incluso pone obstáculos a la acción sindical. Dicho de otra forma, trataremos de explicar cómo la legislación peruana, basada en formalismos anacrónicos, genera una desregulación laboral de la subcontratación entre empresas y en algunos casos hasta parece incentivar la precariedad y la lesión de los derechos de los trabajadores⁽¹²⁾. En esta línea, vamos a analizar los efectos perniciosos de la desregulación laboral en el campo de la seguridad y salud, de la estabilidad laboral y de los derechos colectivos.

Como se ve, buscaremos superar aquella discusión conceptual que delimita la intermediación laboral y la subcontratación, con el fin de centrarnos en temas de mayor actualidad y que acaparan en estos días la atención de los operadores jurídicos. Creo, además, que el tema de los efectos laborales de la subcontratación es hoy en día el tema de debate más importante en el Derecho del Trabajo Contemporánea, así como en los años 90s lo fue el de la flexibilidad laboral. En los 90s la discusión se centró en disminuir los niveles de rigidez del ordenamiento laboral dentro de la empresa como persona jurídica, en las épocas actuales el problema está en reconstruir el ordenamiento protector dentro de la empresa principal, así como fuera de ella en su relación con otras empresas que le realizan encargos. Las empresas se han vaciado de trabajadores bastante deprisa y el nuevo modelo de organización empresarial obliga a identificar las carencias del método judicial y legal para proseguir con la funcionalidad histórica del Derecho Laboral: la protección de los derechos de los trabajadores.

(11) Desde comienzos del 2000, Alfredo Villavicencio llamó la atención de que la Ley 27626 confundía los conceptos de intermediación laboral y tercerización. Para observar esta opinión en un texto más reciente, ver VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, "La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico", en Revista Ius et veritas, Lima, N° 29, 2005, pp. 149 y 150.

(12) Las normas laborales vigentes no solo no constituyen un freno eficaz para las prácticas de empresas vinculadas, sino que las facilitan e incluso puede decirse que las incentivan. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?, en Revista de Derecho Social, N° 33, 2006, p. 232.

IV. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL OBJETO DE SUBCONTRATACIÓN

Cuando de modo genérico se define a la subcontratación como aquella figura donde una empresa principal encarga a otra contratista la realización de una obra o servicio, estoy presumiendo que lo que se encarga es una actividad empresarial. Una parte del ciclo productivo de la principal, pero una actividad empresarial al fin. Sin embargo, a pesar de esta conclusión, la jurisprudencia peruana en más de una oportunidad ha tratado de definir qué se entiende por actividad empresarial externalizable.

Creo que a propósito de estas definiciones jurisprudenciales los problemas que se han planteado son de dos tipos. Primero, ¿se pueden externalizar solo las actividades complementarias de la empresa principal o también se pueden externalizar las labores nucleares o distintivas?. Segundo, para que una actividad empresarial sea externalizable, ¿ésta debe respaldarse necesariamente en elementos patrimoniales y organizativos?. Analicemos uno por uno estos problemas y veamos cómo ha reaccionado la jurisprudencia.

En primer lugar, se ha planteado con bastante profundidad el tema de si puede ejecutarse la actividad principal de la empresa beneficiaria mediante el recurso a la subcontratación. La duda se plantea porque algunos economistas o gestores de negocios, no juristas, señalan que las actividades nucleares o distintivas de las empresas no son normalmente externalizables. Es decir, para estos estudiosos la empresa principal ha de concentrarse en su *core business*, porque esa actividad inherente es la que la va a distinguir de las demás empresas de su entorno competitivo. Ahora bien, de entrada tenemos que distinguir entre actividad principal y el *core business*, ya que por ejemplo en un hospital los médicos pueden ser parte de la actividad distintiva, pero no así el servicio de limpieza que pese a ser principal no será distintivo. Por eso, aun cuando admitamos la imposibilidad de subcontratar en actividades nucleares o distintivas, estas no tienen que identificarse necesariamente con todas las actividades principales.

Además, el problema en este tema es que aunque estas opiniones sean muy razonables, no tienen un sustento legal. No existe, en otras palabras, una prohibición expresa para subcontratar en actividades principales o en las de *core business*. A pesar de ello, la Corte Superior de Justicia de Lima señaló claramente que "revisada la sentencia se observa que en la misma se han determinado de manera clara y precisa las labores efectuadas por el actor, así como la actividad principal, nuclear o distintiva de la empresa, la que como en reiteradas ejecutorias se ha determinado que no pueden ser tercerizadas, concluyendo el juez de la causa, en virtud del principio de primacía de la realidad, que dichas labores implican la ejecución permanente de la actividad principal de la codemandada Sedapal por lo que se ha desnaturalizado la figura de la tercerización" (considerando séptimo de la Sentencia expedida en el Expediente 3000-2006-IDNL). Adicionalmente, hay que destacar que el Acta de Infracción levantada en la empresa Shougang Hierro Perú, que generó la Orden de Inspección N° 079-07-SDI-P.INV, también señaló que "debiendo entender que la actividad realizada por el personal destacado a ese centro de costo se encuentra comprendida dentro de la realización de la actividad principal de La Inspeccionada, ya que esta actividad es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo y debiéndose en este caso aplicar el Principio de Primacía de la Realidad..." (Segundo hecho verificado del Acta de Infracción). La pregunta que habría que hacer a los inspectores, en todo caso, es: ¿la externalización de actividades principales no podría entenderse como una subcontratación lícita no regulada en la Ley 27626?. ¿Por qué el solo hecho de ser actividades empresariales principales ya prohibirían la subcontratación?.

Al argumento ya utilizado de que no existe prohibición alguna en nuestro ordenamiento jurídico laboral a la subcontratación en actividades principales, se suma otro argumento de gran importancia. Como se sabe, la relación de subcontratación entre las dos empresas (principal y contratista) se regula por un contrato de locación de servicios o uno de obra. Estas dos empresas no están sujetas a las normas laborales, cuanto sí a la regulación del Código Civil. De este modo, aun cuando existiera una prohibición de la subcontratación entre empresas en el ámbito laboral, siempre se aplicarán las normas civiles por ser normas especiales. Dicho al revés, si se quiere prohibir la subcontratación en actividades principales, dicha prohibición debería constar en el propio Código Civil.

En segundo lugar, el otro problema que se ha planteado en torno a la definición de actividad empresarial se encuentra en el requisito impuesto por la jurisprudencia. Esto es, la necesidad de que toda actividad empresarial cuente con "un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios" (Considerando Cuarto de la sentencia de Acción Popular que recae en el Expediente 030-2003-AP y que ha sido acogido por el considerando cuarto de la Sentencia que en el mismo proceso emitiera la Corte Suprema de Justicia de la República). Es cierto que la mayoría de empresas contratistas cumplirán este requisito, pero también es verdad que en muchos casos por la naturaleza de la actividad empresarial no es posible tener una estructura empresarial sustantiva. Por el contrario, existen actividades empresariales donde el elemento patrimonial o material es accesorio, ya que lo fundamental es la mano de obra o los trabajadores.

Mantener el formalismo de la Corte Superior y Suprema en este caso, supone declarar que existen cesiones de mano de obra en actividades empresariales que cuentan por su naturaleza con un pobre soporte patrimonial. Por ejemplo, no se le puede pedir el mismo soporte patrimonial a una empresa que realiza excavaciones en minas que a una contratista dedicada al servicio de *catering* o al servicio de limpieza. Las necesidades son distintas. No obstante, creo que este formalismo complica la identificación de una actividad empresarial que por naturaleza es abstracta y donde por fuerza la empresa principal somete a la contratista a muchas de sus decisiones. Me refiero a casos en los que se podría entender que hay una subcontratación, a pesar de que la autonomía organizativa puede ser bastante cuestionable. Por ejemplo, sería el caso de la subcontratación de un servicio de gestión o administración de farmacias, donde la contratista puede no tener gran sustento patrimonial ni tampoco tener plena autonomía en la gestión de los productos farmacéuticos ya que la principal puede imponerle ciertas condiciones de venta (precios, diseño de las farmacias, publicidad, etc.) o ciertas condiciones en la compra de productos.

En realidad, sustentar la licitud de la actividad empresarial encargada a una contratista en requisitos meramente formales, implica en muchos casos negar calidad empresarial a muchas actividades. Nuevamente, el derecho peruano desnaturaliza la realidad económica imponiendo categorías jurídicas rígidas que no se compadecen con la realidad. En realidad, el patrimonio y organización propio que debe tener toda actividad empresarial es un requisito para evitar el uso fraudulento de la personalidad jurídica y no de la misma actividad empresarial⁽¹³⁾. La actividad empresarial es un concepto más flexible y más libre hoy en día. Eso sí,

(13) El concepto de empresa no tiene nada que ver con los elementos indiciarios (patrimoniales y subjetivos) de una actividad empresarial. Es más, el Tribunal de Justicias de las Comunidades Europeas ha entendido que en el sector servicios muchas veces los elementos patrimoniales poseen escaso valor en la actividad

si se admiten supuestos donde razonablemente la actividad empresarial no tiene elementos patrimoniales ni organizativos propios, ya que por naturaleza es así, los efectos laborales de la subcontratación deberían regularse. Dicho de otra forma, si se admiten como lícitas las subcontrataciones de actividades empresariales que no cuentan con elementos patrimoniales ni organizativos propios por su naturaleza especial (es decir, no se les toma como actividades empresariales fraudulentas), por fuerza se tendrán que regular estas subcontrataciones. De lo contrario, estas actividades empresariales pasarían de estar prohibidas a estar permitidas, solo que en este segundo supuesto sin ningún contrapeso.

V. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL ECONÓMICA: ¿UNA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA?

Ya en otro trabajo hemos tratado la regulación legal de la llamada responsabilidad solidaria en la subcontratación de servicios especializados y servicios complementarios (Ley 27626)⁽¹⁴⁾. Por eso, ahora no vamos a entrar tanto en su regulación propiamente dicha, sino en su fundamento como medio de protección de los intereses económicos de los trabajadores y de la seguridad social. No nos interesa entrar al análisis del ámbito subjetivo, material o temporal de la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la contratista respecto de los trabajadores de esta última, por cuanto vamos a analizar las razones por las que el legislador decidió ampliar la responsabilidad económica a la empresa principal. Esta evaluación puede ser importante en la medida que nos permitirá indagar por qué el legislador peruano supera, en términos amplios, la personalidad jurídica de la contratista y deroga el principio contractualista en los casos de responsabilidad económica, mientras en los demás problemas (seguridad y salud, estabilidad laboral y derechos colectivos) mantiene con fuerza la proyección de los mencionados principios. Sin más preámbulo, pasemos al análisis planteado.

1. La protección del trabajador frente a la crisis de la empresa contratista

Hemos dicho a lo largo de este trabajo que los límites inmanentes del derecho para regular la subcontratación laboral son el principio de personalidad jurídica y el contractualista bilateral. Pues bien, creo que la responsabilidad solidaria que se ha impuesto tanto en la Ley 27626 y como en la Ley 29245 no supera del todo los principios mencionados, en la medida que la responsabilidad solidaria solo se hace efectiva en los supuestos de crisis de la contratista. Me explico, no ha de aplicarse a todo el tiempo en que dura la subcontratación entre principal y contratista, sino solo con posterioridad a la realización del encargo. Y, aclaramos, sobre todo cuando la contratista no puede cumplir con el pago de sus deudas a sus trabajadores.

Así, el artículo 25 de la Ley 27626 señala: "En caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales de los trabajadores

empresarial, cuando no resultan irrelevantes, sin embargo ello no impide hablar de la existencia de una "empresa-organización". Aunque la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 se refiere al tema de sucesión empresarial, es interesante calibrar el salto conceptual de aquella por cuanto utiliza los elementos patrimoniales sencillamente como indiciarios. Sobre este tema, Ver CRUZ VILLALON, Jesús, Estatuto de los Trabajadores comentado, Madrid, 2003, pp. 553-554.

(14) ARCE ORTIZ, Elmer, Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú, Lima, Palestra, 2006.

destacados a las empresas usuarias, estas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria". Es decir, la responsabilidad solidaria se aplicará si la contratista no paga a sus trabajadores. Ello es evidente ya que si la contratista le paga a sus trabajadores, ¿para qué van a recurrir estos a la principal para que les pague?. Asimismo, el artículo 9 de la Ley 29245 advierte: "La empresa principal que contrate obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento". Nuevamente, la responsabilidad solidaria no se aplica durante todo el desplazamiento, sino únicamente cuando este acaba. Esto es, opera cuando la contratista no cumple con pagarle a sus trabajadores, porque si ella cumpliera sus deudas no habría para qué extender la responsabilidad patrimonial a la principal.

Obsérvese, que en ambos casos no se crea la figura del empleador plural⁽¹⁵⁾, donde tanto la contratista como la principal pueden actuar como empleadores en cualquier momento en que se desarrolla el destaque del personal. Por el contrario, el empleador seguirá siendo la contratista, solo que si esta afronta problemas económicos la empresa principal pondrá a disposición su patrimonio para cumplir con el pago de las deudas laborales. Nótese, que la decisión legislativa de extender la responsabilidad patrimonial a la principal solo opera cuando la contratista no quiere o no puede asumir sus deudas laborales.

Me parece que de lo comentado se puede extraer una sola conclusión: "la legislación peruana en lo que toca a subcontratación entre empresas, aun en el caso de la responsabilidad solidaria, sigue apegada completamente al principio personalista y contractualista de empleador". El empleador siempre será la contratista, salvo cuando esta no pueda asumir las deudas originadas en su relación laboral. Ello nos lleva a pensar que la extensión de responsabilidades sociales a la principal ocurre en un momento puntual y crítico.

2. ¿Obligación solidaria o fianza solidaria?

De la constatación anterior nace la duda de si estamos ante una obligación solidaria o ante una fianza solidaria. En la obligación solidaria se refuerza la posición del acreedor, en tanto el acreedor tendrá distintos deudores a quienes exigirles el pago. De esta manera, cualquier deudor puede pagar la deuda. En cambio, en la fianza solidaria se impone un mecanismo de garantía para el deudor. Solo en el caso que el deudor principal (contratista) no cumpla con el pago de su deuda, aparece un segundo sujeto (principal) configurándose recién como deudor⁽¹⁶⁾.

(15) "Todos aquellos empresarios que, con mayor o menor intensidad, participaran en el ejercicio del poder directivo, habría también de compartir, consecuentemente, los deberes que se derivan de la condición de empleador" (LOPEZ ANIORTE, María del Carmen, La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo, Murcia, Ediciones Laburum, 2003, p. 58).

(16) Esta constatación hecha a partir del ordenamiento español, y que también puede aplicarse a la normativa peruana, la ha puesto de manifiesto recientemente Juan GORELLI HERNANDEZ cuando menciona: "Para ver la diferencia podemos señalar que no es idéntica la situación de la obligación solidaria, en la que el acreedor tiene distintos deudores, de manera que puede exigir a cualquiera de ellos el cumplimiento, siendo todos ellos deudores principales; que en una fianza solidaria, en la que incumpla la obligación, el acreedor ve como aparece un segundo sujeto que asume la obligación del deudor solidario, configurándose como deudor" (GORELLI HERNANDEZ, Juan, La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva, Madrid, 2007, p. 166).

Si aplicamos con rectitud estos conceptos no nos queda otra salida que admitir que lo que nuestras leyes entienden como responsabilidad solidaria es en estricto una fianza solidaria. Y ello, porque no estamos hablando de dos deudores principales (empresa principal y contratista) como si se tratara de un empleador plural, sino de un deudor principal (contratista) que ante su incumplimiento deja el espacio libre para que aparezca el fiador solidario (empresa principal)⁽¹⁷⁾.

En consecuencia, si la empresa principal no es parte de la relación jurídico laboral existente entre la contratista y sus trabajadores, mal haríamos en considerarla deudor originario y por tanto responsable solidario⁽¹⁸⁾. En realidad, la empresa principal aparece posteriormente ante el incumplimiento del deudor originario (empresa contratista). En este sentido, hay fianza solidaria y no obligación solidaria⁽¹⁹⁾.

3. Fundamento jurídico de la fianza solidaria

¿Por qué el legislador peruano extiende la responsabilidad económica a la empresa principal?. Esta es una pregunta que no nos la hemos planteado en el Perú hasta ahora. Creo que todos hemos asumido sin reflexión que el fundamento jurídico para que la principal asuma las cargas económicas ha sido el hecho de que el empresario principal se está beneficiando del trabajo efectuado por los trabajadores del empresario contratista. Esta utilidad económica y productiva que obtiene la empresa principal, ya de forma directa ya de forma indirecta, es la causa por la que el ordenamiento laboral transforma a la empresa principal en responsable de las deudas laborales de la contratista.

Ahora bien, si esta fuera la verdadera razón para extender la responsabilidad por las deudas laborales a la empresa principal, tendríamos que decir que lo coherente sería imputar a la principal la condición de empleador. Si la principal tiene condición de empleador y la contratista también, ambos serían deudores originarios. Es más, con esta conclusión sí podríamos hablar de responsabilidad solidaria. Me parece que sería incoherente admitir que la principal se beneficia del trabajo de los trabajadores de la contratista y solo se impone una fianza solidaria en el momento que la contratista afronta una crisis.

Si esto es así, ¿cuál podría ser el fundamento entonces?. Algunos autores han señalado que el fundamento puede estar en la subcontratación dependiente, es decir, en el peso del poder de especificación que tiene la empresa principal sobre la contratista. Como quiera que la principal en razón de cumplir el contrato de locación de servicios asume importantes potestades de organización, dirección y control sobre las actividades de la contratista⁽²⁰⁾.

(17) Artículo 1868 del Código Civil peruano.- "Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor".

(18) En la solidaridad todos los sujetos son deudores en base a una misma causa, cuestión que no se cumple en el supuesto de solidaridad que crea el legislador peruano para las deudas laborales y de seguridad social en la subcontratación entre empresas.

(19) En la obligación solidaria existe una división (interna) de la deuda, pues el obligado solidario responde por el total pero luego repite contra el otro deudor o deudores por la respectiva parte de ellos. En cambio, en la fianza el fiador solidario responde por el total y repite contra el deudor por el íntegro de la deuda. Ver estas diferencias en DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, Sistema de derecho civil, Madrid, Tecnos, 2005, volumen II, p. 500. Precisamente, en nuestro sistema de responsabilidad solidaria opera este segundo mecanismo: la fianza solidaria.

(20) Para una tipología de los fundamentos jurídicos de atribución de responsabilidad laboral a la empresa principal (quien no es formalmente el empleador), y donde destaca la subcontratación dependiente (como

Sin embargo, nuevamente, aquí estaremos ante un argumento de responsabilidad solidaria y no de fianza solidaria. Si la principal condiciona el poder de dirección de la contratista, entonces el efecto debería ser que también se le considere empleadora desde el inicio de la relación laboral. Y ello, como ya se dijo, no ocurre.

¿Qué fundamento nos queda? Aquel que se basa en la simple y llana protección del crédito laboral. Se aporta a los trabajadores mayores garantías para el cobro de su deuda. En realidad, con la fianza solidaria solo se quiere que un tercer sujeto aparezca como nuevo deudor ante el incumplimiento del deudor principal (contratista). Creo que entender la importancia de este fundamento es comprender la trascendencia y el privilegio de cobro que tienen las deudas laborales. Como se recordará, el artículo 24 de la Constitución señala: "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador".

En conclusión, el legislador busca garantizar el crédito laboral y, en su caso, de seguridad social. Y lo garantiza en atención al mandato constitucional⁽²¹⁾. El artículo 24 es el fundamento jurídico para que la empresa principal garantice el pago de la deuda incumplida. En ningún supuesto, trata de imputar la condición de empleador a la principal a efectos de convertirlo en un deudor originario de la relación jurídica laboral. De este modo, solo existe un empleador deudor (empresa contratista) y ante su incumplimiento de pago aparece un tercero ajeno a la relación que afianza o garantiza la deuda por su especial trascendencia⁽²²⁾.

4. El problema de la participación en las utilidades

El artículo 29 de la Constitución señala que "El estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación". Como nos podemos dar cuenta, este mandato constitucional funciona perfectamente en el marco de empresas que controlan y realizan todo el ciclo productivo y que cuentan con la formalidad de la persona jurídica. Sin embargo, ¿qué pasa cuando el ciclo productivo lo realizan varias empresas mediante relaciones de subcontratación entre ellas? El problema estará en que las utilidades de las distintas empresas (principal y contratistas) tendrán distintos montos. Teniendo visiblemente una utilidad mayor aquella empresa que tiene relación directa con los consumidores (empresa principal) que las que no se relacionan con los clientes en el mercado. Entre las que no se relacionan directamente con los clientes en el mercado tenemos a las contratistas.

En lo dicho creo que no hay mayor novedad: las empresas principales encargan a terceras empresas fases iniciales o intermedias del ciclo productivo, pero muy rara vez

en el caso de Panamá), Vid., ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro, Subcontratación e intermediación laboral, Montevideo, Fundación de Cultura Económica, 2008, pp. 61 y ss.

- (21) Ver una opinión similar, aunque para el caso español, en SORIANO CORTES, Dulce, Las contrataciones en el derecho del trabajo y de la seguridad social, Sevilla, Ediciones Mergablum, 2007, pp. 345 y ss.
- (22) En este sentido, llama la atención que el legislador peruano exija el desplazamiento del trabajador de la contratista a la empresa principal como requisito de la responsabilidad solidaria, más aún cuando lo que busca es proteger el pago del crédito laboral y de seguridad social. Dicho de otra forma, si lo que se quiere es proteger o garantizar el pago del crédito laboral, ¿por qué hacer la distinción entre contrataciones que desplazan su personal a la principal y contrataciones que no desplazan su personal a la principal. Esta es sin duda una contradicción que mantiene el sistema de responsabilidad solidaria en los supuestos de subcontratación tanto en la Ley 27626 como en la Ley 29245.

externalizan la fase final del mencionado ciclo. De esta forma, la empresa principal será la que imponga los precios de los productos o servicios a vender al mercado. Obviamente, de modo previo ya habrá incorporado a estos precios el valor del trabajo que aportaron los trabajadores de las empresas contratistas. Ahora bien, si la empresa principal controla los precios de los productos finales, entonces es evidente que sus utilidades sean mayores que la de las contratistas que solo realizan una parte puntual del ciclo productivo⁽²³⁾.

En consecuencia, si aplicamos el principio de la personalidad jurídica y el del contractualismo bilateral, cada empresa/persona jurídica reparte utilidades entre sus trabajadores. Esta visión aleja a los trabajadores de las contratistas del ciclo productivo completo para el cual han trabajado. Y es más, no solo los aleja, sino que van a obtener normalmente un reparto de utilidades más bajo que el que obtienen los trabajadores de la empresa principal. Este es en resumen el problema: las utilidades son repartidas al interior de cada persona jurídica sin llegar a ver que todas las personas jurídicas han trabajado para un solo objeto empresarial (el objeto empresarial global de la empresa principal). Así, por ejemplo, si una empresa minera externaliza a una tercera empresa el servicio de mantenimiento de maquinaria, tendríamos que admitir que la empresa de mantenimiento de maquinaria ha ayudado a la extracción del mineral que será la actividad empresarial de la minera. No obstante ello, quien negocia el precio de los minerales y puede aumentar sus utilidades a precios insospechados es la empresa minera. La contratista agota su servicio en una fase intermedia de la actividad empresarial global de la minera.

Creo que en cuanto al tema de deudas por conceptos de utilidades en la contratista hay dos grandes problemas. El primero, que la contratista le deba a sus trabajadores el monto de las utilidades que le corresponde, cuando, claro está, supere el número de 20 trabajadores en planilla. En este caso, si se da el incumplimiento, la principal deberá asumir esta deuda laboral por efecto de la fianza solidaria ya explicada. El segundo, que los trabajadores de la contratista cuestionen el método de calcular la participación en las utilidades a partir de cada persona jurídica. Ellos podrían pedir que las utilidades se calculen en función de la actividad empresarial que impulsa la empresa principal, ya que su trabajo se ha incorporado a los productos y servicios que esta última vende a sus clientes.

En realidad, creo que este último problema es de muy difícil solución, ya que si optáramos por una salida coherente no habría otra opción que reunificar la actividad empresarial fragmentada a través del reconocimiento de un empleador plural. Es decir, que los trabajadores de la principal y contratistas gocen del reparto de utilidades de un fondo común constituido por todas las empresas que participaron a lo largo del ciclo productivo. Lógicamente, esta salida del empleador plural, me parece un tanto irreal en el marco de un derecho basado en el principio de personalidad jurídica y de contractualismo bilateral. Pero el hecho de que sea irreal hablar de empleador plural, no quiere decir que sea imposible repartir las utilidades de las distintas personas jurídicas en términos más equitativos. Incluso, ello se deriva del mandato del artículo 29 de la Constitución. Por ejemplo, respetando el principio de personalidad jurídica, esto es, que cada empresa/persona jurídica contabilice sus propias utilidades, el legislador podría obligar a la empresa principal a trasladar a las

- (23) Esto se cumple sobre todo en los casos que las empresas contratistas tienen muy pocos clientes o trabajan en exclusiva para una empresa principal, ya que si las contratistas tuvieran varias empresas principales clientes sus utilidades también podrían ser altas.

empresas contratistas un monto de sus utilidades a efectos de que el reparto de las utilidades en estas últimas sea más equitativo.

VI. DEBERES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL MARCO DE LA SUBCONTRATACIÓN

1. La extensión de responsabilidad de la principal en supuestos específicos

Además de la responsabilidad económica, el legislador en el año 2005 reguló las responsabilidades en materia de seguridad y salud en el marco de subcontrataciones entre empresas (Reglamento de seguridad y salud en el trabajo, aprobado por Decreto Supremo 009-2005-TR). Esta norma ha incorporado a nuestro sistema jurídico ciertas obligaciones en esta materia cuando varios empresarios desarrollan actividades conjuntas.

El artículo 61 del Decreto Supremo 009, señala lo siguiente: "El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:

- La coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales.
- La seguridad y salud de los trabajadores.
- La verificación de la contratación de seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores.

Asimismo, el empleador vigilará el cumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal".

Esta norma, como se ve, tiene dos partes con dos ámbitos de aplicación distintos: de un lado, la garantía en obligaciones concretas que asume el empleador principal respecto de las contratistas que desplacen su personal a su local y, de otro lado, el deber de vigilancia del empleador principal respecto de las obligaciones legales de seguridad y salud de las contratistas sin importar el lugar de ejecución de la prestación.

Empecemos por analizar la primera parte de este artículo. De una lectura superficial del artículo 61 podríamos concluir que la primera parte del mandato genera una obligación general de la empresa principal ("el empleador en cuyas instalaciones se desarrollan las actividades") de garantizar la seguridad y salud de todos los trabajadores (los suyos y de la contratista). Es más, esta interpretación encuentra su mayor peso en el hecho de que tras haber definido la relación entre empresa principal y contratista o empresa de servicio, a reglón seguido indica que el primero es el encargado de garantizar "la seguridad y salud de los trabajadores". ¿Qué trabajadores?. Supuestamente, de los propios y de los ajenos, pues de lo contrario hubiera sido suficiente remitirnos a la norma general que imputa cada empleador la responsabilidad en seguridad y salud de sus trabajadores (artículo 39 del DS 009).

Si bien esta interpretación literal nace de una lectura superficial, me parece que una lectura más profunda la niega rotundamente. Y trataré de fundamentar mi opinión en dos razones. Primero, en la tercera obligación que impone al artículo 61 se señala que el empleador principal debe verificar la contratación de seguros por parte de la empresa contratista y que beneficiarán a los trabajadores de esta última, "sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores". Es decir, si nos fijamos en la frase final no queda ninguna duda que la responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud corresponde a cada empleador por sus propios trabajadores. Segundo, el sistema de protección de seguridad y salud regulado en el DS 009 siempre imputa la obligación de garantizar la seguridad y salud al empleador de los trabajadores. En consecuencia, cada empleador se compromete a proteger a sus propios trabajadores y no a trabajadores ajenos. Es más, el artículo 70 del mismo DS 009 menciona que el trabajador tiene derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el marco de una subcontratación "a través de sus empleadores respectivos". Me parece que todo apunta a que cada empleador garantice la seguridad y salud de sus propios trabajadores.

Entonces, ¿cómo encaja la primera parte del artículo 61 del DS 009 en esta conclusión?. Creo que el artículo 61 simplemente impone cargas u obligaciones concretas y excepcionales a la principal. En primer lugar, obliga al empleador principal a garantizar la coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales. Obsérvese, que la obligación del empleador principal solo es coordinar la compatibilidad entre los distintos planes de seguridad y salud que aporten las distintas empresas que trabajan en sus instalaciones. Por ejemplo, si una empresa contratista lleva a la empresa principal una máquina pesada a efectos de que sus trabajadores presten un servicio determinado, entonces será la misma empresa contratista la que tenga que diseñar un plan de protección de riesgos (tanto para sus trabajadores como para los trabajadores de la empresa principal). ¿Qué hace el empleador principal en este caso?. Simplemente, coordina la gestión de prevención de riesgos⁽²⁴⁾.

En segundo lugar, cuando la norma señala que el empleador principal garantiza la seguridad y salud de los trabajadores, me parece que se refiere a riesgos en los que él tenga el dominio del hecho o de la situación. En la medida que la labor de sus trabajadores o de los trabajadores ajenos se realizan en sus instalaciones, el empleador principal debe garantizar la seguridad y la salud. En otras palabras, esta obligación apunta a velar por la seguridad y salud de todos aquellos que se encuentren en riesgo frente a incendios o a emergencia en materia de primeros auxilios. Claro, dado que estamos en sus instalaciones, el empleador principal es el único que podrá tomar decisiones para proteger la vida de sus trabajadores como de los trabajadores de la contratista.

En tercer lugar, el empleador principal verifica la contratación de seguros por la contratista. Pesa sobre él un deber de vigilancia o de verificación de documentos, pero que se restringe solo a los mencionados seguros.

(24) Distinta es la situación que impone un deber de coordinación que genere obligaciones en ambas empresas (principal y contratistas). Si hay un incumplimiento de la coordinación, ambos empresarios serán los responsables administrativamente hablando. Me parece un error que la legislación actual en materia de seguridad y salud imponga solo el deber de coordinación a la principal, ya que la contratista se podría desentender del asunto sin incumplir ningún deber.

En consecuencia, cada empleador realiza su plan de seguridad de sus trabajadores y cada empleador responde por incumplimientos de la normativa de seguridad y salud respecto de sus trabajadores, en la medida que el artículo 61 no convierte en responsable solidaria a la empresa principal. Eso sí, el DS 009 en casos muy específicos imputa cargas a la empresa principal, ya que en estos casos esta empresa tiene un poder de decisión importante en la medida de que el servicio se cumple en sus propias instalaciones. Este último hecho, hace que el legislador le imponga algunos deberes adicionales al empleador principal.

Finalmente, queda pendiente el análisis de la segunda parte del artículo 61. El deber de vigilancia del empleador principal a todas las contratistas, presten sus servicios en sus locales o no, para que se cumplan las normas legales sobre seguridad y salud. Lo que el legislador quiere es que el empleador principal controle o fiscalice a las contratistas para que estas cumplan con sus obligaciones legales. Creo que un primer problema que salta a la vista es que si bien para la principal puede ser más fácil vigilar el cumplimiento de la normativa cuando la contrata realiza el servicio en su local, es mucho más difícil que lo pueda hacer cuando la contratista trabaja en un local distinto del de la principal. Ahora bien, aun cuando el deber de vigilancia debió restringirse a supuestos donde la contratista desplaza a sus trabajadores a las instalaciones de la empresa principal, la imposición de responsabilidad administrativa por no cumplir con el deber de vigilancia solo se puede imputar al empleador principal cuando exista culpa de este⁽²⁵⁾. Por eso, me parece que cuando el empleador principal pidió la documentación respectiva y esta no fue entregada por la contratista o se entregaron documentos falsos, no se podría imponer responsabilidad por incumplimiento del deber de vigilancia. Es más, hay que tener cuidado de no independizar el deber de vigilancia del incumplimiento de la normativa en seguridad y salud por la contratista. Y digo esto, porque de lo contrario podría llegar a la sinrazón de imponer multas administrativas a una empresa principal por no cumplir con su deber de vigilancia, aun cuando la contratista ha cumplido con toda la normativa legal. Son dos cosas completamente distintas.

2. La inexistencia de deberes compartidos

Como se ve, en materia de responsabilidad en seguridad y salud tampoco existe en nuestro ordenamiento la figura del empleador plural. Se hubiera podido exigir que ambos empleadores (principal y contratista) sean responsables solidarios por los incumplimientos de uno u otro, más aún si la Decisión 584 de la CAN en su artículo 17 reconoce la responsabilidad solidaria cuando dos o más empresas desarrollen simultáneamente sus actividades en un mismo lugar de trabajo⁽²⁶⁾. No obstante, no ha sido esta la tendencia de nuestro ordenamiento nacional.

Ahora bien, como quiera que la propuesta de la CAN pudiera resultar excesiva, ya que en muchos casos los incumplimientos de la normativa pueden deberse a incumplimientos

(25) Usualmente, el derecho administrativo sancionador, al ser receptor de los principios generales del derecho penal y, entre ellos, del principio de presunción de inocencia, exige la culpabilidad del infractor en la comisión de un incumplimiento tipificado. (Ver, ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Manual de derecho administrativo sancionador, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 176-178).

(26) El artículo 17 de la Decisión 584 de la CAN señala expresamente: "Siempre que dos o más empresas o cooperativas, desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores serán solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención de riesgos laborales". Nótese que, con este artículo, la CAN avanza de forma importante en la configuración del empleador plural.

por negligencia de la contratista o de la principal⁽²⁷⁾, creemos que el legislador peruano debió ensayar por lo menos la imposición de algunos deberes compartidos a efectos de sancionar simultáneamente a las empresas principales y contratistas. Por ejemplo, el legislador pudo mantener obligaciones legales por separado para cada empleador con sus respectivos trabajadores, sin embargo, para casos puntuales como la elaboración de un plan de prevención de riesgos pudo señalar que ambas empresas tengan un deber compartido.

Se hubiera podido llegar a una responsabilidad administrativa más efectiva en materia de seguridad y salud si ambos empresarios tuvieran obligaciones compartidas. Es decir, obligaciones donde ambos son deudores de un comportamiento⁽²⁸⁾. Pero, como ya se vio, las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo son obligaciones de cada empleador con personalidad jurídica independiente.

Por último, solo me gustaría recalcar que el legislador impone obligaciones a la empresa principal en la medida que esta conoce mejor sus propias instalaciones y tiene el dominio del hecho de cara a sus decisiones. No por el ánimo de configurar un empleador plural. Creo que esta conclusión es muy importante a efectos de detectar el verdadero fundamento jurídico de ampliar la responsabilidad en seguridad y salud de la empresa principal en el marco de una subcontratación.

3. Fundamentos jurídicos para extender a la principal el deber de vigilancia en seguridad y salud

Como ya se dijo, la normativa peruana no imputa obligaciones en seguridad y salud de tipo compartido ni de forma total ni de forma parcial. Es decir, no existe obligación legal compartida de ambas empresas (principal y contratista) y, por ende, tampoco podrá existir la llamada responsabilidad solidaria⁽²⁹⁾. Lo que sí existe son obligaciones legales diferenciadas.

(27) Algo que no calibra la configuración del empleador plural en materia de seguridad y salud es que se eliminaría el análisis de la culpabilidad en la imposición de responsabilidades administrativas. Me parece que la concepción del empleador plural puede, en este caso concreto, vulnerar ciertos principios de orden penal y, además, convertir la responsabilidad administrativa en una responsabilidad objetiva.

(28) Hubiera sido deseable que se imponga un deber compartido de cooperación mutua en la aplicación de la normativa de seguridad y salud o un deber compartido transmisión de información sobre posibles riesgos entre las empresas que comparten un mismo lugar de trabajo (y también entre ellas y sus trabajadores). Estos deberes de cooperación mutua (no un deber de coordinación de la principal como en el caso peruano) y de transmisión de información están reconocidos en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en España. Eso sí, la cooperación en cuanto a la información debe ser impuesto como un deber exigible tanto a empresas principales como contratistas. Este deber compartido también ha sido tratado desde hace mucho tiempo por la Directiva Marco de la Unión Europea 89/391.

(29) Dado que la legislación peruana en ningún momento habla de responsabilidad solidaria administrativa en materia de seguridad y salud es imposible que esta pueda existir en nuestro país. Como se recordará, la responsabilidad solidaria no se presume, tiene que ser señalada por ley. Ahora bien, suponiendo que en un futuro nuestra legislación tipifique deberes compartidos de empresas principales y contratistas, habría que preguntarse en primer lugar si la responsabilidad solidaria sería la mejor opción para sancionar la infracción. Me parece que con la responsabilidad solidaria se llegaría a admitir que la AAT puede sancionar o bien a la principal o bien a la contratista, por lo que solo sancionaría una vez. En este contexto, quizá lo más razonable sea imponer deberes compartidos, pero imponer sanciones diferenciadas a cada empresa. Es más, esta salida nos permitiría analizar la culpabilidad en la comisión de la infracción que en cada sujeto puede ser distinta. Sobre los inconvenientes de utilizar la responsabilidad solidaria en sede administrativa, ver las reflexiones de CRUZ VILLALON, Jesús, Outsourcing, contratas y subcontratas, pp. 53-54.

A lo más que llega la ley peruana es a imputar un deber de vigilancia a la principal para que controle el cumplimiento de la normativa legal por parte de la contratista.

Respecto de este deber de vigilancia, vamos a decir que es un deslucido efecto de la protección del derecho a la vida, a la integridad de la persona humana y del derecho al trabajo⁽³⁰⁾. Y digo que es deslucido porque un derecho constitucional de esta categoría debería imponer cuando menos deberes compartidos entre la principal y la contratista, antes que separar completamente las obligaciones. Es muy fácil que por interponer una persona jurídica entre la actividad empresarial de la principal y los trabajadores de la contratista, el empleador principal se vea excluido de las obligaciones en materia de seguridad y salud en lo que respecta a los trabajadores de la contratista. Más todavía cuando estos trabajadores están incorporando su trabajo a su actividad empresarial. El simple hecho de imponer un deber de vigilancia es una medida correctiva bastante sutil, por decirlo de algún modo.

Quizá si se quisiera proteger efectivamente la seguridad y salud habría que imponer cuando menos deudas compartidas para la principal y la contratista. Por ejemplo, que ambas empresas implementen un solo plan de seguridad y salud. O que ambas se obliguen a informarse mutuamente acerca de los riesgos potenciales. Esto es, como si se tratara de un empleador plural en obligaciones específicas. Donde ambos empresarios sean obligados principales de la deuda de prevención de riesgos y que tengan que responder como co-responsables. Creo que esta concepción no existe siquiera en el incumplimiento del deber de vigilancia, dado que a la principal la sancionarán por el incumplimiento de este deber, mientras que a la contratista lo harán por incumplimientos de la normativa de seguridad y salud. Nuevamente, lo que decíamos, no hay infracción de un deber compartido.

VI. RESPETO A LA ESTABILIDAD LABORAL

1. ¿La causa de contratación temporal se encuentra en la actividad empresarial de la principal o de la contratista?

La relación triangular que preside a los fenómenos de subcontratación también genera efectos sobre la estabilidad laboral del trabajador de la empresa de servicios. La mayoría de ellos efectos perjudiciales si aplicamos las normas tradicionales del Derecho del Trabajo.

Aunque se fomente la contratación por tiempo indefinido en el régimen laboral, es muy difícil que baje la temporalidad precaria ya que la tercerización lleva en su seno el fomento de la contratación temporal. La sucesión de contratos de locación de servicios con la empresa principal, genera para la contratista la posibilidad de fragmentar jurídicamente la labor de sus trabajadores. La firma de un contrato de obra o servicio determinado por el trabajador de la contratista, hasta la fecha que esta pacte con la empresa principal, y la posterior recontractación laboral del mismo trabajador, para la renovación del proceso de

(30) Como se sabe, el derecho a la vida y a la integridad física y mental de la persona humana, tienen reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo como derecho con sustancia propia se entiende incorporado en el derecho al trabajo. En este sentido, el artículo 7.e del Protocolo de San Salvador señala que el derecho al trabajo obliga a velar por la seguridad e higiene de los trabajadores. Por lo demás, en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones existe la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el trabajo, que obliga a los Estados miembros (Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia) a fomentar políticas públicas en esta materia.

subcontratación entre empresas, tiene por efecto la fragmentación jurídica de los servicios de los trabajadores de la contratista. Tal efecto perjudicial tiene mayor incidencia en los servicios que se extienden prolongadamente en el tiempo, como sucede en la subcontratación de servicios de naturaleza permanente. Difícilmente los trabajadores de estas empresas contratistas podrán acumular jurídicamente todos los años de prestación continua que han realizado a favor de la empresa de servicios y de la usuaria. La sucesión de contratos a plazo determinado lo impedirá.

Además, terminado un primer contrato, la firma de uno nuevo puede llevar a la modificación de casi todas las condiciones de trabajo. Por ejemplo, se podría modificar el lugar de ejecución de la prestación obligando al trabajador incluso a cambiar de lugar de residencia, se podrían cambiar completamente las funciones, se podría cambiar el horario de trabajo y, en fin, hasta las condiciones remunerativas (para mejor o para peor).

Nuevamente, si partimos de los principios de personalidad jurídica y de contractualismo bilateral como lo hace nuestra jurisprudencia y legislación, entonces la causalidad de la contratación temporal habría que determinarla en función de la actividad empresarial que va a desempeñar la contratista como empleadora directa. En este sentido, siendo esta la opción del ordenamiento jurídico peruano se inclina por calibrar la temporalidad en función de las necesidades empresariales que impone cada contrato de locación de servicios que firman las empresas principales con las contratistas⁽³¹⁾.

No obstante, esta opción debe ser criticada. La temporalidad habrá que determinarla en función de la temporalidad o permanencia de la actividad empresarial que desarrolla la empresa principal. Por ejemplo, una empresa principal textil recurre a la subcontratación del servicio de vigilancia, por lo que contrata a una contratista para que le preste por el lapso de 6 meses el mencionado servicio. Usualmente, el contrato de 6 meses se renovará, ya que la actividad de vigilancia es de naturaleza permanente. ¿Por qué entonces se puede fragmentar los contratos de los trabajadores de la contratista si realizan actividades permanentes en la principal? La personalidad jurídica de la contratista no debe engeguernos de lo que pasa en la realidad económica. La actividad de referencia para los trabajadores de la contratista ha de ser la actividad empresarial central o global y no la que desempeña su empleador/persona jurídica. Al final de cuentas, ellos también están incorporados a la actividad empresarial que lleva a cabo la principal.

Esta conclusión, debe llevarnos a soluciones integrales donde las condiciones de la actividad empresarial principal sean tomadas en cuenta para la regulación de condiciones en la contratista. De ahí que, si la actividad de la principal es permanente no cabe la contratación temporal de los trabajadores en la contratista. Además, si la actividad empresarial de la principal es una sola, las condiciones contractuales que mantienen los trabajadores

(31) Esta denuncia ya ha sido formulada por SANGUINETI, pues la subcontratación "es una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales". "En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por tal periodo, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades ordinarias y permanentes de la empresa principal, que ella debería cubrir, de asumir directamente su realización, por medio de contratos por tiempo indefinido". SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?, en Revista de Derecho Social, n° 33, 2006, p. 226.

de la contratista deberían protegerse como si se tratara de una misma relación jurídica (re-cordemos que su pluralidad contractual es meramente formal). Sin embargo, el problema que se plantea es que se estaría cargando a la contratista con contratos indefinidos, cuando la principal en cualquier momento puede poner fin al encargo. Ello sería perjudicial para la contratista, por cuanto le estaríamos imponiendo obligaciones solo a ella y no a la principal. Por eso, me parece que una política legislativa que proteja la estabilidad laboral en la contratista, debe acompañarse de medidas que obliguen a la principal a respetar la indefinición de los contratos de locación de servicios. Claro, si el contrato de locación de servicios puede resolverse en cualquier momento, toda la carga pesada de la estabilidad laboral quedaría en los hombros de la contratista. Entiendo que una decisión de este tipo alteraría la tradicional libertad contractual en el campo civil y mercantil, pero a pesar de ello hay que tener en cuenta que el contrato de locación de servicios en el marco de una subcontratación laboral es completamente distinto al contrato tradicional de locación de servicios que regulan los artículos 1764 y siguientes del Código Civil. La función del contrato de locación de servicios fue siempre la de regular un servicio personal, retribuido y autónomo. Es cierto que no está prohibida la locación de servicios entre personas jurídicas o empresas, pero hay que notar la diferencia (más todavía cuando la persona jurídica no realiza ningún servicio material, sino los trabajadores que esta contrata).

A lo mejor dentro de un tiempo, el legislador laboral intente superar estas contradicciones o deficiencias del ordenamiento y lo haga sin descuidar el respeto de la personalidad jurídica de la contratista. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de que por ley se decida sumar todos los tiempos que el trabajador laboró con contratos sucesivos y temporales, con el fin de no perjudicar el cómputo de la antigüedad del trabajador. Sin duda, esta medida correctiva de los perjuicios de la temporalidad sería de mucha ayuda, pero aún así seguiría siendo deficiente. El peso del principio de personalidad jurídica seguiría siendo el que marque la pauta. Igual podría no renovarse el contrato a un trabajador contratado temporalmente. Igual podría cambiarse la condición de lugar o funciones tras la firma de un nuevo contrato. Me parece que las medidas correctivas que siguen basándose en el principio de personalidad jurídica solucionan algunos problemas, pero dejan vigentes otros.

2. Fundamento jurídico de la posible protección de la estabilidad laboral

La pregunta que nos planteamos ahora es: ¿cuál es el fundamento para proteger la estabilidad laboral de los trabajadores de la contratista? ¿Por qué involucrar la actividad empresarial de la principal en la determinación de la temporalidad o indefinición del vínculo de estos trabajadores? Creo que nuevamente no podemos olvidar que desde una perspectiva socioeconómica el empresario principal se está beneficiando del trabajo efectuado por los trabajadores del empresario contratista. Además que, por lógica, no es posible que se derumbe el principio de causalidad para la contratación temporal, solo por el hecho de que se interponga una persona jurídica entre la actividad empresarial relevante (empresa principal) y los trabajadores de la contratista. El principio de causalidad en la contratación temporal es un principio que debe protegerse superando las formalidades de la personalidad jurídica y del contractualismo. Debemos superar las formas y entrar de lleno en la realidad.

Como se sabe, el artículo 22 de la Constitución peruana enuncia que "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". No obstante la parquedad del texto constitucional, el contenido del derecho fundamental llamado "derecho al trabajo" habrá de deducirlo de los tratados y acuerdos internacionales que el

Perú ha ratificado en materia de derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente). En este sentido, habrá de remitirse obligatoriamente al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como "Protocolo de San Salvador".

El artículo 7 del mencionado Protocolo precisa que el derecho al trabajo, luego de haber sido enunciado en el artículo precedente, "supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación (...)". Es decir, el derecho al trabajo se convierte en base del principio de causalidad, tanto al momento de iniciar la relación laboral (contratación) como al de su extinción (despido). Principio de causalidad que opera como límite a la eventual arbitrariedad del empresario. En suma, el respeto a la estabilidad laboral, como regla general, exige que el empleador pueda utilizar la contratación temporal solo cuando así lo faculte el legislador.

Además, profundizando en el concepto del artículo 7.d del Protocolo de San Salvador, sugiere que las causas de contratación temporal deben adecuarse a "las características de las industrias y profesiones". Dicho de otro modo, las causales de excepción a la contratación por tiempo indeterminado deben adecuarse a las necesidades empresariales de tipo temporal o transitorio. Y creo que esto es así, porque cuando se refiere a "características de las industrias y profesiones", se está refiriendo a la propia actividad empresarial y de ninguna manera al contrato de trabajo. Reténgase, desde la lógica del derecho al trabajo las actividades estables o permanentes de las empresas deben realizarse con trabajadores contratados a plazo indeterminado; en cambio, los contratos temporales deben quedar confinados a las actividades temporales o necesidades transitorias empresariales.

Por lo demás, esta regla constitucional que defiende el principio de causalidad como límite a la contratación temporal no es nueva, por cuanto ya ha sido enunciado en alguna oportunidad por el Tribunal Constitucional peruano. Ha señalado, aunque sin citar el derecho al trabajo, que en el régimen laboral peruano "hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado" (Sentencia de Tribunal Constitucional peruano, de 19 de Diciembre de 2003, en la acción de amparo seguida contra PRONAA-ICA - Expediente N° 1874-2002-AA-TC-).

En fin, me imagino que el principio de causalidad para ser efectivo ha de aplicarse a toda área del derecho que tenga efectos sobre la organización y dirección de mano de obra. Su categoría constitucional no lo ubica como un principio netamente laboral, sino como un principio que pretende proteger la continuidad de las relaciones de trabajo. En este sentido, el principio de causalidad debería predicarse con toda rotundidad en las relaciones jurídicas entre empresas, así sean de carácter civil o mercantil, sobre todo cuando una de estas empresas preste sus servicios a través de trabajadores que ella misma contrate. En otras palabras, si la actividad de la principal es ordinaria y permanente, el contrato de locación de servicios

debería ser indefinido. Así como en un momento histórico el Derecho del Trabajo se desgajó del derecho civil, me parece que hoy en día se requiere volver a discutir las fronteras entre estas dos áreas del derecho. Probablemente, se requiere que los principios del Derecho del Trabajo vuelvan a penetrar en instituciones que ahora son ámbito exclusivo de la legislación civil o mercantil.

Por último, dado que estos planteamientos son bastante maximalistas, lo que seguramente ocurrirá es que se siga privilegiando el concepto de persona jurídica y de contractualismo. Es decir, aunque se asuma que cada contrato tiene vida propia, el legislador puede sumar los periodos para evitar perjuicios en el cómputo de la antigüedad del trabajador de la contratista. Aquí, el fundamento no sería otro que el mismo derecho al trabajo (artículo 22 Constitución), solo que en esta opción se tomarían nada más medidas correctivas y seguiríamos prisioneros de la personalidad jurídica y del contractualismo.

VIII. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

1. Los ámbitos tradicionales de organización sindical y la necesidad de su replanteamiento

Situación similar se plantea en la ejecución de los derechos colectivos de los trabajadores. La subcontratación entre empresas ha puesto en tela de juicio la idoneidad de los ámbitos tradicionales de organización sindical. ¿Cuál es el objetivo de una organización sindical que quiere actuar en el marco de una subcontratación entre empresas que se mantiene en el tiempo?. Me parece que sería que los trabajadores de las contratistas puedan tener canales de reivindicación respecto de las empresas principales. Y lo necesitan ya que, por un lado, estos trabajadores sobre todo prestan sus servicios en el lugar de funcionamiento de la empresa principal generando diversos puntos de conflicto y, por otro, en una subcontratación entre empresas muchas veces ocurre que la empresa principal condiciona intensamente las decisiones de organización del personal de la contratista.

Ejemplo del primer caso sería que los trabajadores de la contratista pidan a la principal que se instale una posta médica debido al alto riesgo al que están expuestos, a pesar de no tener un contrato de trabajo con ella. O también podría ser que pidan una mejor ubicación de la caseta de vigilancia a efectos de tener mejor protección. Ejemplo del segundo caso sería el que la empresa principal, expresa o tácitamente, condicione de manera intensa el horario de realización del encargo por parte de los trabajadores de la contratista. O también que la principal ponga como condición a la contratista para la renovación del contrato de locación de servicios que deba trasladar de un lugar a otro a un trabajador. Obsérvese que en estos últimos supuestos estamos ante decisiones aparentemente autónomas de la contratista que sin embargo son tomadas e implementadas en último término desde la principal. En estos casos, ¿quién tiene el poder de dirección?. Yo diría que quien tiene el poder económico como para imponer su decisión es la principal y, por ende, la contratista, a pesar de no ser una empresa ficticia o de fachada, estaría ejerciendo en determinados casos el poder de dirección por delegación de la principal. Alguien podría decir que la principal solo está ejerciendo la facultad de especificación del contrato de locación de servicios en función a sus intereses empresariales, no obstante vuelve a llamar la atención que las decisiones tomadas en una

relación civil o mercantil tienen directa incidencia sobre los contratos de trabajo de los trabajadores de la contratista⁽³²⁾.

Ahora bien, si queda claro que los trabajadores de la contratista necesitan un canal sindical que les permita comunicar sus reivindicaciones a la principal, por ser ella la que decide en última instancia sobre ciertos temas, no queda ninguna duda en que una legislación moderna debe cuestionar los modelos tradicionales de organización sindical. Me explico, cuando el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que los ámbitos de organización sindical son "de empresa, de rama de actividad, de gremio y de oficios varios", parece que piensa en el modelo de empresa tradicional: para cada actividad empresarial existe una persona jurídica. De este modo, el modelo legal encaja perfectamente con empresas que concentran todo su ciclo productivo y que tienen una actividad empresarial claramente definida. Por ejemplo, una empresa minera que concentra todo su ciclo productivo sin externalizar ninguna fase tendría encaje exacto en la rama de actividad minera, sin dejar de lado la posibilidad de sus trabajadores de afiliarse a un sindicato de empresa o de gremio.

Creo que el problema empieza cuando el mismo modelo sindical lo tratamos de imponer en el contexto de una subcontratación entre empresas. En primer lugar, un sindicato de empresa para los trabajadores de la contratista es una utopía en muchos casos, porque los trabajadores están "desperdigados" en diversas empresas principales, y es insuficiente, porque solo permite plantear reclamos ante su empleador formal (contratista) y no ante el principal. En segundo lugar, difícilmente podremos hablar de un sindicato de gremio, ya que normalmente en una subcontratación de actividades especializadas la externalización del servicio será completa. Es decir, si no queda ningún trabajador de la misma profesión en la empresa principal, ¿cómo formar un sindicato de gremio?.

Por último, nos queda la opción de la rama de actividad. En principio, este ámbito de organización sindical puede ser el único que nos sirva en un proceso de subcontratación. Sin embargo, presenta varios inconvenientes que paso a señalar. En primer lugar, si la rama de actividad es el prestar un servicio especializado, cualquiera que fuera, entonces la empresa principal no encajaría en la rama ya que su servicio es de naturaleza distinta. Es ilógico, como ya se ha puesto de relieve, que los trabajadores de la contratista no puedan tener un canal de representación directo con la empresa principal. En segundo lugar, ¿podemos determinar la actividad de la contratista en función a la actividad empresarial de la principal?. Me explico, si la contratista presta sus servicios de mantenimiento de maquinaria pesada a una empresa minera será una empresa de la rama minera, mientras si presta el mismo servicio a una empresa de construcción será de la rama de la construcción. El razonamiento tiene algo de lógica, no obstante ¿qué pasa cuando una contratista presta servicios simultáneamente a una empresa minera y a otra constructora?. ¿Pertenece a dos ramas de actividad?. Alguien, con mucho sentido, podría decir que los trabajadores de la contratista que prestan servicios de mantenimiento a la minera pueden afiliarse al sindicato de rama minera (donde estarían los trabajadores de la principal) y los trabajadores de la contratista que presten servicios de mantenimiento a la construcción pueden afiliarse al sindicato de rama de la construcción.

(32) Sobre esta situación donde el poder de dirección se comparte entre la empresa principal y la contratista se puede ver el magnífico estudio del profesor CRUZ VILLALON, Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales, Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales, en VVAA, coordinados por Ricardo Escudero, Monográfico de Relaciones Laborales, 2006, pp. 226- 228.

El problema de esta salida está en que el empleador principal podría cambiar, en uso de su poder de dirección, de puesto al trabajador y trasladarlo de la rama minera a la rama de la construcción. En otras palabras, sería muy sencillo boicotear la afiliación sindical de los trabajadores de las contratistas.

Mi impresión luego de estas reflexiones es que los ámbitos de organización sindical, regulados en el artículo 5 de la LRCT, no son los adecuados para enfrentar los problemas que plantea la subcontratación. Aquí, sin duda, deberíamos atender a la disposición general del Convenio 87 de la OIT que permite a los trabajadores "constituir todas las organizaciones sindicales que estimen convenientes"⁽³³⁾. Esta libertad de organización, que se integra al bloque de constitucionalidad del artículo 28, es la que se necesita para respaldar firmemente la viabilidad de los derechos colectivos en los procesos de subcontratación entre empresas. Incluso, debería ensayarse fórmulas que superen la tara a la que nos lleva el concepto de persona jurídica.

2. La tendencia a encasillar la actividad sindical dentro de la persona jurídica

Junto a las deficiencias legislativas en materia de ámbitos de organización sindical, nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo tiene una predilección por encasillar la actividad empresarial en el ámbito interno a la persona jurídica. Y ello se ve claramente por cuanto en nuestro modelo de negociación predomina el nivel empresarial⁽³⁴⁾.

Es cierto que la Ley 27912, de 8 de enero de 2003, vino a levantar ciertos obstáculos que hasta esa fecha tenía la negociación por rama de actividad o de gremio que la hacían virtualmente impracticable, no obstante el principal escollo aún no ha sido salvado. Me refiero puntualmente al primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Esta disposición señala: "Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior (empresa, rama o gremio), las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel que entablarán en la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".

En otras palabras, cada vez que un sindicato nace en el marco de una subcontratación entre empresas tendrá que afrontar su primera negociación, razón por la cual si no puede convencer a la parte empresarial para negociar en un nivel de rama de actividad o en cualquier otro que involucre tanto a la principal como a la contratista solo queda la oportunidad de negociar a nivel de empresa. La opción política del ordenamiento jurídico laboral es evidente: hay que negociar preferentemente en el nivel de empresa (dentro de la persona jurídica). Quizá esta opción se corresponde con el modelo tradicional de organización empresarial, aquella que integra todo el ciclo productivo en una sola persona jurídica, pero es insuficiente de cara a la acción sindical en el seno de empresas principales y contratistas.

(33) Un análisis de esta disposición del convenio 87 OIT puede encontrarse en VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2007, pp. 39 y ss.

(34) NEVES MUJICA, Javier, *Derecho Colectivo del Trabajo*, texto mimeografiado, Lima, 2005, p. 24. El profesor Neves considera que en Perú impera el modelo descentralizado de negociación colectiva, así como en EEUU y Japón; mientras en Argentina, Uruguay, Brasil y en general en Europa se prefiere el nivel centralizado de rama de actividad o sector (loc.cit.).

En conclusión, vuelvo a repetir, nuestra legislación no solo tiene un problema de desconocimiento de la realidad actual, sino sobre todo se alza sobre principios anacrónico y caducos. El principio de la personalidad jurídica y del contractualismo bilateral ya no tienen cabida en el marco de las nuevas formas de organización del capital.

3. La necesaria búsqueda del equilibrio de los poderes empresariales

De lo dicho, queda claro que nuestra legislación en el tema de los derechos colectivos está de espaldas a la realidad. La aplicación de la norma no se corresponde con la funcionalidad que ha de tener el Derecho del Trabajo para asegurar la realización efectiva del derecho de libertad sindical. Me parece que la función de la libertad sindical es crear todos los canales necesarios para que los trabajadores defiendan sus intereses profesionales y mejoren su condición de vida. Por el contrario, no pueden quedar intereses laborales sin canales de expresión ni mecanismos de superación del conflicto. Ello sería contrario a la propia esencia del Derecho del Trabajo.

Me parece que en esta línea de ideas se hace indispensable la búsqueda de los poderes empresariales que operan sobre la organización del personal con el objeto de modularlos y controlarlos. Es más, los poderes empresariales siempre deberían estar sometidos a un control sindical a efectos de hacer más transparentes las relaciones de poder entre las empresas vinculadas⁽³⁵⁾.

Ahora bien, si para la legislación peruana el poder de dirección que, directa o indirectamente, ejerce la empresa principal sobre los trabajadores de la contratista es irrelevante, en la medida que no es su empleador formal, entonces quedan muchos conflictos irresueltos entre estos y aquellos. Esto es lo criticable, pues no hay un efectivo equilibrio de intereses.

Las soluciones pueden ser diversas, siempre que las relaciones de vinculación comercial sean permanentes. Sería muy difícil hacer estas reflexiones en el marco de encargos esporádicos o extraordinarios. En primer lugar, se podría permitir que los trabajadores de la contratista puedan afiliarse al sindicato de trabajadores de la principal. A lo mejor puede resultar un poco ilógico en el actual sistema sindical de la LRCT, ya que la principal no tiene relación contractual con estos trabajadores, pero habría que atender a las relaciones de conflicto que se desarrollan en este ámbito. En segundo lugar, se podría tomar a la contratista y a la principal como un empleador plural. Es decir, ambas podrían convertirse en un solo y único ámbito de organización sindical y de negociación. Esta segunda propuesta sería terreno abonado para encarar efectivamente conflictos compartidos por la principal y la contratista, en tanto que la primera propuesta seguiría tomando a ambas empresas como dos entidades separadas y sin vinculación. Por ejemplo, regresando al ejemplo de los trabajadores de vigilancia de una contratista que necesitan cambiar de lugar la caseta en las instalaciones de la empresa principal alegando razones de seguridad, tendríamos que decir que una y otra solución pueden llevarnos a problemas distintos. En el caso de que los trabajadores de la contratista planteen sus reclamos a la principal vía la organización sindical de trabajadores de esta última, quiere decir que la decisión será solo de la empresa principal. Ello me parece

(35) Con mucha razón ha señalado el profesor CRUZ VILLALON que "puede afirmarse que la necesidad crea la instancia de representación de intereses: allí donde se constituye un centro de decisiones de gestión empresarial, surge también la necesidad de crear fórmulas de control sindical" (Vid., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid, Trotta, 1992, p. 195).

complicado, en la medida que quien tiene la experiencia profesional necesaria para determinar el sitio de ubicación de una caseta es la contratista y no la principal. Además, la postura del empleador plural permite llegar a acuerdos no solo entre trabajadores y empresa principal, sino también se incluye en el acuerdo a la contratista. De esta manera, se podrán atender todos los intereses en lisa siendo mucho más eficiente la decisión en términos económicos y empresariales⁽³⁶⁾.

En fin, el ordenamiento laboral debería crear un nuevo ámbito de organización y de negociación sindical cuando hablemos de subcontratación entre empresas y para ello debería tomar como actividad empresarial relevante aquella que desempeña económicamente la empresa principal. No interesa quien o qué persona jurídica desarrolla qué fases del ciclo productivo, pues lo importante es que todas trabajan en función a un mismo fin empresarial. Eso sí, cuando los trabajadores de la contratista consigan una representación ante la empresa principal, no se les debe recortar los canales de representación con la contratista (sobre todo cuando no hablamos de un empleador plural). Es más, estos canales deberían fomentarse desde la ley debido a que los trabajadores de la contratista normalmente cumplen sus labores en distintas empresas, teniendo problemas de proximidad física para autoorganizarse.

4. Fundamento jurídico para crear un nuevo ámbito de organización y actuación sindical

Siguiendo el principio de equilibrio de poderes, cada vez que identifiquemos un poder de dirección empresarial habrá que oponerle un poder de representación y acción sindical. Ello es fundamental desde una perspectiva democrática del Derecho del Trabajo. Ahora bien, la jurisprudencia francesa ha trabajado con mucho esfuerzo el concepto de unidad económica y social sobre todo en los temas de representación y de negociación colectiva. Según se ha dicho, “la unidad económica implica una concentración del poder de dirección, existiendo en realidad una cierta complementariedad en las actividades”. Es más, se señala que “el poder de dirección debe ser único a pesar de la existencia de entidades jurídicas distintas”⁽³⁷⁾. No obstante, la misma jurisprudencia exige una unidad laboral, esto es, que se ofrezca “la existencia de una comunidad de trabajadores derivada de su propio estatuto laboral y de condiciones de trabajo similares, que en la práctica se pueden traducir en determinados traslados de trabajadores”⁽³⁸⁾.

Es cierto que esta construcción se ha aplicado a sujetos empresariales sin personalidad jurídica tales como las comunidades de propietarios o las asociaciones empresariales, pues la jurisprudencia francesa tampoco se atreve a pasar por encima del tradicional principio de la personalidad jurídica. El avance de ello estriba en que los poderes de dirección de entidades sin personalidad jurídica se hacen hoy por hoy visibles. Y ello hay que aplaudirlo porque

(36) A este tipo de representación Dulce SORIANO COTES le denomina “representación de carácter transversal”. Una opinión que resalta su utilidad y beneficio, aunque la considera de difícil aplicación en el ordenamiento español, se puede encontrar en SORIANO CORTES, Dulce, *Las contrataciones en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, Sevilla, Ediciones Mergablum, 2007, pp. 249 y 250.

(37) BERNARD, Marie Luce, *El poder de dirección en las empresas de estructuras complejas*, en VVAA (coordinados por Ricardo Escudero), *Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Número monográfico de la Revista Relaciones Laborales, 2006, p. 160.

(38) *Ibidem*, p. 161. Cita de la sentencia expedida por la Sala de lo Social de la Corte de Casación de fecha 24 de noviembre de 2004.

permite, al menos en el terreno de los derechos colectivos, convertir a las comunidades de propietarios o asociaciones empresariales (vg. grupos de empresas) en sujetos empleadores con derechos y con deberes. Sin embargo, cuando no existe un poder de dirección que esté por encima de las personas jurídicas, como sucede en el caso de la subcontratación de una contratista por una principal, la jurisprudencia francesa es reacia a aplicar su concepto de unidad económica y social⁽³⁹⁾. Entiendo que esta negativa proviene de creer que en una subcontratación, cada empresa tiene su propio poder de dirección y su estatuto laboral independiente.

A contracorriente de la jurisprudencia francesa, creo que en el caso de la subcontratación existe una unidad económica en la medida que al externalizar ciertas labores a una contratista, la empresa principal tendrá una proximidad empresarial, o al menos cierta complementariedad, con aquella. La unidad económica es un ámbito donde empresa principal y contratista comparten un mismo sector de actividad empresarial. De otra parte, en la subcontratación existe también una unidad social, ya que la principal muchas veces condiciona el poder de dirección de la contratista. Llegando en algunos casos a parecer más bien un poder de dirección delegado donde la empresa principal mantiene el poder originario (tiene la decisión económica última que fundamenta la gestión de mano de obra⁽⁴⁰⁾). Creo que ello puede constatarse cuando en muchas oportunidades la contratista debe respetar las jornadas y horarios que se cumplen en la principal. O cuando la principal indica las características personales y profesionales que deben tener los trabajadores de la contratista⁽⁴¹⁾.

Quizá el concepto de unidad económica y social deba ir evolucionando hacia fórmulas más amplias que permitan su aplicación a empresas no solo de estructura compleja, sino que se vinculen por relaciones de colaboración. Para ello será necesario, nuevamente, superar los formalismos que contiene el concepto de persona jurídica en el Derecho del Trabajo.

Adicionalmente, el artículo 28 de la Constitución garantiza la Libertad Sindical y fomenta el derecho de Negociación Colectiva y Huelga. Como se ve, la Constitución no solo enuncia y reconoce los derechos colectivos, sino que impone deberes al Estado a efectos de promover su realización efectiva. No puede haber garantía de la Libertad Sindical, cuando se restringe la posibilidad a los trabajadores de crear instrumentos de organización idóneos para cautelar sus intereses. No puede existir fomento de la negociación colectiva, cuando se dejan sin vías de solución pacífica a ciertos conflictos.

(39) Así lo menciona Marie Luce BERNARD (*El poder de dirección en las empresas de estructuras complejas*, en VVAA (coordinados por Ricardo Escudero), *Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Número monográfico de la Revista Relaciones Laborales, 2006, p. 161) en su nota a pie de página 54.

(40) Desde hace mucho tiempo, la profesora María Dolores ROMAN DE LA TORRE señaló que la búsqueda del empleador habrá que plantearla en función de quién puede decidir sobre la ordenación del trabajo conforme a sus fines económicos. Así pues, a quien conduce el hilo de la subordinación, más allá de quien físicamente emite la orden, es a quien respalda dicha orden o la decide en último término, integrándola en el plan de organización económico general de la empresa (ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, 1992, p. 125).

(41) En la jurisprudencia española hay casos paradigmáticos donde la empresa-cliente impone criterios estrictos de selección de personal al empleador que efectivamente contrata a sus trabajadores, al extremo que la primera se llega a reservar incluso un modo de derecho de veto respecto del personal por ella contratado. Al respecto, ver el análisis de varias de estas sentencias en CRUZ VILLALON, Jesús, *Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales*, Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales, en VVAA, coordinados por Ricardo Escudero, *Monográfico de Relaciones Laborales*, 2006, pp. 232-235.

De esta forma, cuando la Constitución manda a los poderes públicos para que garanticen y fomenten los derechos colectivos de los trabajadores no hace otra cosa que obligar a las instituciones del Estado a hacer efectiva la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga. Los obliga a remover todos los obstáculos, de índole práctica y jurídica, para que los trabajadores consigan defender sus intereses y derechos. Por eso, el legislador peruano está en la obligación de superar las formalidades que contienen los conceptos de personalidad jurídica y contractualismo bilateral con el fin de implementar niveles de representación y negociación de trabajadores donde se planteen conflictos a solucionar. Solo por esta vía, creo, que se podrá permitir que los trabajadores de la contratista puedan defender sus intereses directamente con la empresa principal que en muchos casos es quien toma en última instancia las decisiones de organización del trabajo, en cuanto la contratista solo se dedica a cumplir sus órdenes. Dirán los trabajadores: ¿para qué hablar con los payasos, si necesito hablar con el dueño del circo?.

Lima, 27 de Septiembre de 2008

LOS DERECHOS LABORALES EN LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA⁽¹⁾

LUZ PACHECO ZERGA

El fenómeno de la subcontratación laboral, como consecuencia de la descentralización productiva ha sido analizado frecuentemente por la doctrina académica tanto en nuestro país⁽²⁾ como en el extranjero⁽³⁾.

- (1) Luz Pacheco Zerga. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Principal e Investigadora de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo). Profesora Invitada del Master de Relaciones Laborales de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).
- (2) Cito solo algunos estudios: ARCE ORTIZ, Elmer, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, Lima, Palestra & Facultad de Derecho de la PUC, 2006, SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO, "La descentralización productiva:" en *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004), TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "Intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización" en *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004), VILLAVICENCIO, Alfredo, "La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación," *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Cuaderno de Trabajo. OIT*, 2000 2000, VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo / BALBÍN TORRES, Edgar, "Intermediación y Tercerización, labores principales y complementarias: Precisiones conceptuales, de naturaleza y alcances," *Revista de Trabajo* (2007).
- (3) Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales," *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, no. 13 (1994), CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La descentralización productiva en España. Su impacto sobre las relaciones laborales*. (La Revista CTECS, 2007 [ubicado el 6.X.2008]); obtenido en <http://www.ctescat.net/scripts/larevista/article.asp?cat=6&art=617>, MENÉNDEZ CALVO, Remedios, "La descentralización productiva como modelo emergente de flexiseguridad," *Relaciones Laborales*, no. 15-16 (2007), MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico laboral," *Relaciones Laborales. La Ley*, no. 7 (2001), VALDÉS DAL-RE, Fernando, "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo,"