

IMPLICANCIAS DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

LILIANA TSUBOYAMA SHIOHAMA⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos la opinión pública ha venido siendo testigo del debate académico, político y económico generado por iniciativas legislativas, luego convertidas en norma, referidas al fenómeno de la subcontratación de servicios. Esta modalidad de organizar la actividad productiva viene siendo práctica común en las empresas; sin embargo, conforme fue evidenciándose en la realidad, muchos empleadores hacían uso del instrumento mercantil de la subcontratación con el propósito de evadir sus responsabilidades como tales, afectando en consecuencia la situación laboral del personal de la empresa subcontratista.

Ante la utilización fraudulenta de esta modalidad de organizar la empresa como medio para encaminar su actividad productiva, el legislador optó en el año 2007, como consecuencia de las exigencias del gobierno estadounidense para la suscripción del Tratado de Libre Comercio, por enfatizar una serie de garantías y precisar sanciones⁽²⁾ ante el incumplimiento de obligaciones laborales generadas por el indebido uso de esta figura contractual.

Pese a ello, el 24 de junio de 2008 se publicó la Ley N° 29245, precisada por el Decreto Legislativo N° 1038 publicado el 25 de junio de 2008, recientemente reglamentado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado el 12 de setiembre de 2008, el cual regula a

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Postgrado en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España. Egresada de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Asociada Principal del Estudio Ehecopar.

(2) Efectivamente, el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, publicado el 20 de setiembre de 2007, incorpora los artículos 4-A, 4-B y 4-C al Decreto Supremo N°003-2002-TR, que reglamenta la Ley N°27626, Ley de Intermediación Laboral. A nuestro parecer, los artículos incorporados eran innecesarios por cuanto reiteraban obligaciones y garantías laborales ya existentes en nuestra legislación.

la tercerización de servicios con desplazamiento de personal hacia el establecimiento de la empresa principal, entendiéndose por esta última a aquella que contrata los servicios de la empresa tercerizadora. Cabe señalar que estas normas están referidas exclusivamente a la tercerización que involucre un desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

Ahora bien, la tercerización, ya sea que involucre o no el desplazamiento de personal, produce determinadas consecuencias en la situación laboral de los trabajadores de la empresa principal o de la subcontratista, dependiendo de diversas situaciones de hecho. Así, la decisión del empleador de tercerizar servicios, la sucesión de contratistas o la participación del sector privado en actividades propias del Estado, afectan de manera especial las relaciones laborales del personal involucrado en estas medidas, por lo que el interés de este trabajo es analizar la respuesta que nuestro ordenamiento actual para cada caso particular.

Debemos advertir que el análisis a efectuarse en el presente documento partirá en todo momento de la existencia de una tercerización o subcontratación efectuada conforme a ley, es decir, una que no haya sido desnaturalizada por implicar una mera provisión de personal. Lo que pretendemos abordar es las consecuencias jurídicas en la situación laboral de los trabajadores en el contexto de una tercerización de carácter regular, ya que ante una subcontratación de servicios que contravenga el ordenamiento vigente, lo que corresponderá es la aplicación de principios y conceptos distintos.

1. Marco conceptual de la tercerización

En nuestro país la tercerización se encuentra definida en el artículo 1º del Decreto Supremo N°006-2008-TR, el cual lo define como “una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma.”

De esta manera, las características principales de una tercerización son las siguientes:

- Se trata de una forma de organización empresarial.
- Una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras. Cabe señalar que la definición solamente hace referencia a la actividad principal más no a la periférica de la empresa principal.
- La empresa tercerizadora provee obras o servicios vinculados o integrados a la actividad principal de la empresa principal.

En España este fenómeno se asemeja al concepto de “descentralización productiva”, entendiéndose por ella a “aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa –que denominaremos empresa principal- decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales, ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas

individuales –que llamaremos empresas auxiliares-, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo.”⁽³⁾

Como consecuencia de ello se puede hablar, según Sanguinetti, de dos tipos de modelos empresariales: (i) el modelo de empresa flexible, “que se caracteriza por incorporar al proceso productivo, al lado de la aportación central de un núcleo duro de trabajadores estables cada vez más reducido, las aportaciones parciales de numerosas empresas contratistas especializadas, con las que se establece un estrecho sistema de cooperación para garantizar el adecuado funcionamiento de las cadenas de producción; y, (ii) el modelo de empresa contratista, “típico de la construcción y otros sectores dedicados a la ejecución de obras o no sujetos a un ciclo productivo continuo, para el cual la subcontratación constituye una herramienta fundamental, al extremo de llegar a copar en algunos casos la integridad del desarrollo de las actividades productivas, pasando a ocuparse la empresa comitente casi de manera exclusiva del planeamiento y coordinación general de las mismas”⁽⁴⁾.

Estas empresas pueden organizarse de dos maneras, según la relación que exista entre la empresa principal y los contratistas: (i) modelo de subcontratación dependiente, en el cual “la externalización de la producción se lleva a cabo a partir de la presencia de una gran empresa dominante que actúa como “epicentro”, procediéndose a desgajar parcelas muy delimitadas de la producción a pequeñas empresas auxiliares que en la generalidad de los casos desarrollan su actividad económica en exclusiva para la empresa principal por lo que no suelen tener acceso directo al mercado de consumo”; y, (ii) modelo de “redes empresariales locales”, en el cual no existe empresas “epicentro”, sino “una pluralidad de empresas de potencial y dimensiones asimiladas que, actuando en un ámbito territorial relativamente bien predefinido, establecen relaciones de cooperación, de ordinario en posición de relativa igualdad”⁽⁵⁾. Es en el modelo de subcontratación dependiente en el cual se presentan las situaciones de tercerización fraudulenta de servicios, toda vez que la empresa principal en muchas ocasiones mantiene no solamente el control de la empresa auxiliar sino también del personal de esta.

Ahora bien, una tercerización entre empresas sustancialmente independientes, que cumpla los requisitos establecidos en nuestra legislación vigente, no debería afectar derecho laboral alguno.

2. Tercerización de una actividad empresarial que venía siendo prestada por la empresa principal

Tal como hemos señalado líneas arriba, es común que muchas empresas tercericen una parte de su actividad productiva a otras compañías, existiendo consecuencias específicas

(3) CRUZ VILLALON, Jesús. “La Descentralización Productiva en España. Su impacto en las Relaciones Laborales”. http://www.larevistactsc.cat/document/200710_cruz_villalon.pdf p.6. Para RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER se trata de “producir a través de otros empresarios y con los trabajadores de este, desplazar hacia unidades productivas independientes o autónomas, funciones o actividades que la empresa necesita para completar su ciclo productivo.” RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “Descentralización productiva y Sucesión de Empresas”. www.bibliojuridica.org/libros/3/1090140.pdf p.741

(4) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Descentralización Productiva, Subcontratación y Calidad del Empleo: ¿Términos incompatibles? En: Revista de Derecho Social. N°33 2006, ISSN1138-8692, dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1994494 p.2

(5) CRUZ VILLALON, p.10

cuando este fenómeno se produce en sus inicios, es decir, cuando la empresa principal recién decide dejar de realizar determinadas actividades para que estas sean encargadas a un tercero. Es lo que Sanguinetti denomina, citando a Cruz Villalón, como “momento genético” de la descentralización productiva⁽⁶⁾.

Conforme a nuestro ordenamiento laboral, una empresa situada en el Perú que decide tercerizar una parte o el íntegro de su actividad productiva, tendría las alternativas siguientes:

- a) Cesar colectivamente –de haber agotado las posibilidades para su reasignación al interior de la empresa- al personal afectado por motivos económicos, estructurales o análogos, según lo previsto por el literal b) del artículo 46° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR, en adelante, “el TUO”.
 - b) Concluir unilateralmente –de haber agotado las posibilidades para su reasignación al interior de la empresa- la relación laboral reconociendo al personal afectado con la medida la indemnización por despido arbitrario correspondiente, o,
 - c) De ser posible, acordar con la empresa contratista el traspaso del personal afectado con la medida.
- a) **Cese colectivo del personal afectado por el cierre de la actividad empresarial**

La discontinuación de la realización de una actividad empresarial por parte de la empresa puede implicar para el empresario tomar la decisión de dar por concluidos todos los contratos de trabajo –de haber agotado las posibilidades para su reasignación al interior de la empresa-. Cabe recordar que nuestra legislación permite efectuar un cese colectivo de personal de mediar “motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos” (artículo 46°-b) del TUO), siempre y cuando el cese comprenda más del diez por ciento del total de trabajadores de la empresa principal. Ahora bien, la discontinuación de una actividad empresarial puede constituir un motivo “estructural” que justifique el cese colectivo de personal.

Si al final la terminación laboral implica que se deba cesar a más del diez por ciento del total de trabajadores de la empresa principal, esta podría solicitar la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 48° del TUO. Mediando esta aprobación, la empresa principal podría efectuar el cese colectivo de los trabajadores, no encontrándose obligada al pago de indemnización alguna por la terminación de los contratos de trabajo, por cuanto el cese se enmarca dentro de las causas de extinción de la relación laboral permitidas por el artículo 16° del TUO.

Sin embargo, en la práctica la Autoridad Administrativa de Trabajo es muy restrictiva en la aplicación de las causales justificativas de un cese colectivo, por lo que es muy probable que la invocación de un motivo “estructural” por sí solo no sirva de

(6) SANGUINETI, p.11

sustento, a consideración de la autoridad laboral, para llevar a cabo un cese colectivo de personal.

b) **Conclusión unilateral de la relación laboral con pago de indemnización**

Como consecuencia del cierre de una actividad empresarial, –de haber agotado las posibilidades para su reasignación al interior de la empresa- la empresa principal que no desee recurrir a un procedimiento de cese colectivo de personal o, habiendo seguido esa vía, su solicitud no hubiese sido amparada por la autoridad laboral, tendría que prescindir de los trabajadores asignados a dicha actividad, debiendo abonarles la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo prevista en la ley⁽⁷⁾.

En efecto, tratándose de la conclusión de la relación laboral por una causa no prevista en la ley, corresponde se indemnice al trabajador, quien podría renunciar al cobro de la indemnización y solicitar su reposición a través de un proceso de amparo, por cuanto su cese estaría obedeciendo a una causa no prevista en la ley. Ahora bien, de prosperar un proceso de amparo, su ejecución se complicaría por el hecho de no existir el puesto de trabajo del cual el trabajador era titular, por haber discontinuado la empresa la actividad en la que participaba el trabajador.

Por tal motivo, esta solución podría no satisfacer plenamente los intereses del trabajador.

c) **Acuerdo de traspaso de personal con la empresa contratista**

Puede darse el caso que la empresa principal que ha decidido discontinuar una de sus actividades, acuerde con la empresa contratista para que este asuma al personal vinculado a tales actividades.

En tal supuesto operará una continuidad de la relación laboral de los trabajadores con la empresa contratista, la cual analizaremos con mayor detalle en el punto siguiente. Esta sucesión de empresas implicará el reconocimiento por parte del nuevo empleador del tiempo de servicios y demás condiciones laborales del personal transferido.

Consideramos que esta opción es la que conlleva menos perjuicios laborales para el personal. Una situación distinta a la analizada en el presente acápite, pero que conlleva las mismas consecuencias para el personal transferido, se produce cuando la empresa principal decide discontinuar una determinada actividad a través de la venta de la unidad de negocios correspondiente, que incluyen sus activos y personal. Este caso, por tratarse de la transferencia de un centro de negocios, es sin lugar a dudas uno de sucesión empresarial, por lo que el personal que se transfiere al nuevo empleador pasa con su antigüedad y su tiempo de servicios.

(7) El segundo párrafo del artículo 34° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR, establece que “si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido.”

3. Sucesión de contratistas

En materia de subcontratación de servicios resulta bastante interesante abordar el tratamiento que correspondería a los supuestos de sucesión de contratistas, es decir, a aquellos casos en los cuales un contratista que venía prestando servicios a la empresa principal es sustituido por otro. En muchos casos, el nuevo contratista suele tomar al personal de la empresa saliente, toda vez que aquel se encuentra imbuido en el quehacer de su cliente, la empresa principal. No obstante ello, la peculiaridad de esta figura es que generalmente no existe relación alguna entre el contratista entrante y el saliente, teniendo en común solamente el hecho de realizar las mismas actividades para la empresa principal.

La cuestión esencial radica en determinar si en tales supuestos se produce una transferencia automática del personal de una contrata a otra, teniendo en cuenta que en los hechos prestará los mismos servicios en ambas contratistas. Veamos.

En primer lugar, tal como lo advirtiéramos al inicio del presente trabajo, ante una subcontratación de servicios efectuada conforme a ley, sin ánimo fraudulento alguno, carece de sentido discutir sobre la situación laboral del personal de una empresa contratista, por cuanto esta será en todo momento su verdadero empleador, aun cuando deje de prestar servicios a la empresa principal. En la misma circunstancia, de configurarse una tercerización regular, no se genera problema alguno si el trabajador decide renunciar y pasar a prestar servicios al nuevo contratista.

Por el contrario, de producirse una desnaturalización de la relación entre la empresa principal y el contratista, no cabe entrar en la discusión si el personal debe o no ser transferido de una contrata a otra, pues, en virtud del principio de primacía de la realidad, dicho personal deberá tener como empleador a la empresa para la cual prestan realmente los servicios de manera directa.

De otro lado, en el Perú, aun cuando no exista una norma que expresamente regule la sucesión de empresas, en la práctica es aplicable el principio de continuidad laboral⁽⁸⁾, de tal manera que en los casos en los que se evidencie que el trabajador sigue prestando los mismos servicios aun después de un cambio de empleador, el último empleador deberá asumir la situación laboral del trabajador transferido. Ello ocurre en los cambios de los accionistas de una determinada empresa, en la venta de una unidad de negocios o en la venta de activos intrínsecamente vinculados al negocio.

Ahora bien, ante una sucesión de contratistas independientes consideramos no cabe afirmar la existencia de una continuidad de la relación laboral del personal y que deban ser asumidos por el contratista entrante. Reiteramos que estamos partiendo de contratistas que prestan servicios de manera independiente conforme a ley, por lo que también puede suceder que ellos no requieran contratar a los trabajadores del contratista saliente, por contar con su propio personal; o, que el contratista saliente necesite a los trabajadores en cuestión para brindar sus servicios a un nuevo cliente. De esta manera, en la medida en que se manifieste esta posibilidad, mal podemos estar hablando de la existencia de una transferencia automática del personal de una empresa a otra.

(8) Así lo sostiene también MORALES CORRALES, Pedro. "Sucesión Empresarial". En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p.264

Este problema también ha sido abordado de una manera muy interesante por la normativa y la jurisprudencia comunitaria europea, cuya experiencia vale compartir. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante "el TJCE" ha emitido decisiones referidas a la situación laboral de los trabajadores en caso de sucesión de contratistas, en base a su interpretación de la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1997, las que generaron mucha discusión a nivel doctrinario. La Directiva regula los aspectos laborales vinculados a la transmisión de empresas y fue reemplazada posteriormente por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001.

En un primer momento, el TJCE fue muy radical en la interpretación de la Directiva 77/187/CEE en la sentencia Schmidt (14 de abril de 1994, C-392/92), optando por aplicarla en caso de una sucesión de actividades entre empresas, por considerar que "el criterio decisivo para establecer la existencia de una transmisión, el mantenimiento de la actividad económica, resultaría de la continuación efectiva por el nuevo titular de las mismas o análogas actividades económicas."⁽⁹⁾

Posteriormente el TJCE fue moderando esta postura y en la sentencia Süzen (11 de marzo de 1997, C-13/95) precisó "que el mero hecho de que un servicio realizado por un contratista se continúe por un nuevo contratista no implica de por sí la continuidad de los contratos de trabajo y transmisión de empresa. Para el TJCE el elemento decisivo para imponer la aplicación de la Directiva 77/187/CEE es que exista transmisión de una entidad económica."⁽¹⁰⁾ De esta manera, para que la Directiva sea aplicada, "es necesario que, además, se transmitan otros elementos, como el personal, la dirección, la organización del trabajo, los métodos de explotación o instrumentos puesto a su disposición, que permitan entender que se ha transmitido una entidad económica propia."⁽¹¹⁾

A nivel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, se produce una transmisión de empresa, cuando el nuevo empleador asume una cantidad importante de personal del antiguo contratista en virtud de un acuerdo entre ambas empresas. Sanguinetti critica esta postura jurisprudencial en la medida en que se deja a voluntad de las partes interesadas el traspaso o no del personal, lo cual perjudica a los trabajadores. A tal efecto propone se considere "los traspasos de actividad (...) como circunstancia desencadenante de una subrogación en los contratos del personal. La ausencia de cualquier soporte patrimonial que dé consistencia a la transmisión hace aconsejable la introducción de una elemental garantía a favor de los trabajadores afectados: la de su consentimiento al traspaso."⁽¹²⁾

4. Participación del Sector Privado en la prestación de un servicio público

La década del 90 fue una etapa en la cual el Estado, en el marco de su política de gobierno, vendió a inversionistas privados la mayoría de sus acciones en empresas estatales o les otorgó en concesión la prestación de determinados servicios públicos, los cuales anteriormente eran explotados exclusivamente por el Estado. Esta tendencia continúa, aunque

(9) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel "Sucesión de empresa y sucesión de actividades". Editorial de la Revista Relaciones Laborales 11/2007, Madrid 2007, p.143

(10) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. "Sucesión de empresa y sucesión de actividades" p.143

(11) RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. "Sucesión de empresa y sucesión de actividades" p.144

(12) SANGUINETI p.28

con menor impacto, por cuanto las principales operaciones privatizadoras o de concesiones se produjeron en la década pasada.

Es así que actualmente la Ley de Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N°28059, regula las modalidades de participación de la inversión privada en proyectos públicos, enunciando los siguientes:

“Artículo 6°.- (...)

- a) Venta de activos
- b) Concesión
- c) Asociación en Participación
- d) Contrato de gerencia
- e) Joint venture
- f) Especialización de servicios (OUTSOURCING)
- g) Otras permitidas por la ley.”

De estas modalidades nos detendremos en la concesión, el contrato de gerencia y la denominada especialización de servicios o outsourcing.

4.1. La concesión

La concesión es definida por el artículo 10° del Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobada mediante Decreto Supremo N°015-2004-PCM, como “el acto administrativo por el cual el Estado, a través de cualesquiera de sus niveles de gobierno, otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado”. Cabe señalar que cada sector en particular regula todo lo referido a la concesión del servicio público en lo que a su ámbito específico se refiere. Así, por ejemplo, especificidades sobre el otorgamiento de una concesión de la prestación del servicio de saneamiento, es regulado por la Ley General de Servicios de Saneamiento y normas reglamentarias y complementarias.

Consideramos que para efectos de nuestro análisis, la concesión puede ser considerada como una subcontratación en sentido lato, en la medida en que es el Estado el que está dejando de prestar un servicio público del cual es titular y delegando esta función a un tercero. A diferencia de una simple sucontratación, la concesión implica que el Estado, como órgano concedente, le otorga a un operador privado la potestad para explotar un servicio público, asumiendo este último una serie de obligaciones inherentes al servicio público a ser prestado y que, como tal, es de interés de toda la comunidad.⁽¹³⁾

(13) Al respecto, CRUZ VILLALON p.20 reconoce que “aparecen en igual medida rasgos propios, causas adicionales genuinas de la intervención pública, de este fenómeno cuando se trata de la actuación de una Administración, en la medida en que por esta vía se produce una privatización “sui generis” de un intervencionismo hasta el presente desarrollado directamente y encomendado a sus empleados públicos. El ejercicio de potestades de soberanía, de actuación pública en base a criterios de objetividad e imparcialidad, formalizan y ralentizan la actuación administrativa, pero al mismo tiempo condicionan de manera inmediata la extensión de fenómenos descentralizadores por parte de la Administración. La lógica de protección del interés general propia de la actuación de los poderes públicos y su sometimiento a reglas

Por lo general, el Estado posteriormente acuerda la disolución de la empresa estatal encargada de prestar dicho servicio, luego de quedarse sin el título habilitante -la concesión- para prestar el servicio público. Ello significa que existe trabajadores de la empresa estatal cuya situación laboral deviene en incierta cuando aquella ingresa en un proceso de promoción de la inversión privada.

Al igual que en el caso en que el empleador decide descontinuar una de sus actividades, el Estado como empleador tendrá que decidir lo que sucederá con el personal de la entidad encargada de prestar el servicio público. Previamente debemos tener en cuenta que el proceso de promoción del inversionista privado puede revestir varias modalidades, pudiéndose inclusive combinar estas. Veamos algunas de ellas:

- i) Venta de acciones de una empresa titular de la concesión de un servicio público: Este es el caso por ejemplo de la privatización de la Compañía Peruana de Teléfonos y ENTEL Perú, en el cual, queda claro que la situación del personal no se ve afectada por cuanto solamente se produce un cambio de accionariado del empleador.
- ii) Otorgamiento de la concesión de un servicio público no prestado por el Estado. Al no haber existido trabajadores previamente al otorgamiento de la concesión, no se genera problema laboral alguno.
- iii) Otorgamiento de la concesión de un servicio público que venía siendo prestado por una entidad estatal. Este supuesto es más complejo pues consideramos que debe realizarse un análisis detallado de caso por caso para determinar si se aplica el principio de continuidad laboral o no. Es más, dadas las especiales características de la concesión, que en varios casos se transmite conjuntamente con bienes y otros elementos integrantes de ella, en la mayoría de los supuestos dicho principio será el aplicable. Sin embargo, reiteramos la necesidad de realizar un análisis caso por caso pues las modalidades de otorgamiento de la concesión varían según el tipo de actividad, la coyuntura económica u otros factores similares. Adicionalmente siempre queda la posibilidad de que la entidad estatal pueda efectuar un cese colectivo de personal, conforme al TUO, o que promueva programas de ceses con incentivos o terminar unilateralmente la relación laboral, tal como se analizó en el punto 2 del presente informe.

En cualquier caso, por ser el Estado simultáneamente el órgano que conduce estos procesos privatizadores, podrá incluir como condición de la operación que el privado asuma al personal vinculado a la explotación del servicio público correspondiente.⁽¹⁴⁾ Ello ha ocurrido en nuestro país, pero lamentablemente en algunos procesos el compromiso de asumir al personal por el operador privado se realizaba en condiciones desventajosas para los trabajadores, por ejemplo, eran recontratados a plazo fijo perdiendo la estabilidad de la que gozaban bajo su empleador anterior.

singulares de Derecho Administrativo suponen fuertes condicionantes a todo este proceso y, en todo caso, introducen una perspectiva particular, no reconducible en exclusiva a las claves de la eficacia y rentabilidad económica.”

(14) CRUZ VILLALON p.32 también señala que “Se admite que la Administración Pública imponga como condicionante de la concesión administrativa la asunción de los trabajadores vinculados a la empresa precedente y que se encuentran destinados a la ejecución de esa actividad de obras o servicios.

De otro lado, resulta también interesante detenernos un poco en pensar en la posibilidad en que, por caducidad de la concesión, esta revierta al Estado. En este supuesto, el personal del exconcesionario, desde nuestro punto de vista, debe ser transferido conjuntamente con la concesión al Estado, por tratarse de la entidad que asume el negocio automáticamente como consecuencia de la terminación del contrato de concesión.

4.2. Contrato de gerencia

El artículo 193° de la Ley General de Sociedades permite que una persona jurídica se haga cargo de la gerencia de una sociedad, debiendo designar para ello a la persona natural que la represente. Cabe señalar que en este supuesto solamente se afectaría la situación laboral de la plana gerencial de la correspondiente entidad, que tendría que ser cesada e indemnizada conforme a ley.

Si bien no corresponde al tema principal del presente trabajo, vale la pena únicamente mencionar lo interesante de cómo se manifiestan los elementos de una tercerización, regulados en la Ley N°29245, en el marco de un contrato de gerencia, específicamente en lo que se refiere a la relación de la persona natural que representa a la empresa gerente y los trabajadores de la empresa gerenciada, pues la interrelación se hace más directa por la esencia misma del cargo ejecutivo que se subcontrata.

4.3. Outsourcing

Vale para este supuesto lo señalado en el numeral 2 del presente informe, pues es aplicable también al Estado como empleador y contratante.

V. CONCLUSIONES

En el marco de una tercerización, existe supuestos en los cuales la situación de los trabajadores se puede ver afectada ya sea porque trabajaban para una empresa que decidió discontinuar una actividad y encargarla a un tercero o ya sea porque trabajaban en una empresa contratista que deja de prestar servicios a la empresa principal para ser sustituida por otra contratista.

En caso la empresa principal decida tercerizar una actividad empresarial tendrá tres alternativas para abordar el tema del personal asignado a dicha actividad: pasar por un procedimiento de cese colectivo, concluir unilateralmente la relación laboral o acordar la transferencia del personal hacia el contratista encargado de la actividad empresarial.

En cuanto al tema de la sucesión de contratistas, no existe regulación en el Perú que expresamente trate sobre la sucesión empresarial, aun cuando pueda ser aplicable en determinados casos el principio de continuidad laboral. Sin embargo, ante una sucesión de contratistas sustancialmente independientes consideramos que no cabe hablar de una continuidad de la relación laboral.

Por último, cuando el Estado promueve la participación de operadores privados en la prestación de servicios públicos, resulta discutible también, en el supuesto del otorgamiento de una concesión, la aplicación del principio de continuidad laboral, el cual deberá ser evaluado caso por caso.

GESTIÓN Y TERCERIZACIÓN DE ACTIVIDADES EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES

ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ⁽¹⁾

MARIO ATARAMA CORDERO⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente investigación es analizar la eficiencia y eficacia de la tercerización de servicios como herramienta de gestión utilizada por las entidades administradoras de pensiones, teniendo en consideración el objetivo principal de estas de garantizar el acceso oportuno y de calidad a los derechos pensionarios. En particular, analizaremos la forma como se utiliza la tercerización de servicios en el caso de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y las principales deficiencias de gestión de las Administradoras de Privadas de Fondos de Pensiones (AFP).

En primer lugar analizaremos el origen y funcionalidad de la tercerización a partir del estudio de distintos diseños organizativos, los estándares de gestión requeridos en la administración de sistemas de seguridad social, el contenido constitucional del derecho a la seguridad social con especial énfasis en la administración de las prestaciones y la regulación de esta materia en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo. Luego de lo indicado, analizaremos si las decisiones de gestión y tercerización actualmente

- (1) Abogado y Profesor de Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de especialización en la Universidad de Bologna (Italia) y el Centro Internacional de Formación de la OIT (Turín). Actualmente realiza estudios para obtener el título de MBA en Centrum Católica.
- (2) Abogado especialista en Derecho Administrativo, Derecho Laboral Público y Pensiones. Master en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset (España). Dirigió el equipo que elaboró el Informe Defensorial N° 135 "Por un acceso justo y oportuno a la pensión. Aportes para una mejor gestión de la ONP".